

ONTSLAGMACHT, ONTSLAGRECHT EN VASTHEID VAN BETREKKING: EEN SYSTEEM

1. PROBLEEMSTELLING

1. De ontslagproblematiek neemt in het arbeidsovereenkomstenrecht ongetwijfeld een bijzondere plaats in. Alleen al het ontslagrecht, zoals uitgewerkt in de Arbeidsovereenkomstenwet zelf, levert heel wat controversen op. De meningsverschillen in de jurisprudentie en de doctrine slaan dikwijls slechts op de interpretatie van begrippen of op de invulling en de toepassing van regels in de door de wet bedoelde gevallen en scenario's van ontslag. De problematiek wordt evenwel complexer wanneer men de door de W.A.O. geregelde ontslagsituaties verlaat, i.e. zodra de rechter zich dient te buigen over betwistingen inzake regels van ontslagrecht die door de wetgever¹ zelf of door de contracterende partijen bij collectieve of individuele arbeidsovereenkomst² aan de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet zijn toegevoegd. Los van de vraag naar de geldigheid en de wijze waarop deze additionele wettelijke en conventionele ontslagregels zich verhouden tot het «klassieke» ontslagrecht, worden de rechtscollages in voornoemde gevallen vaak geconfronteerd met de vraag naar de wijze waarop de niet-naleving van deze regels door één van de partijen kan worden gesanctioneerd. Men opteert dan, hetzij voor een forfaitaire vergoeding, hetzij voor een vergoeding van de reële geleden schade of voor een combinatie van beide³. De zeer uiteenlopende standpunten die rechtspraak en rechtsleer ter zake aannemen, wijzen ongetwijfeld op een zekere onwennigheid die begrijpelijk wordt wanneer men rekening houdt met de soms schaarse aanknopingspunten die de wet biedt⁴.

2. Bij ontstentenis van een uitdrukkelijk door de wetgever geconstrueerd systeem rijst de vraag of de verschillende regels met betrekking tot het ontslag een logisch geordend geheel vormen in de actuele stand van het positief recht, i.e. of ze, ongeacht hun oorsprong, gehoorzamen aan een ordeningsbeginsel.

¹ Bv. indien een vrije universiteit bij het uitwerken van een statuut voor haar hoogleraren een gunstiger regeling vaststelt dan in de W.A.O.; zie in dit verband VANACHTER, O., «Het toepassingsgebied van de Arbeidsovereenkomstenwet», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, II, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 28.

² Bv. de bij C.A.O. uitgewerkte werkzekerheidsclausules; zie o.a. MERGITS, B., «Conventionele beperkingen van het ontslagrecht», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, I, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, nrs. 596 e.v.

³ *Ibid.*, nrs. 444-446.

⁴ Zo bv. in het geval van de leerkrachten van het vrij gesubsidieerd onderwijs. Artikel 12bis, § 3, van de Schoolpactwet bepaalt dat voor de vastbenoemde leerkrachten van dit net een statuut moet worden uitgewerkt dat gelijkwaardig is aan dat van de leerkrachten van het Rijksonderwijs. Tot op heden is dit evenwel een dode letter gebleven. Hoewel artikel 1, tweede lid, W.A.O. deze personeelsleden uit het toepassingsgebied van de wet uitsluit, meende het Hof van Cassatie dat, in afwachting van een regeling de W.A.O. wel van toepassing is; zie Cass., 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 180.

Een systematisering van het ontslagrecht zou zeker de mogelijkheid bieden om een aantal algemeen aanvaarde oplossingen voor bepaalde rechtsproblemen anders te beoordelen dan nu het geval is (infra).

In de onderhavige bijdrage wordt onderzocht of, ondanks een ogenschijnlijke dispaartheid, de rechtsregels in verband met ontslag, niet kunnen worden gesystematiseerd. Gelet op de complexiteit van de materie hebben we ons in deze beknopte verhandeling beperkt tot de ontslagregels die betrekking hebben op de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de wilsuiting van de werkgever. Tevens hebben we geopteerd voor een benadering waarbij traditionele onderscheiden en categorieën enigszins worden gerelativeerd.

2. ONTSLAGMACHT, ONTSLAGRECHT EN VASTHEID VAN BETREKKING

2.1. Ontslag als centraal begrip

3. Ontslag staat voor de expliciete of impliciete, doch duidelijk en ondubbelzinnig geuite wil van één van de partijen om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen⁵. Het is een informele rechtshandeling die aan geen enkel vormvereiste is onderworpen. Het ontslag kan mondeling of schriftelijk worden geformuleerd en kan zelfs blijken uit een handeling of een gedraging van een der partijen⁶.

De *geldigheid* van het ontslag betreft louter een kwestie van materiële vereisten; inzonderheid gaat het om die vereisten die de duidelijkheid en de volwaardigheid van de uitgedrukte wil moeten garanderen. Concreet betekent dit dat de eenzijdige wilsuiting aan dezelfde geldigheidsvereisten zal moeten voldoen als de wil door elk van de partijen uitgedrukt bij het aangaan van de overeenkomst. In het kader van onze bespreking zullen we voornoemde geldigheidsvereisten samenbrengen in twee grotere categorieën: *volwaardigheid* en *duidelijkheid* van ontslag. Bij het beantwoorden van de vraag of ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking in onderlinge verhouding tot elkaar een «systeem» vormen, kan het niet anders dan dat «ontslag» hierbij de centrale notie is. Het betreft immers het ruimste begrip. Ontslag met opzegging en opzeggingstermijn, ontslag met opzegging en opzeggingsvergoeding, ontslag om een dringende reden

⁵ Deze definitie is een meer expliciete versie dan die van het *Sociaalrechtelijk Woordenboek*: «de beëindiging van onder meer de arbeidsovereenkomst door een gedraging van één van de partijen waaruit de wil blijkt om te beëindigen». De versies van het Hof van Cassatie (o.a. Cass., 14 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 991, en Cass., 23 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 2481) of van lagere rechtscollages (o.a. Arbh. Gent, 11 september 1987, *R.W.*, 1987-88, 646) variëren op dit thema.

⁶ Zie o.a. Petit, J., «Nietigheid van ontslag en opzegging en rechtsgevolgen», in *Actuele problemen van het Arbeidsrecht*, I, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 3.

zijn slechts *modaliteiten* van dit ruimere begrip⁷. De term zelf is neutraal en zegt niets over de rechtmatigheid van de handeling. Geldigheid en rechtmatigheid van ontslag betreffen onderscheiden rechtsvragen, waartussen wel een zekere interdependentie bestaat⁸.

2.2. Ontslagmacht: een algemeen aanvaard beginsel

4. De «ontslagmacht» betreft de mogelijkheid voor elk van de partijen bij een overeenkomst met successieve uitvoering, i.c. een arbeidsovereenkomst, om deze te beëindigen door ontslag, i.e. door eenzijdige wilsuiking⁹. De rechtsliteratuur wijst verschillende grondslagen aan voor het bestaan van een dergelijk fenomeen. In eerste instantie wordt meestal opgemerkt dat deze faculteit een sequeel vormt van de grondwettelijk gewaarborgde individuele vrijheid. Voorts wordt verwezen naar het in het Burgerlijk Wetboek en in de Arbeidsovereenkomstenwet geformuleerde verbod om zich voor het leven te binden. Ten slotte menen sommigen ook in art. 1184 B.W. een argument te kunnen ontwaren; de mogelijkheid om eenzijdig te beëindigen wordt dan gerechtvaardigd door het in gebreke blijven van de tegenpartij¹⁰. Zo er wellicht nog discussie kan bestaan over het beginsel waarop de ontslagmacht rust, is er o.i. veel minder ruimte om te redetwisten over de vraag of de wetgever in het kader van de arbeidsovereenkomst de ontslagmacht aanvaardt. M.a.w. of men tot ontslag kan overgaan in weerwil van, en met schending van, de regels en de modaliteiten die dezelfde wetgever voor de aanwending van het ontslag heeft uitgewerkt. Deze vraag dient positief te worden beantwoord. Zulks volgt o.a. uit het feit dat de wetgever voor niet-nale-

ving van de door de wet uitgewerkte ontslagmodaliteiten meer dan eens in vergoedingen voorziet. Deze remuneraties, waarvan men het schadevergoedend karakter algemeen accepteert, zijn verschuldigd door de partij die de wettelijke ontslagregelingen genegeerd heeft¹¹. Impliciet werkt de werkgever dus met twee hypothesen: in een eerste hypothese wendt men de ontslagmacht aan binnen de perken en modaliteiten die de wetgever zelf aan het ontslag heeft gesteld; in een tweede hypothese, die evenzeer wordt gedoogd, negeert de ontslaggevende partij dit alles¹².

2.3. Ontslagrecht: een wettelijk en conventioneel gegeven

5. Het geheel van regels met betrekking tot het ontslag vormt het ontslagrecht. Dit omvat de modaliteiten binnen en volgens welke de ontslagmacht moet worden aangewend. Deze regels en modaliteiten kunnen niet alleen van wettelijke, maar ook van conventionele oorsprong zijn¹³. Contractvrijheid en wilsautonomie kunnen immers ten volle spelen voor zover ze de bescherming van fundamentele belangen niet krenken of voor zover ze het dwingend karakter van de bepalingen van de W.A.O. ten voordele van de werknemer respecteren. Niets belet de partijen bij de individuele of de collectieve arbeidsovereenkomst dan ook om clausules te bedingen inzake aanwending van ontslagmacht, op voorwaarde dat er geen conflict is met de dwingende wetsbepalingen¹⁴. Ten aanzien van deze conventionele bepalingen fungeert de Arbeidsovereenkomstenwet als leidraad en als toetssteen.

Meer dan eens ging de wetgever over tot het uitwerken van aanvullende of afwijkende ontslagregels¹⁵. Los van het probleem van de verhouding tussen de specifieke en de algemene regels, dient men ervan uit te gaan dat ook deze bepalingen integrerend deel uitmaken van het ontslagrecht.

6. Het onderscheid tussen *rechtmatig* en *onrechtmatig* ontslag houdt rechtstreeks verband met het al dan niet na-

⁷ PETIT geeft een overzicht van de «soorten» ontslagen; in werkelijkheid gaat het om «modaliteiten» van ontslag. Zie PETIT, J. «Nietigheid van ontslag en opzegging en gevolgen», *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, M. RIGAUX (RED), ANTWERPEN, 1984, NR. 3.

⁸ ... een zekere interdependentie bestaat: bepaalde elementen die thans de rechtmatigheid van de ontslaghandeling mede bepalen, zouden op de geldigheidsvoorwaarden kunnen worden betrokken. Dit zou bijvoorbeeld kunnen met sommige regels die de verplichting tot verstrekking van voorafgaande informatie betreffen. Aangezien het ontslag een zuivere wilshandeling is, zou men de redenering kunnen ontwikkelen dat het ontslag dan geldig is, wanneer de werkgever over alle wettelijk en conventioneel verplichte informatielementen beschikt. De verplichting om vóór elk ontslag collectief overleg te plegen met de werknemers is dan voor de werkgever een verplichte stap in het informatiewinningsproces, dat aan zijn beslissing voorafgaat en waarop zijn beslissing geacht wordt te steunen. Het overslaan van het collectief overleg belet de werkgever op een geldige wijze zijn wil tot beëindiging te uiten, daar hij niet over alle nodige elementen beschikte om wettig te beslissen. Thans geraakt men niet verder dan de nietigheid van de opzegging. Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden: een beperking aan de individuele ontslagmogelijkheid in hoofde van de werkgever?», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, II, RIGAUX, M., (red), Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 286 e.v., hierna afgekort als «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden».

⁹ Zie, voor een omschrijving van «ontslagrecht», PAPIER-JAMOLLE, M., «Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de service», *R.C.J.B.*, 1970, 540.

¹⁰ Zie JAMOLLE, M., *Le contrat de travail*, II, Luik, Ed. de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, nr. 167.

¹¹ Zie, wat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur betreft, art. 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet; wat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur aangaat, art. 40 van dezelfde wet; wat het karakter van schadevergoeding betreft, voor commentaar TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *Congé, Préavis, Indemnité*, II, Brussel, 1975, 244-246.

¹² «... gedoogd»: dit blijkt uit het feit dat de «sanctie» voor het niet naleven van de ontslagregels de «schadeplichtigheid»; duldde de wetgever de ontslagmacht niet (quod non) dan stelde hij als sanctie de «nietigheid van het ontslag. Dit is onbetwistbaar het geval in het Nederlandse arbeidsrecht; een opzegging (ontslag) in strijd met het door het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen» (B.B.A.) uitgewerkte administratieve ontslagverbod, kan wegens nietigheid geen gevolgen sorteren. Zie BAKELS, H.L. en OPHEIKENS, L., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, 184 e.v.

¹³ Zie sub 9.

¹⁴ «... niets belet de partijen ...»: regels betreffende ontslagrecht behoren in principe tot het individueel normatief deel: PETIT, J. *De collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités*, Brussel, 1969, nr. 40.

Deze clausules die ingevolge de door de CAO-wet georganiseerde automatische conversie in de individuele arbeidsovereenkomst worden opgenomen, mogen geen afbreuk doen aan art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet.

¹⁵ Dit is onder meer zo in de Bedrijfsorganisatiewet, de Veiligheidswet, de Arbeidswet, de wetgeving inzake politiek werknemersverlof, e.a.

komen van de regels van het ontslagrecht. De aanwending van de ontslagmacht overeenkomstig de wettelijke en conventionele modaliteiten van het ontslagrecht leidt in beginsel tot rechtmatig ontslag. Als dezelfde ontslagmacht daarentegen wordt aangewend met miskenning van een of meer wettelijke en/of conventionele regels van het ontslagrecht, krijgt het ontslag een onrechtmatig karakter. In het Belgische stelsel van ontslagrecht brengt onrechtmatigheid van ontslag in principe schadeplichtigheid met zich. De partij die de regels van het ontslagrecht schendt, begaat een fout en is eventueel gehouden schadevergoeding te betalen. De wijze van schadeplichtigheid verschilt naar gelang van de aard, de oorsprong en context van de geschonden regel (infra). De onrechtmatigheid van het ontslag brengt niet noodzakelijk de ongeldigheid van de eenzijdige wilsuiting om te beëindigen met zich. Integendeel, men aanvaardt dikwijls dat bij het niet-respecteren van de bepalingen eigen aan een ontslagmodaliteit, het gegeven ontslag geldig blijft; zo bv. bij nietigheid van de opzegging (en dus onrechtmatigheid van het ontslag), met betaling van een opzeggingsvergoeding. De onrechtmatigheid veroorzaakt m.a.w. een schadeplichtigheid, maar de geldigheid van de ontslaghandeling zelf blijft intact¹⁶.

Als algemeen principe mag men stellen dat onrechtmatig ontslag slechts dan tot ongeldigheid van de ontslaghandeling aanleiding geeft, wanneer de geschonden regel(s) rechtstreeks het bestaan ervan in het gedrang brengen; bv. wanneer de wil om te beëindigen niet duidelijk genoeg tot uiting komt of wanneer de ontslaggevende partij niet over de vereiste bekwaamheid beschikt. In deze situaties is er geen ontslag en moet men ervan uitgaan dat de arbeidsovereenkomst in principe verder blijft bestaan¹⁷.

2.4. Ontslagrecht en vastheid van betrekking

7. Sedert de wijzigingen aan de arbeidsovereenkomstenwetten in de jaren zestig en vooral sedert de wet van 21 november 1969, kan er geen twijfel meer over bestaan dat het arbeidsovereenkomstenrecht, maar vooral het ontslagrecht, herschreven werd vanuit de optiek van de «vastheid van betrekking»¹⁸. Dit is synoniem met een geheel van «ontslagbemoelijkende» of «ontslagbeperkende» maatregelen, alsmede van een stelsel dat de gevolgen van een al dan niet onrechtmatig ontslag wil inperken. Het legt de ontslagmacht van de werkgever aan banden¹⁹. Dit alles wordt door middel

van verschillende technieken en langs verschillende juridische kanalen gerealiseerd.

Men kan een onderscheid maken tussen de middelen/techniek die de bescherming van *alle* werknemers op het oog hebben en die welke ertoe strekken zeer specifieke, doch objectief te onderscheiden categorieën werknemers, bescherming te verlenen²⁰. Als voorbeeld van een techniek die de bescherming van alle werknemers beoogt, kan ongetwijfeld worden verwezen naar de wettelijke regeling van het ontslag met opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaald tijd; zowel de verplichting een opzeggingstermijn in acht te nemen of een opzeggingsvergoeding uit te betalen strekken ertoe de door de beëindiging getroffen partij en meer in het bijzonder de werknemer enige bescherming te verlenen²¹.

De algemene wettelijke ontslagbescherming wordt vaak aangevuld en verfijnd door systemen van wettelijke of conventionele oorsprong, die aan bepaalde objectief te onderscheiden categorieën werknemers een nog belangrijker ontslagbescherming of bestaanszekerheid garanderen (infra).

De *middelen* aangewend om deze grote vastheid van betrekking te realiseren zijn vaak van zeer uiteenlopende aard. Zo bv. de motiveringsplicht a priori of a posteriori, het laten afhangen van het ontslag van een voorafgaande gunstige beoordeling door een administratief college of rechtbank en het regelen van een (facultatieve) reïntegratieprocedure. Net zoals zulks het geval was voor de algemene vastheid van betrekking, werden ook deze bijzondere vormen van ontslagbescherming vaak aangevuld en verfijnd door conventionele systemen²².

Wat de *kanalen* betreft waarlangs de vastheid van betrekking kan worden gerealiseerd, bestaat er eveneens een zekere diversiteit. Ontslagbescherming kan het gevolg zijn van een wettelijk ingrijpen, maar kan ook van conventionele oorsprong zijn of eventueel vervat liggen in het arbeidsreglement.

8. De mogelijkheid om via overeenkomsten, hetzij individuele hetzij collectieve, vastheid van betrekking en dus ontslagbescherming te creëren, is zeker *niet absoluut*. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat conventionele vastheid van betrekking slechts is toegelaten in zoverre de uitoefening van het ontslagrecht door de werkgever wordt bemoeilijkt, maar nooit tot gevolg mag hebben dat de mogelijkheid tot ontslag wordt uitgesloten. Dit zou strijdig zijn met de door de Grondwet gegarandeerde individuele vrijheid²³. Daarenboven zou dit een binding voor het leven van de werkgever impliceren, wat dan weer strijdig is met art. 1780 B.W.²⁴.

Daarnaast zullen conventionele clausules van vastheid van betrekking steeds moeten worden getoetst aan twee beoordelingselementen: het principieel dwingend karakter ten voordele van de werknemer van de bepalingen van de Ar-

¹⁶ Zie Cass. 23 maart 1981, *Arr. Cass.*, 1980-1981, 817. Inzake de gevolgen van de nietigheid van de opzegging op de geldigheid van het ontslag zijn in de jurisprudentie en doctrine drie stellingen ontwikkeld. Voor omschrijving en commentaar bij deze stellingen zie PETIT, J., «Nietigheid van ontslag en opzegging en gevolgen», *I.c.*, nr. 25.

¹⁷ Zie, over de gevolgen van nietig ontslag, RAUWS, W., «De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht, II*, RIGAUX, M. (red), Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 254 e.v.

¹⁸ Zie in dit verband de «inleiding» van R. BLANPAIN in *Individuele arbeidsovereenkomsten, Studiedag 14 februari 1970*, Leuven, 1970; zie ook STEYAERT, J., *Arbeidsovereenkomst, handarbeiders en bedienden*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, 70-74.

¹⁹ Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *I.c.*, nr. 282.

²⁰ *Ibid.*

²¹ De bescherming bestaat in het waarborgen van de tijd nodig voor het vinden van een gelijkwaardige betrekking. Zie sub 15.

²² Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *I.c.*, nr. 282.

²³ Zie Cass., 19 oktober 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 527, met noot PAPIER-JAMOLLE, M.

²⁴ Zie Cass., 31 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 287.

beidsovereenkomstenwet en de hiërarchie van de rechtsbronnen neergelegd in art. 51 C.A.O.-wet²⁵.

3. ONTSLAGMAGHT, ONTSLAGRECHT EN VASTHEID VAN BETREKKING: EEN SYSTEEM

9. In onze conceptie behoren alle regels die met het ontslag en met zijn gevolgen verband houden, tot het ontslagrecht. Het enige vereiste is dat de regel, welke ook zijn oorsprong is, integraal deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst, zodat de individuele werknemer zich op de naleving ervan kan beroepen²⁶.

Het incorporeren van regels van niet-conventionele oorsprong in de individuele arbeidsovereenkomst geschiedt voornamelijk langs twee kanalen. Wanneer het normatieve bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten betreft, werkt het door de C.A.O.-wet geregelde mechanisme van de automatische conversie. Immers, de bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst die strijdig zijn met de individueel normatieve bepalingen van de C.A.O., worden automatisch door deze laatste vervangen. Uiteraard zal er slechts van conversie sprake kunnen zijn voor zover de collectieve overeenkomst op de betrokken werkgever, en dus ook op diens werknemers, toepasselijk is; de werkgever moet door de C.A.O. gebonden zijn²⁷.

Een tweede kanaal waarlangs verbintenissen aan de individuele arbeidsovereenkomst worden toegevoegd, vloeien voort uit art. 1135 B.W., bepalend dat de overeenkomst niet enkel verbindt tot wat de partijen zijn overeengekomen, maar ook tot alle gevolgen die door de wet, het gebruik en de billijkheid aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. De oorsprong van de verbintenis is dus niet determinerend voor de aard ervan. Zo is het mogelijk dat een regel van wettelijke oorsprong toch kan worden beschouwd als een verbintenis voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst²⁸ op voorwaarde dat de wettelijke regel aan de overeenkomst kan worden geknoopt. Hiervoor is het noodzakelijk dat de regel tot stand is gekomen in het belang van de werknemer (of werkgever)²⁹.

Op deze wijze wordt het ontslagrecht veel omvattender dan datgene wat de rechtspraak en de rechtsleer er doorgaans onder begrijpen. Een dergelijke ruime omschrijving van het fenomeen is noodzakelijk, wanneer men de beginselen wil ontwaren die van het ontslagrecht een systeem maken en maakt het mogelijk de ontslagregels van de Arbeids-

overeenkomstenwet ruimer te situeren. Dit schept dan weer de mogelijkheid om nieuwe verbanden te leggen en aldus te komen tot een «sanctie» die meer in overeenstemming is met de eigenlijke aard van de gekrenkte ontslagregel (infra).

3.1. Ontslagregel: drie categorieën van modaliteiten

10. Onder de regels die de modaliteiten uitwerken waarbinnen de ontslagmacht kan worden aangewend, lijkt het ons mogelijk drie groepen te onderscheiden:

a) Modaliteiten die de mogelijkheid tot ontslag uitsluiten

11. In een rechtsstelsel waarin men ervan uitgaat dat ontslagmacht ook kan worden aangewend in weerwil van de regels van het ontslagrecht, kan het uitsluiten van de mogelijkheid tot ontslag slechts een zeer beperkte betekenis bezitten. Immers het niet-respecteren van het «uitsluitingsgebod» zal in beginsel niet leiden tot de ongeldigheid van de ontslaghandeling, maar wel tot schadeplichtigheid. Rekening houdend met de hierboven geformuleerde nuance onderscheiden we de volgende situaties:

– Uitsluiting van de ontslagmogelijkheid gedurende een bepaalde periode – ongeacht de motieven

Onder deze noemer kunnen o.i. de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd en de conventionele werkzekerheidsclausules worden geplaatst. De uitsluiting door de W.A.O. van de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd aangeaan, vóór het verstrijken van deze tijd eenzijdig te beëindigen (bv. door opzegging) – met uitzondering van het ontslag om een dringende reden – betekent een conventionele vastheid van betrekking³⁰. De werknemer heeft dus een werkzekerheid voor de conventioneel bedongen tijd. Ook d.m.v. conventionele werkzekerheidsclausules wordt de ontslagmogelijkheid vaak geheel of gedeeltelijk uitgesloten voor een bepaalde periode. Deze clausules kunnen voorkomen in het kader van een individuele of een collectieve arbeidsovereenkomst. In het laatste geval zullen ze slechts tot het individueel ontslagrecht behoren zo ze de hoedanigheid bezitten van individueel normatieve bepalingen³¹. Werkzekerheidsclausules hebben voornamelijk zin wanneer ze geënt worden op arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd³². Bovendien dienen bepaalde limieten te worden gerespecteerd bij het vastleggen van de periode tijdens welke de ontslagmogelijkheid wordt uitgesloten³³. Aanwending van de ontslagmacht in weerwil van dit ontslagverbod leidt tot schadeplichtigheid (infra)³⁴.

– Uitsluiting van de mogelijkheid tot ontslag om bepaalde motieven

²⁵ Zie voor de betekenissen van deze twee bepalingen RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», l.c., nr. 269.

²⁶ In dezen opteren we zoals JAMOULLE en RAUWS voor een ruime conceptie van de contractuele relatie; JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, I, Luik, Editions de la faculté de droit et de sciences sociales de Liège, 1982, nr. 2; RAUWS, W., «De kwalificatie en de draagwijdte van het uitdrukkelijk ontbindend beding wegens wanprestatie in een individuele arbeidsverhouding», *R.W.*, 1981-82, 2462 e.v.

²⁷ Zie JAMOULLE, M., o.c., nr. 2.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ «... in het belang van de werknemer»: het is perfect denkbaar dat een regel tot stand komt zowel in het belang van de collectiviteit van werknemers als van de individuele werknemer. Zo ligt het collectief belang bij informatieverstrekking door de werkgever voorafgaande aan collectief ontslag bij het degelijk functioneren van de overleg- en onderhandelingsstructuren. Het individueel belang ligt op het stuk van het ontslagrecht. Zie sub 16.

³⁰ Zie art. 40, § 1 Arbeidsovereenkomstenwet.

³¹ Zie MERGITS, B., «Conventionele beperkingen van het ontslagrecht», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, I, RIGAUX, M., (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 609 e.v.

³² Werkzekerheidsclausules creëren immers een «conventionele vastheid van betrekking», die in het raam van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd reeds aanwezig is ingevolge de wet.

³³ Zie sub 23 en 24.

³⁴ Zie sub 20 e.v.

12. Arbeidsongeschiktheid, zwangerschap, dienstplicht, uitoefening van een politiek mandaat, gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, beroepsloopbaanonderbreking, vervullen van mandaten van personeelsafgevaardigde, e.a. gaven in het verleden aanleiding tot de uitwerking door de wetgever en de contracterende partijen van regelingen waarbij ontslag om bepaalde motieven werd uitgesloten³⁵. Deze expliciete ontslagverboden dienen te worden aangevuld met door de jurisprudentie op grond van algemene rechtsbeginselen in aanmerking genomen uitsluitingen van de ontslagmacht. Door het gebruik van rechtsfiguren als willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht, komen hoven en rechtbanken ertoe bepaalde ontslagmotieven op grond van een strijdigheid met de algemene rechtsbeginselen uit te sluiten. Bij misbruik van ontslagrecht is zulks voornamelijk het geval wanneer de ontslagmotieven getoetst worden aan de hand van het «finaliteitscriterium»³⁶. In het door ons voorgestelde schema (infra) is het misbruik van ontslagrecht een subcategorie van de rechtmatigheid van de ontslaghandeling.

Door een controle a posteriori op de ontslagmotieven komen de rechtscollages ertoe de aanwending van de ontslagmacht uit te sluiten voor bepaalde motieven. Op deze wijze zouden de rechtscollages eventueel tot de onrechtmatigheid van het ontslag van een diensthoofd veiligheid kunnen concluderen indien uit de feiten zou blijken dat het ontslag ingegeven was als represaille tegen een veiligheidsdeskundige die zijn functie uitoefende zoals de wet het hem voorschreef³⁷. In de gevallen waarin de ontslagverboden expliciet werden uitgewerkt, is er naast een finale controle op de motieven door de rechter ook vaak een controle a priori mogelijk. Deze controle of motiveringsplicht voor de werkgever kan geschieden door een inspraakorgaan, een administratief college of eventueel zelfs een rechtscollage³⁸. Net zoals in de reeds geciteerde gevallen leidt niet-naleving door de werkgever van deze ontslagmodaliteiten (-verboden) tot schadeplichtigheid.

– Uitsluiting van de mogelijkheid tot ontslag ten aanzien van bepaalde werknemers

13. Uitsluiting van ontslagmacht kan ook gekoppeld zijn aan elementen die verband houden met de persoon van de werknemer. Tot dit type van ontslagmodaliteiten behoren de door de ondernemingsraad vastgestelde criteria in geval van

ontslag om economische en technische redenen. Overeenkomstig art. 15 Bedrijfsorganisatiewet is de ondernemingsraad bevoegd om de *algemene criteria* van aanwerving en afdanking van arbeiders te onderzoeken³⁹. Concreet betekent zulks dat de ondernemingsraad advies kan verstrekken over de elementen die de werkgever bij aanwerving en afdanking dienen te leiden. De C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972 heeft deze bevoegdheid verder uitgebreid. Art. 12 van deze conventie bepaalt dat de ondernemingsraad bevoegd is *te beslissen* over de vaststelling van de algemene criteria door de werkgever te hanteren bij afdanking en wederaanwerving om economische of technische omstandigheden⁴⁰. Deze bevoegdheid tast het recht om te beslissen over de opportuniteit van het te voeren beleid niet aan. De werkgever oordeelt zelf over de noodwendigheid van eventuele ontslagen. Hij alleen neemt de beslissing over de omvang ervan, de personeelscategorie(ën) waarbinnen deze zich zullen voordoen, alsook het tijdstip. Doch eenmaal zover is hij gehouden de door de ondernemingsraad opgestelde criteria na te leven⁴¹. Hoewel niets in de voornoemde conventionele bepaling zulks uitdrukkelijk zegt, neemt men doorgaans aan dat deze beginselen van sociale en humanitaire aard zijn; zij leggen m.a.w. de sociale prioriteiten vast. Wat is nu de juridische binding en draagkracht ervan?

De binding kan worden gerealiseerd via het arbeidsreglement op voorwaarde dat de O.R. beslist de criteria in een facultatieve rubriek van dit arbeidsreglement op te nemen⁴². In voorkomend geval moet men ervan uitgaan dat de criteria tot de sfeer van de individuele arbeidsovereenkomst behoren; het arbeidsreglement wordt immers doorgaans beschouwd als een sequel van de individuele arbeidsovereenkomst⁴³. Wanneer de door de O.R. vastgestelde criteria niet in het arbeidsreglement zijn geïncorporeerd, kan de bindende kracht ervan worden afgeleid uit art. 12 van C.A.O. nr. 9. Deze bepaling legt de werkgever een dubbele verplichting op: enerzijds moeten op verzoek van de werknemersafgevaardigden de criteria door de ondernemingsraad worden opgesteld; anderzijds moet men ze naleven⁴⁴. Aangezien deze criteria de individuele arbeidsverhouding betreffen, bezit art. 12 naast een collectief normatief aspect, ook een individueel normatief karakter. Via de wettelijke doorwerking worden ze in de individuele arbeidsovereenkomst geïntegreerd en vormen ze een door de werkgever na te leven regel in geval van ontslag. Daar de criteria sociale prioriteiten betreffen, hebben ze in eerste instantie betrekking op elementen die eigen zijn aan de persoonlijke, familiale en sociale toestand van de werknemers. De criteria schetsen m.a.w. indirect het individueel en sociaal profiel

³⁵ Het gaat om zogenaamde «ontslagverboden».

³⁶ In voorkomend geval oordeelt de rechter immers of het doel waarvoor het ontslagrecht is aangewend, overeenstemt met het doel dat de ratio legis eraan geeft. Zie voor de criteria van misbruik van (ontslag)recht CORNELIS, L., «Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, I, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 166 e.v., nr. 183 e.v.

³⁷ «... ontslag als represaille»: Soms gaan de contractpartijen bij C.A.O. ervan uit dat de werkgever het ontslagrecht bij wijze van represaille aanwendt. Dit is onder meer het geval bij de reglementering ter voorkoming van «geslachtsdiscriminatie» inzake bezoldiging. Zie voor commentaar HUMBLET, P. en Janvier, R., *De positie van de vrouw in het sociaal recht*, Antwerpen, Vrouw en samenleving, 1988, 69.

³⁸ Dit is het geval voor de werknemersafgevaardigden in de ondernemingsraad en het comité VGV.

³⁹ Zie VANACHTER, O., «Ondernemingsraden», in *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, III, 9, nr. 110, 121.

⁴⁰ Zie art. 12 van C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 12 september 1972, *B.S.*, 25 november 1972.

⁴¹ Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *l.c.*, nr. 269.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Zie hierover VAN EECKHOUTTE, W., «De hiërarchie van de arbeidsrechtelijke normen», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, II, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 327.

⁴⁴ Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *l.c.*, nr. 269.

van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers; ze geven ook aan in welke volgorde werknemers, rekening houdend met voornoemd profiel, dienen te worden ontslagen. Een consequente toepassing ervan leidt dan ook noodgedwongen tot de uitsluiting van de ontslagmacht van de werkgever ten aanzien van bepaalde werknemers⁴⁵. Niet-naleving van deze uitsluiting van de ontslagmogelijkheid heeft – ik weet het, lezer, mijn verhaal wordt eentonig – onrechtmatig ontslag tot gevolg en brengt schadeplichtigheid met zich mee.

b) Modaliteiten die, zonder de ontslagmacht uit te sluiten, de werkgever verplichten de eenzijdige beëindiging vooraf aan te kondigen

14. Een tweede reeks modaliteiten sluit de mogelijkheid tot ontslag niet uit, maar de werkgever is gehouden de werknemer vóór de beëindiging te *informer*en. Men kan twee subcategorieën onderscheiden: beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging en de voorafgaande informatieplicht zonder opzegging.

– Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door middel van opzegging

15. De opzegging is de formele rechtshandeling waarbij een partij aan de andere de wil te kennen geeft om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen (meestal) na verloop van een termijn⁴⁶. De W.A.O. heeft het ontslag met opzegging voorbehouden voor bepaalde types van arbeidsovereenkomsten en heeft ze uitgesloten in andere gevallen⁴⁷. Het feit of de overeenkomst al dan niet vatbaar is voor beëindiging door ontslag met opzegging, is een belangrijk gegeven bij het bepalen, in geval van onrechtmatigheid, van de aard van de geleden schade en van de wijze waarop deze dient te worden vergoed (infra)⁴⁸. Ten onrechte wordt soms beweerd dat partijen over de keuze beschikken op te zeggen met opzeggings-termijn of met opzeggingsvergoeding. Men gaat er m.a.w. van uit dat het opzeggen met opzeggingsvergoeding een alternatieve beëindigingswijze zou zijn⁴⁹. We menen deze stelling niet te kunnen volgen. Uit de libellering van de betrok-

ken wetsartikelen blijkt o.i. reeds duidelijk dat de wetgever als beginsel heeft gesteld dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, normaliter dient te worden beëindigd met inachtneming van een opzeggingstermijn. De uitbetaling van een opzeggingsvergoeding is de sanctie die de partij treft die de overeenkomst beëindigt zonder, of met een te korte, opzeggingstermijn. Immers, door geen, of een te korte, termijn in acht te nemen, wordt het ontslag onrechtmatig en ontstaat er schadeplichtigheid. De wetgever heeft trouwens zelf aangegeven wanneer de overeenkomst met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding rechtmatig kan worden beëindigd. Dit is namelijk het geval wanneer opzeggen met opzeggings-termijn niet op een zinvolle wijze kan geschieden. Zo kan de werkgever bv. na zes maanden arbeidsongeschiktheid de overeenkomst opzeggen tegen uitbetaling van een opzeggingsvergoeding. Inachtneming van een opzeggingstermijn heeft in dit geval immers weinig zin daar de opzeggings-termijn door de schorsing eerst kan beginnen te lopen na het einde van de arbeidsongeschiktheid.

– Verplichting vooraf te informeren, anders dan door opzegging

16. Naast de opzegging is het ontslagrecht nog andere bepalingen rijk die de werkgever verplicht zijn intentie of beslissing om tot ontslag over te gaan vooraf aan de werknemers of aan hun afgevaardigden mee te delen.

Een dergelijke informatieplicht rust op de werkgever die van zins is over te gaan tot de sluiting van de onderneming of van een afdeling ervan, tot collectief ontslag, tot invoering van nieuwe technologieën e.a.⁵⁰. Deze plicht heeft een dubbel doel; enerzijds moet het de werknemer mogelijk maken om uit te kijken naar een andere betrekking en anderzijds betekent dit voor de werknemersafgevaardigden en hun organisaties het beginpunt van overleg over de opportuniteit van de voorgenomen beslissing, het aantal ontslagen of de omstandigheden waarin deze zullen plaatsvinden⁵¹. Deze onderhandelingen komen tot stand, hetzij in de context van de algemene onderhandelingsvrijheid die aan de collectieve arbeidsrelaties ten grondslag ligt, hetzij in het meer stringente kader van een wettelijke of conventioneel geregelde overleg- of onderhandelingsplicht. De sociale praktijk wijst uit dat in een aanzienlijk aantal gevallen informatieverstrekking gevolgd door onderhandelingen effectief kan leiden tot het vermijden van ontslagen, het verminderen van het geplande aantal ervan of tot het uitwerken van gunstige(r) ontslagbegeleidende omstandigheden. Informatie over ontslag is dus een niet te onderschatten element in het kader van de vastheid van betrekking. De werkgever die de informatieverplichting en/of de eventuele overlegverplichting negeert, berooft de werknemers van een belangrijk bestanddeel van hun sociale bescherming. Vaak wordt aangevoerd dat de miskenning door de werkgever van voornoemde verplichting enkel op het collectieve vlak kan worden gesanctioneerd. Er wordt

⁴⁵ Niet het motief van het ontslag is determinerend, maar de persoonlijke sociale toestand van de werknemer.

⁴⁶ Zie RAUWS, W., «De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht», *I.c.*, nr. 532.

⁴⁷ In de regel kan van ontslag met opzegging slechts sprake zijn in het raam van onbepaalde-tijdovereenkomsten. De geldigheid van zogenaamde «gemengde overeenkomsten» is zeer betwist; het gaat om overeenkomsten voor onbepaalde tijd met een «ontbindende tijdsbepaling». Zie in verband hiermee RAUWS, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 472 e.v.

⁴⁸ Zie verder sub 20 e.v.

⁴⁹ De opzeggingsvergoeding is een «sanctie» vóór het niet-naleven van de regel: opzeggen met opzeggingstermijn. De omvang van de vergoeding verschilt naargelang geen of een te korte opzeggings-termijn in acht is genomen. Zie art. 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Zie over opzeggen met opzeggingsvergoeding als «alternatieve beëindigingswijze» TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *Congé, préavis, indemnité*, II, Brussel, 1975, 206 e.v.

⁵⁰ Zie over informatieplicht bij sluiten VAN DE VELDE, F., «Sluiting van onderneming», in *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, s.d., II, 23, nr. 23, 31. Art. 3 van de wet van 28 juni 1966 organiseert deze informatieplicht.

⁵¹ Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *I.c.*, nr. 275.

vooral gedacht aan een beteugeling via de Bedrijfsorganisatiewet en de C.A.O.-wet⁵².

Aan «sanctionering» via het ontslagrecht is weinig of niet gedacht. De weinige keren dat zulks toch gebeurde, werd o.i. de rechtsvraag zeer ongelukkig «geformuleerd».

Rechtsregels m.b.t. inspraak die in het belang van de collectiviteit zijn uitgewerkt, hebben het belang van elk individu van deze collectiviteit op het oog. Meer nog, deze regels vinden hun legitimatie grotendeels in het bestaan van individuele arbeidsovereenkomsten en in het bestaan van individuele werknemers, die wegens hun economisch zwakke positie bescherming behoeven. Wat het individualiseerbare aspect van de regel betreft, maken de bepalingen die de werkgever verplichten tot informatie, overleg en/of onderhandelen, o.i. integrerend deel uit van de verbintenissen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en dus ook van het individueel ontslagrecht⁵³. Het niet-respecteren door de werkgever van deze plicht van voorafgaande informatie brengt dan ook de onrechtmatigheid van het individueel ontslag met zich; de werkgever wordt schadeplichtig. De aard van de opgelopen schade zal in eerste instantie determinerend zijn voor de mate waarin en de wijze waarop de schade vergoed zal worden⁵⁴.

c) Modaliteiten, die ertoe strekken de gevolgen van het ontslag in te perken en te begeleiden

17. De derde en laatste groep ontslagmodaliteiten strekt ertoe het ontslag in voor de werknemer gunstiger omstandigheden te laten plaatshebben. Dit kan de vorm aannemen van financiële vergoedingen of van een verbintenis tot prioritaire wederaanwerving.

– Toekenning van ontslagbegeleidende vergoedingen

18. De ontslagbegeleidende vergoedingen hebben een zeer verschillende juridische grondslag. Zo waarborgt de wet de uitbetaling van een premie aan werknemers die getroffen worden door een sluiting van (een afdeling van) de onderneming waar ze werken. Andere vergoedingen hebben een *conventionele* oorsprong. De partijen bij de conventies die de materie van het collectief ontslag regelen, voorzien in een bijkomende vergoeding voor werknemers die het voorwerp uitmaken van een collectief ontslag⁵⁵. In beide gevallen – sluiting en collectief ontslag – was het de bedoeling om door de toekenning van een ontslagbegeleidende vergoeding de

getroffen werknemers beter te wapenen tegen een mogelijk lange periode van werkloosheid. In dezelfde sfeer liggen de overeenkomsten met betrekking tot de «gouden handdruk». Deze overeenkomst wordt aan de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst toegevoegd en maakt er integraal deel van uit.

De ontslagbegeleidende vergoedingen zijn door een grote verscheidenheid gekenmerkt, al was het maar wat het niveau betreft waarop de betreffende regelingen tot stand komen. Sommige regelingen worden op het nationaal interprofessioneel vlak uitgewerkt en betreffen de gehele particuliere sector; andere daarentegen liggen op het sectoriële en zelfs op het ondernemingsniveau. Nog andere ten slotte, worden – door de rechter – aan individuele werknemers toegekend.

De werkgever die bij het doorvoeren van het individuele ontslag verzuimt de ontslagbegeleidende vergoeding te betalen, maakt zich schuldig aan onrechtmatig ontslag. Zijn schadeplichtigheid zal zich in eerste instantie vertalen in een verplichting de wettelijk of conventioneel bepaalde vergoeding uit te keren, eventueel vermeerderd met een vergoeding voor het in gebreke blijven de vergoeding bijtijds uit te keren⁵⁶.

– Verbintenis tot wederaanwerving of wedertewerkstelling

19. Naast ontslagbegeleidende vergoedingen komt het af en toe voor dat de gevolgen van het ontslag worden getemperd door verbintenissen tot wederaanwerving of wedertewerkstelling.

Zo wordt soms besloten tot het oprichten van een «arbeidsceel». De ontslagen werknemers vormen dan een «pool» waaruit de werkgever bij voorkeur dient te putten, wanneer zijn bedrijf opnieuw tot aanwerving overgaat. Een variant veronderstelt dat ook andere werkgevers van dezelfde sector deze verplichting op zich nemen⁵⁷. Het is vanzelfsprekend dat de werkgever enkel juridisch tot wederaanwerving of wedertewerkstelling gehouden is, zo de clausules in de collectieve arbeidsovereenkomsten in kwestie zo omschreven zijn dat het gaat om verbintenissen aangegaan ten aanzien van de individuele werknemers. Inspanningsverbintenissen, beloften en verbintenissen die behoren tot het obligatoire gedeelte van de collectieve arbeidsovereenkomst doen voor de individuele werknemer of gewezen werknemer minder of geen rechten ontstaan⁵⁸.

⁵⁶ Zie sub 23.

⁵⁷ Het creëren van «arbeidscellen» komt in de context van de Belgische arbeidsverhoudingen vaker voor. Zie hieromtrent RIGAUX, M., «Het Belgisch stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen en de tewerkstellingsproblematiek», in *Werkgelegenheid voor de jaren tachtig, Zestiende Vlaamse wetenschappelijk economisch congres*, Gent, 29 en 30 april 1983, 651.

⁵⁸ «... minder of geen rechten ontstaan»; inspanningsverbintenissen moeten ook worden nageleefd; in tegenstelling tot de resultaatsverbintenis verbindt de werkgever zich niet tot het waarborgen van wedertewerkstelling, maar tot het «zich inspannen» ander werk te vinden. De werkgever die de inspanningsverbintenis niet nakomt omdat hij gewild geen inspanning levert om het beloofde doel te bereiken is evenzeer aansprakelijk. Anders is het gesteld met morele of politieke beloften, die de werkgever vrij van verbintenis laten. Een obligatoire «wedertewerkstellingsverbintenis» doet bij niet-naleving de aansprakelijkheid van de werkgever rijzen tegenover de andere contractpartijen. De afdwingbaarheid van obligatoire C.A.O.-bepalingen is een complexe en betwiste aangelegenheid. Zie

⁵² Het «obstrueren» van de goede werking van de ondernemingsraad wordt *strafbaar* gesteld door art. 32, 2°, Bedrijfsorganisatiewet. Zie PIRON, J. en DENIS, P., *Ondernemingsraden en comités voor veiligheid en hygiëne*, Brussel, V.B.O., 1979, 108. Zie BOES, R., «Strafrechtelijke aspecten van de sluiting van onderneming en van het collectief ontslag» in *Bedrijfssluitings- en arbeidsconflictenrecht*, V.V.A., RIGAUX, M., (Ed.), Brugge, Die Keure, 1988, 105 e.v.

⁵³ «... individualiseerbare aspect», m.a.w. de werkgever is het aan iedere individuele werknemer verplicht, uit hoofde van de vastheid van betrekking die eruit voortvloeit, de voorafgaande informatie- en overlegprocedure na te leven.

⁵⁴ Zie sub 22.

⁵⁵ Zie over de «bijkomende vergoeding» in het raam van het collectief ontslag: DUBOIS, B. en VAN EECKHOUTTE, W., «Collectief ontslag», in *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, s.d., II, 5b, nr. 65 e.v., 48 e.v.

Van wederaanwerving is ook sprake in het raam van het reeds vroeger geciteerde art. 12 van de C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972. De ondernemingsraad is hierdoor bevoegd om bij afdanking om economische of technische reden naast de criteria voor ontslag ook die voor de wederaanwerving vast te stellen. De redenering m.b.t. de gebondenheid wat de criteria voor afdanking betreft, kan hier mutatis mutandis worden toegepast.

Concreet betekent zulks dat voor de om economische of technische reden ontslagen werknemers op grond van hun arbeidsovereenkomst een recht op wederaanwerving bestaat voor zover ze aan de voorwaarden en de criteria daartoe voldoen. De arbeidsovereenkomst blijft m.a.w. gevolgen sorteren *na* het effectief beëindigen van de uitvoering ervan⁵⁹. De werkgever die bij wederaanwerving de door de ondernemingsraad uitgewerkte criteria niet volgt en daardoor een werknemer, die bij voorrang voor aanwerving in aanmerking kwam niet aanwerft, schendt de regel van een ontslagbegeleidende modaliteit en wordt schadeplichtig.

over afdwingbaarheid obligatoire C.A.O.-bepalingen LENAERTS, R., *Sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1969, 143; RIGAUX, M., «Omtrent de juridische afdwingbaarheid van obligatoire C.A.O.-bepalingen», *R.W.*, 1985-86, 913-928; zie ook Kort ged. Arbrb. Brussel, 9 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 966, en Arbh. Brussel, 6 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 1269.

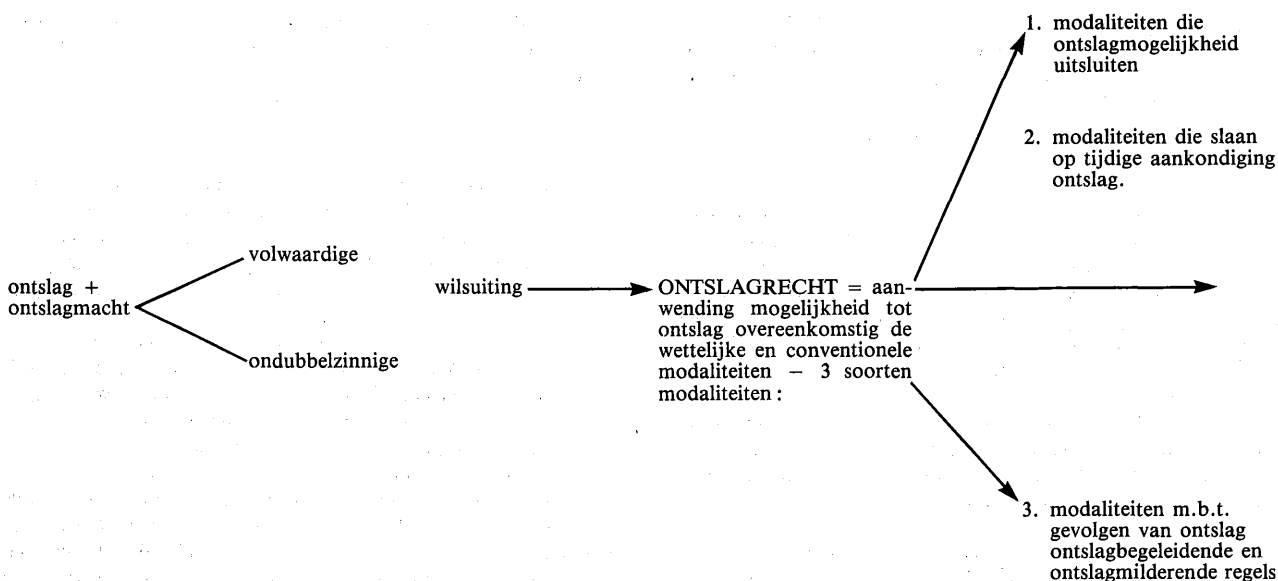
⁵⁹ «... beëindigen van de uitvoering ervan»; het arbeidsrecht is rijk aan voorbeelden van rechten die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien na de beëindiging van de uitvoering ervan. Meestal gaat het om de uitkering van vergoedingen (collectief ontslag, sluiting, bepaalde vormen «brugpensionering», e.a.). Niets belet echter dat de verbintenis in kwestie de «wedertewerksstelling» tot voorwerp zou hebben.

3.2. Schematische voorstelling

GELDIGHEID

RECHTMATIGHEID

(elementen van vastheid van betrekking)



3.3. Onrechtmatigheid van ontslag en schadeplichtigheid

a) Bepaling van de geleden schade

20. Onrechtmatigheid van ontslag leidt in het Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht doorgaans tot schadeplichtigheid. Dit is een logisch gevolg van de principiële erkenning door de wetgever van de mogelijkheid de ontslagmacht aan te wenden buiten de perken van het ontslagrecht om.

Bij onrechtmatigheid en schadeplichtigheid zal men in eerste instantie moeten bepalen welke schade door de benadeelde partij geleden is. Binnen het ontslagrecht wordt het antwoord op deze vraag hoofdzakelijk bepaald door de aard van de ontslagmodaliteit die gekrenkt werd.

– Regels die de ontslagmacht uitsluiten

21. Indien de wetgever of de contracterende partijen bij een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk de ontslagmacht uitsluiten, betekent dit dat ze deze omstandigheid zo belangrijk vinden dat de dienstbetrekking *niet* verloren mag gaan.

Bij het begroten van de schade welke vergoed dient te worden na het negeren van een dergelijke bepaling, moet men hiermee rekening houden. De omvang van de schade zal verder mede bepaald worden door de draagwijdte van de clausules in kwestie en de context waarin deze voorkomen.

– Regels die de werkgever tot voorafgaande informatie verplichten

22. De ontslagmodaliteiten van de tweede groep sluiten, zoals eerder aangegeven, de mogelijkheid tot ontslag niet uit. Integendeel, deze wettelijke en conventionele regels la-

ten dit in beginsel toe. Aangezien de bedoeling van een dergelijke informatieplicht dubbel is (supra), is de, bij miskenning door de werkgever van deze ontslagregels, geleden schade ook van tweërlei aard: enerzijds de schade voortvloeiend uit de omstandigheid dat de werknemer beroofd is van de mogelijkheid om bijtijds naar ander werk te zoeken om zo werkloosheid te voorkomen en anderzijds de schade voortvloeiend uit het feit dat de werknemer de mogelijkheid ontnomen werd om via onderhandelingen gunstiger ontslagvoorwaarden te krijgen.

– Ontslagbegeleidende maatregelen

23. Zo de ontslagtemperende regel het uitkeren van een ontslagbegeleidende vergoeding betreft, bestaat de schade in eerste instantie uit het bedrag van de gederfde vergoeding. Betreft het daarentegen bepalingen die de werkgever ertoe verplichten over te gaan tot wederaanwerving of wedertewerkstelling, of gaat het om het niet-respecteren door de werkgever van de criteria voor wederaanwerving, dan zal de werknemer die ten onrechte niet is wederaangeworven, als geleden schade het nadeel kunnen inroepen dat hij ondervindt door het niet verkrijgen van de betrekking waarop hij prioritair gerechtigd was.

b) Wijze waarop de geleden schade kan worden vergoed

24. Het Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht werkt met twee systemen van schadevergoeding: het stelsel van de forfaitaire vergoedingen en het stelsel van vergoeding van de reëel geleden schade. Van de twee stelsels is het forfaitaire ongetwijfeld het meest in zwang. De reden voor deze gang van zaken ligt voor de hand: het biedt voor de economisch

zwakste partij, de werknemer, het voordeel dat hij niet de omvang van de geleden schade moet bewijzen. Op de forfaitaire vergoeding rust immers het vermoeden dat ze alle schade voortvloeiend uit de geschonden rechtsregel dekt⁶⁰. Deze techniek wordt dan ook zowel door de wetgever als door de contracterende partijen bij collectieve arbeidsovereenkomsten aangewend⁶¹. In zeldzamer gevallen wordt naar de vergoeding van de reëel geleden schade⁶² verwezen.

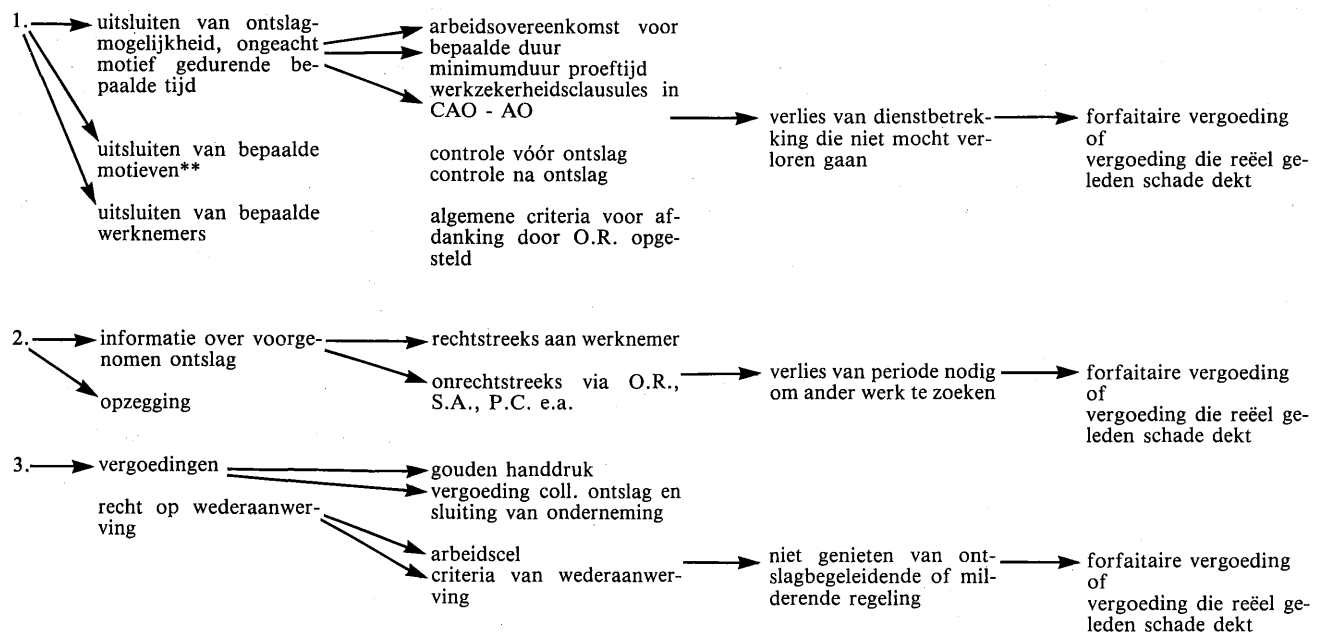
⁶⁰ Het onderscheid en de daaraan verbonden voor- en nadelen werden in literatuur vooral onderzocht in het raam van het misbruik van ontslagrecht; in deze materie is het immers voldoende de figuur van «willekeurig ontslag» bij de werkliden te vergelijken met die van het misbruik van ontslagrecht bij de bedienden. Zie Blanpain, R., «Misbruik van recht en ontslag van werknemers – een inleiding», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, BLANPAIN, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 145-147.

⁶¹ Door de wetgever: in de materies van onrechtmatig ontslag van werknemersafgevaardigden in ondernemingsraad en veiligheidscomité, onrechtmatig ontslag van zwangere werknemers, onrechtmatig ontslag van werknemers wier overeenkomst is geschorst wegens vervulling van militieverplichtingen of voor beroepsloopbaanonderbreking, e.a.; door de partijen bij de C.A.O.: onrechtmatig ontslag van leden van de vakbondsafgevaardigden, van werknemers die zich verzetten tegen mogelijke geslachtsdiscriminatie inzake beloning, van werknemers ontslagen door een werkgever die te kort schoot in de naleving van de informatie- en overlegprocedure, e.a.

⁶² Door de wetgever: onrechtmatig ontslag van een handarbeider tijdens de proeftijd; door de partijen bij C.A.O.: onrechtmatig ontslag van werknemers die opkomen tegen mogelijke geslachtsdiscriminatie bij beloning (aan de werknemers wordt de keuze gelaten tussen een forfaitaire vergoeding of een vergoeding die de reëel geleden schade dekt).

RECHTMATIGHEID (elementen van vastheid van betrekking)

SCHADEPLICHTIGHEID VOORWERP WIJZE VAN VERGOEDING



Uitzonderlijk kent de wet tussenvormen waarbij forfaitaire vergoedingen kunnen worden aangepast volgens de reële geleden schade; bv. bij de uitwinningvergoeding voor handelsvertegenwoordigers.

25. Naast de gevallen waarin door de wet of door de conventie uitdrukkelijk bepaald wordt welke techniek van schadevergoeding moet worden toegepast, omvat het ontslagrecht ook heel wat situaties waarvoor niets is geregeld. Ten aanzien van deze gevallen worden verschillende houdingen aangenomen.

In een eerste reeks situaties neemt de rechtsleer en/of de rechtspraak de stelling aan dat een strikt onderscheid moet worden gemaakt tussen materies van het individueel en het collectief arbeidsrecht. Materies die tot het collectief arbeidsrecht worden gerekend, belangen de collectiviteit van werknemers aan; de regels in kwestie zijn daardoor ipso facto enkel vatbaar voor een sanctionering die op het collectieve vlak ligt⁶³.

In een andere reeks gevallen valt men terug op het algemeen overeenkomstenrecht dat dan als gemeen recht fungeert⁶⁴.

Meer dan in andere rechtstakken hebben wetgever en contracterende partijen in het arbeidsrecht hun toevlucht genomen tot een forfaitaire wijze van schadebepaling. Dit niet alleen om de werknemer van het bewijs van de grootte van de geleden schade te ontlasten; doch in mindere mate ook om de werkgever te beschermen tegen zeer grote schadeclaims van de werknemer. In de gevallen waarvoor de wetgever noch de contractpartijen op grond van krenking van het ontslagrecht in een forfaitaire vergoeding hebben voorzien, ontstaat dan soms de indruk dat niet in een sanctionering voorzien is op grond van het arbeidsovereenkomsten- en het ontslagrecht. Vaak is deze constatering gekoppeld aan de stelling dat bepaalde materies nu eenmaal tot het collectief arbeidsrecht behoren en dus alleen het belang van de collectiviteit op het oog hebben. Het onrechtstreeks gevolg van deze redenering is dat men zo tot regels komt die — de eventualiteit van strafrechtelijke sanctionering buiten beschouwing gelaten — civielrechtelijk «vrij» zijn van beteugeling. Men onttrekt ze aan de gewone burgerrechtelijke sanctiesystemen en maakt er een soort van «moreel bindende regels» van.

Het onderscheid tussen collectief arbeidsrecht en individueel arbeidsrecht is een in belangrijke mate om pedagogische overwegingen gehanteerde classificering. De juridische realiteit kent een dergelijke barrière niet, zodat regels van collectief arbeidsrecht dikwijls hun verlengstuk hebben in het individuele. Het is dan ook weinig plausibel dat het collectief belang van alle werknemers een bestaan zou leiden volkomen onafhankelijk van het individueel belang. Het zou een aberratie zijn te beweren dat een individu behorend tot de collectiviteit wier belang beschermd wordt, zich eventueel niet zou kunnen beroepen op de schending van de regel door de werkgever met als motief dat het een regel betreft die de werknemerscollectiviteit aangaat en niet het individu⁶⁵.

⁶³ Zie sub 52.

⁶⁴ Dit is bijvoorbeeld een van de oplossingen bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór de uitvoering ervan. Zie TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., II, 222-226.

⁶⁵ «... met als motief»: er kunnen zich weliswaar situaties voordoen waarin het belang van de collectiviteit niet samenvalt met di

26. In principe kan men stellen dat de toepassing van een forfaitaire schadevergoeding enkel kan in de situatie waarvoor de wetgever of de contractpartijen in een dergelijke vergoeding hebben voorzien. Soms is het mogelijk een «ontslag-situatie» terug te brengen tot een van de wettelijk of conventioneel geregelde gevallen van forfaitaire schadevergoeding (bv. bij ontslag vóór de uitvoering van de arbeidsovereenkomst). Is dat niet mogelijk, dan kan men naar onze mening niets anders doen dan terug te vallen op het algemene overeenkomstenrecht, dat binnen het arbeidsovereenkomstenrecht fungeert als gemeen recht. Het niet-respecteren van een regel behorend tot het ontslagrecht waarvoor geen expliciete schadevergoeding of wijze van schadevergoeding is gespecificeerd, moet derhalve leiden tot de toepassing van de regels van het gemeen recht. De reële geleden schade moet m.a.w. worden vergoed. De fout, de schade en de schadebegroting dient te geschieden conform de toepasselijke regels van het verbintenissenrecht.

In de regel zal het niet-respecteren van een regel van het ontslagrecht beoordeeld moeten worden aan de hand van de principes van de contractuele aansprakelijkheid. Dit uiteraard in de veronderstelling dat het ontslag een handeling is, verricht in uitvoering van de overeenkomst⁶⁶. De geschonden regel zal evenwel ook beoordeeld kunnen worden aan de hand van de beginselen van de aansprakelijkheid met onrechtmatige daad voor zover de schending zich voordoet in een context van samenloop van aansprakelijkheid. De schending van de regel maakt bv. een misdrijf uit. Dit is niet zo uitzonderlijk, daar het meer dan eens voorkomt dat de geschonden ontslagregel deel uitmaakt van een algemeen verbindend verklaarde C.A.O.⁶⁷.

Een vordering op grond van aansprakelijkheid met onrechtmatige daad biedt voor de werknemer het voordeel dat het gehanteerde foutcriterium ruimer is, maar ook dat in beginsel schadevergoeding in natura kan worden gevraagd. Zulks zou dan impliceren dat de werknemer aan de rechter zou kunnen vragen het herstel van de dienstbetrekking te bevelen. Van zijn kant zou de rechter dan, zo hij oordeelt dat het herstel van de dienstbetrekking realistisch is, in plaats van een schadevergoeding een herplaatsing kunnen opleggen⁶⁸. De principiële toepasselijkheid en toepasbaarheid van de regels van het verbintenissenrecht maakt van het ontslagrecht een (gesloten) systeem. Elke schending van de ontslagregel vindt een sanctionering. De wettelijke bepalin-

van de individuen; doch het is in elk geval weinig passend zich op de collectieve aard van het beschermde belang te beroepen voor aan-
gelegenheden waarin collectief en individueel belang samenvallen.

⁶⁶ De meningsverschillen over de «contractuele aard» van het ontslagrecht manifesteren zich vooral in de kwestie van het misbruik van ontslagrecht. Zie CORNELIS, L., «Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden» in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 181-182.

⁶⁷ Zie art. 56 van de wet van 5 december 1968 betreffende collectieve arbeidsovereenkomsten en paritaire comités; het niet naleven van een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst is, ondanks de correctionele straffen waartoe het aanleiding geeft, een zogenaamd *overtredingsmisdrijf*.

⁶⁸ Hierbij dient wel onmiddellijk gezegd dat de Belgische rechtspraak zeer weigerachtig staat tegenover het herstel in natura van «verbintenissen om iets te doen».

gen van het arbeidsovereenkomstenrecht vervullen binnen het ontslagrecht en dus ook ten aanzien van het verbintenissenrecht dan ook een dubbele functie: ze vormen de leidraad van het ontslagrecht en fungeren als toetssteen. Regels van het ontslagrecht en de toepassing van de regels van het verbintenissenrecht zullen steeds moeten worden getoetst aan de (ten voordele van de werknemers) dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet.

3.4. Toepassingen

a) Regels die ontslagmacht uitsluiten

— Uitsluiting van de ontslagmacht gedurende een bepaalde periode, ongeacht het motief

27. De eenzijdige beëindiging door een van de contractpartijen van de overeenkomst voor een bepaalde tijd, leidt tot schadeplichtigheid, indien de beëindiging zonder dringende reden plaatsvindt vóór het verstrijken van de termijn. De W.A.O. sluit immers de mogelijkheid tot eenzijdige beëindiging in beginsel uit; de overeenkomst voor een bepaalde tijd neemt een einde door het verstrijken van de termijn. De wetgever heeft aldus een conventionele vastheid van betrekking in het leven geroepen⁶⁹. De schade die de werknemer lijdt, bij miskenning van dit principe, is die welke voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking die niet verloren mocht gaan, gedurende de periode waarvoor de overeenkomst is aangegaan. De forfaitaire vergoeding die door de arbeidsovereenkomstenwet wordt voorgeschreven, beperkt de aanspraak van de werknemer op schadeloosstelling in een dubbel opzicht. Een eerste beperking vloeit voort uit de regel dat bij (onrechtmatig) ontslag van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de verbrekingsvergoeding in beginsel gelijk is aan het loon corresponderend met het resterende gedeelte van de termijn. De wet limiteert de schadevergoeding tot de vergoeding van het verlies van loon. Andere schadeëlementen worden niet in rekening gebracht. De wetgever gaat er dus van uit dat de enige schade die bij onrechtmatig ontslag in rekening mag worden gebracht, het financiële verlies is, volgend uit de loonderving. Deze benaderingswijze is tamelijk eng. Weliswaar is het verwerven van een inkomen de voornaamste reden voor de werknemer om te contracteren, maar in de huidige samenleving betekent een arbeidsovereenkomst meer; zo bepaalt de betrekking in hoge mate de maatschappelijke positie⁷⁰.

Een tweede wettelijke beperking houdt verband met het instellen van een plafond waarboven de verbrekingsvergoeding niet mag gaan. Hoewel zulks ongetwijfeld is ingegeven door de bekommernis de werknemer te beschermen wanneer hij het initiatief neemt van de voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, is dit een tweesnijdend zwaard. Deze regel verzwakt immers ook de aanspraken van de werkne-

mer, indien de werkgever het initiatief tot een onrechtmatig ontslag neemt.

28. De schadeplichtigheid en schadeloosstelling bij onrechtmatige eenzijdige beëindiging tijdens de geldingsduur van *conventionele werkzekerheidsclausules* is niet tot een door de wet geregeld geval terug te brengen. De werkzekerheidsclausules in C.A.O.'s gestipuleerd, hebben normaliter als doel werknemers die door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verbonden zijn, gedurende een beperkte periode werkzekerheid te verschaffen. Doorgaans verbinden werkgevers zich ertoe werknemers, met uitzondering van het ontslag om een dringende reden, gedurende een of twee jaar niet te ontslaan. Na deze periode herwint de werkgever zijn volledige ontslagmogelijkheid.

De al of niet betaling van een vergoeding bij woordbreuk door de werkgever hangt af van verschillende factoren. Allereerst de wijze waarop de werkzekerheidsclausule door de partijen is geformuleerd. Gaat het om een belofte aan de vakorganisatie of om een verbintenis aangegaan tegenover de werknemers? In het eerste geval betreft het obligatoire C.A.O.-bepalingen die voor de individuele werknemer geen rechten doen ontstaan; in het tweede geval gaat het om een normatieve bepaling die tot de individuele arbeidsovereenkomst behoort. Uit de formulering van de clausule of uit de context ervan moet tevens blijken of de clausule al dan niet toelaat dat de werkgever in de beschermde periode het initiatief tot ontslag met opzegging neemt. Zo is het mogelijk dat de werkgever die een werkzekerheid van een jaar toezegt, zich het recht voorbehoudt om tijdens deze periode op te zeggen op voorwaarde dat het einde van de opzeggingstermijn na het einde van de werkzekerheidsperiode valt. Wanneer aan de werkgever geen initiatiefrecht wordt gegeven, moet hij wachten tot de werkzekerheidsperiode verstreken is alvorens hij tot opzegging kan overgaan.

Andere elementen die het beantwoorden van de vraag naar schadeplichtigheid en schadeloosstelling mee bepalen, zijn: de aard van de arbeidsovereenkomst, de aard van het verrichte werk, de al dan niet aanwezigheid van een beding van proeftijd enz.⁷¹.

Veronderstellen we even dat een werkgever, die door een normatieve werkzekerheidsclausule van een jaar gebonden was, de overeenkomst verbreekt na zes maanden. Welke schadeloosstelling dient hij de werkgever dan te betalen (hypothese: arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur).

De schadevergoeding bestaat uit twee delen. Immers het betrof een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur eenzijdig opzegbaar (mits inachtneming van opzeggingstermijn) na het verstrijken van de werkzekerheidsperiode. De werk-

⁷¹ «... aanwezigheid van een beding van proeftijd»: indien de collectieve arbeidsovereenkomst niets bepaalt omtrent de toepasselijkheid van de werkzekerheidsclausule op de werknemers in proeftijd, lijkt het ons twijfelachtig of ook deze werknemers zich op deze clausule kunnen beroepen om zo opzegging met een verkorte opzeggingstermijn te beletten. De werkzekerheidsclausule wijkt af van de algemene regels van het ontslagrecht en dient naar ons oordeel eng te worden geïnterpreteerd. Hoe dan ook, het probleem vertoont enige gelijkenis met dat van de kandidaten bij de sociale verkiezingen die tijdens de proeftijd worden ontslagen. Zie hierover RAUWS, W., «De comité VGV-wet: beschermend statuut van de werknemersafgevaardigden», in *Werknemersinspraak in veiligheidsbeleid*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 118-119.

⁶⁹ Zie art. 40 Arbeidsovereenkomstenwet.

⁷⁰ Forfaitaire ontslagvergoeding in het raam van de artt. 39 en 40 van de Arbeidsovereenkomstenwet dekken in essentie zo niet uitsluitend de materiële schade voortvloeiend uit de onrechtmatige onslaghandeling. Zie hierover JANVIER, R., «Cumulatie van de gewone opzeggingsvergoeding met andere arbeidsrechtelijke vergoedingen», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, n. nr. 467.

gever diende in elk geval een opzeggingstermijn in acht te nemen, ook wanneer hij na de periode van een jaar opzegde. Door geen opzeggingstermijn in acht te nemen berooft de werkgever de werknemer van de mogelijkheid om bijtijds een andere dienstbetrekking te zoeken; hij begaat een onrechtmatigheid en is tot uitbetaling van een opzeggingsvergoeding gehouden. Een eerste deel wordt gevormd door de opzeggingsvergoeding. Het tweede deel betreft de vergoeding, voortvloeiend uit de schade geleden door de werknemer ten gevolge van het negeren van de uitsluiting van de ontslagmacht. Overeenkomstig de hierboven uiteengezette regels, moet de reële geleden schade worden vergoed; bepaald en begroot volgens de beginselen van het gemene recht, i.e. overeenkomstig de beginselen van de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid⁷². Indien we ons beperken tot het louter verlies van inkomen, betekent zulks dat de werkgever aan de werknemer boven de forfaitaire opzeggingsvergoeding nog een vergoeding verschuldigd is van zes maanden loon, verhoogd met de vergoeding voor eventueel negatieve gevolgen van ontslag op de opbouw van sociale zekerheidsrechten, doch met aftrek van de vergoedingen die de werknemer gedurende de periode in kwestie van zes maanden mocht ontvangen (bv. werkloosheidsuitkeringen of uitkeringen van het Fonds voor bestaanszekerheid)⁷³.

Het in aanmerking nemen van de werkelijk geleden schade houdt uiteraard ook de mogelijkheid in dat er boven de opzeggingsvergoeding slechts een klein (of geen) excedent moet worden bijbetaald. Dit zou het geval kunnen zijn, indien de werknemer kort na de onrechtmatige beëindiging door de werkgever een andere, eventueel beter bezoldigde, dienstbetrekking aanneemt.

29. Zoals hierboven reeds werd gesteld, kan de ontslagmacht ook worden uitgesloten voor een bepaald motief.

Bij schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens *fysieke ongeschiktheid* kan de werkgever de arbeidsovereenkomst in principe slechts beëindigen na zes maanden mits met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding, althans wanneer het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betreft⁷⁴. Doorgaans nemen rechtsleer en rechtspraak aan dat een vroegtijdige beëindiging door onrechtmatig ontslag niet wordt gesanctioneerd, tenzij men het wegvallen van de aftrekregeling, waarvan de werkgever het genot had kunnen hebben indien hij pas na de periode van zes maanden had opgezegd, als dusdanig zou kwalificeren.

Een nagenoeg unanieme rechtspraak, met inbegrip van het Hof van Cassatie, oordeelt bovendien dat een werknemer die vóór het verstrijken van de door het gewaarborgd loon gedekte periode onrechtmatig wordt ontslagen, geen aanspraak kan maken op het resterend gedeelte van het ge-

waarborgd loon. Als reden hiervoor wordt aangegeven dat het ontslag dit verhindert⁷⁵.

Beide stellingen komen ons betwistbaar voor.

Door deze materie te regelen zoals hiervoor werd beschreven, heeft de wetgever duidelijk aangegeven dat fysieke ongeschiktheid de arbeidsovereenkomst in beginsel schorst en dat het rechtmatig gebruik van de ontslagmacht voor de duur van de voornoemde periode wordt uitgesloten. De werkgever die vóór het verstrijken van deze periode tot onrechtmatig ontslag overgaat, is schadeplichtig. De aan de werknemer verschuldigde vergoeding bestaat uit twee delen: enerzijds is de werkgever een opzeggingsvergoeding verschuldigd en anderzijds is hij gehouden voor de periode van zes maanden de reële geleden schade te vergoeden; deze verplichting vloeit voort uit de toepassing van het gemene recht. Bij afwezigheid van een expliciete forfaitaire vergoeding, dient de schade voortvloeiend uit de krenking van de regel van het ontslagrecht immers te worden gedekt op grond van de beginselen van het algemeen verbintenissenrecht. Concreet betekent dit dat de werkgever wel gehouden is om het resterend gedeelte van het gewaarborgde loon uit te betalen⁷⁶.

30. Bij *abusief ontslag van een diensthoofd veiligheid* geldt een analoge regeling. Art. 833.1.3 A.R.A.B. bepaalt dat het diensthoofd veiligheid zijn opdracht vervult in onafhankelijkheid ten aanzien van de werkgever en de werknemers⁷⁷. Hetzelfde algemeen reglement schrijft voorts ook voor dat de arbeidsgeneesheer zijn taak dient te vervullen in een morele en technische onafhankelijkheid ten aanzien van de werkgever en de werknemers. Voor de arbeidsgeneesheer werd dit beginsel ondersteund met een ontslagbeschermingsregeling, uitgewerkt in de wet van 28 december 1977. Deze sanctioneert het ontslag van de arbeidsgeneesheer, wanneer dit in strijd is met de hem toegekende technische en morele onafhankelijkheid, met de verplichting voor de in gebreke blijvende werkgever een door de wet vastgestelde forfaitaire vergoeding uit te betalen⁷⁸. Voor het

⁷² Deze materie maakte het voorwerp uit van een interventie op de Studiedagen Arbeidsrecht Antwerpen - sessie van 24 april 1987 - zie *Studiedagen Arbeidsrecht Antwerpen, Verslag van de discussies*, HUMBLET, P., (rapporteur), Antwerpen, C.B.R., 1987, 38-40.

⁷³ *Ibid.* Hierboven (sub voetnoot 34) hebben we reeds de redenen weergegeven waarom het ons opportuun voorkomt deze als algemeen ontslagverbod geformuleerde regel bij onderhavige groep ontslagmodaliteiten te behandelen.

⁷⁴ Zie de artt. 58, eerste lid, 79 en 80 Arbeidsovereenkomstenwet.

⁷⁵ Het betreft hier het probleem van cumulatie van de gewone opzeggingsvergoeding met het gewaarborgd loon waarop de werknemer recht had gehad indien hij niet voortijdig en onrechtmatig door de werkgever was ontslagen. Zie voor schets en commentaar JANVIER, R., «Cumulatie en de gewone opzeggingsvergoeding met andere arbeidsrechtelijke vergoedingen», *l.c.*, nr. 373.

⁷⁶ Het terugvallen op het gemene recht en op de contractuele aansprakelijkheid die aan het onrechtmatig ontslag ten grondslag ligt, biedt dus de mogelijkheid om het foutief gedrag van de werkgever te sanctioneren. Terwijl tot op heden vaak de mening werd geopperd dat er geen expliciete wettelijke sanctie was en dus helemaal geen sanctie. Zie JANVIER, R., «Cumulatie van de gewone opzeggingsvergoeding met andere arbeidsrechtelijke vergoedingen», *l.c.*, nr. 373.

⁷⁷ In tegenstelling tot de situatie van de arbeidsgeneesheer, waarbij een uitgebreide ontslagbescherming deze onafhankelijkheid schraagt, doet de wetgever voor de veiligheidsdeskundige ook beroep op een aantal «zachte» middelen om diens onafhankelijkheid concrete inhoud te geven, zoals een voorafgaand «akkoord» van het veiligheidscomité bij aanstelling of vervanging, een beroep op het advies van de technische arbeidsinspectie bij meningsverschil met de werkgever, een ver doorgedreven opleiding daar waar nodig, e.a.

⁷⁸ Zie voor commentaar bij de wet van 28 december 1977 DESMET, M., «De rechtspositie van de arbeidsgeneesheer, - De arbeids-

diensthooft veiligheid ontbreekt een dergelijke regeling. De jurisprudentie en de doctrine zijn er nochtans via de constructie van het «misbruik van ontslagrecht» toe gekomen om, ondanks een afwezigheid van een wettelijke motiveringsplicht bij opzegging, een controle a posteriori uit te oefenen op de aan het ontslag onderliggende motieven. De filosofie van deze controle is gebaseerd op het idee dat de aanwending van het ontslagrecht dient te geschieden in het perspectief van een economische finaliteit; het ontslagrecht mag slechts worden aangewend in het raam van het (wettig) economische belang van de onderneming⁷⁹.

Bepaalde motieven die hun oorsprong vinden in een houding van werkgevers die strijdig is met het dwingend recht, worden doorgaans als onrechtmatig gekwalificeerd. De door de wet voorgeschreven onafhankelijke opstelling van de veiligheidsdeskundige is ongetwijfeld een regel van dwingend recht⁸⁰. Overeenkomstig de hierboven beschreven beginselen kan het ontslag door de werkgever van een veiligheidsdeskundige om redenen die verband houden met zijn onafhankelijke opstelling dan ook als onrechtmatig worden gekwalificeerd. De werkgever wendt zijn ontslagmacht aan voor een motief waarvoor het ontslag wordt uitgesloten. De krenking van deze dwingende regel van het ontslagrecht creëert schadeplichtigheid. Bij afwezigheid van een door de wet of door de overeenkomst vastgestelde forfaitaire schadevergoeding dient de uit de tekortkoming voortvloeiende schade te worden vergoed op grond van het gemene recht. Deze schade wordt begroot op de som die het resultaat is van een vergelijking tussen de door het ontslag gecreëerde toestand en de hypothetische toestand van de werknemer indien hij nog in dienst ware geweest. Essentieel is de vraag welke schadeposten bij de begroting in aanmerking moeten worden genomen. Men moet o.i. uitgaan van een hypothetische loopbaanopbouw. Nagegaan dient te worden welke de kansen zijn op wedertewerksstelling in een vergelijkbare functie, rekening houdend met elementen zoals leeftijd, beroepskwalificaties, werkloosheid in de regio, de fysieke toestand van de persoon, e.a. Het spreekt voor zich dat ook de weerslag van het verlies van de dienstbetrekking op de opbouw van de sociale-zekerheidsrechten in aanmerking komt. De vergoeding van de schade op grond van het gemene recht impliceert dat de werknemer het bewijs moet leveren van de fout en de omvang van de geleden schade⁸¹.

31. Zoals hierboven reeds werd gesteld, kan de ontslagmacht ook worden uitgesloten ten aanzien van bepaalde werknemers. De criteria die hierbij soms worden aangewend vormen een rangregeling die de werkgever bij afdanking om economische of technische redenen moet naleven. Het niet-

respecteren van deze volgorde en dus ipso facto ook van de criteria, impliceert het ontslaan van een «verkeerde» werknemer. Ten aanzien van die bewuste werknemer was de ontslagmacht van de werkgever ingevolge de werking van de criteria immers uitgesloten. Het door de werkgever doorgevoerde ontslag is weliswaar geldig doch onrechtmatig. Het is in strijd met een conventionele modaliteit van het ontslagrecht. Welke schadevergoeding dient nu te worden uitbetaald? Rekening houdende met de aard van de gekrenkte ontslagregel (uitsluiting van ontslagmacht) kan de rechter bij het bepalen van de schadevergoeding niet terugvallen op de forfaitaire opzeggingsvergoeding. Evenmin is er een expliciet uitgewerkte en van de gemene regeling afwijkende forfaitaire schadevergoedingsregeling. Bijgevolg dienen de regels van het gemene recht toepassing te vinden. Net zoals in het geval van de onrechtmatig ontslagen veiligheidsdeskundige zal bij de begroting van de schade onder meer rekening dienen te worden gehouden met een hypothetische beroepsloopbaanontwikkeling, de mogelijkheid van het krijgen van een andere doch gelijkwaardige dienstbetrekking, de implicaties van het onrechtmatig ontslag op de opbouw van de sociale-zekerheidsrechten. Daar het een vergoeding van de reëel geleden schade betreft, zullen ook eventueel door de bewuste werknemer ontvangen vergoedingen mee in rekening worden gebracht.

b) Regels betreffende voorafgaande informatie bij ontslag

32. Deze tweede reeks ontslagmodaliteiten is net zoals de eerste zowel van wettelijke als van conventionele oorsprong⁸². Van de bij de wet geregelde ontslagmodaliteiten van deze tweede groep betreft het ontslag met opzegging met een opzeggingstermijn ongetwijfeld de belangrijkste. De niet-naleving door de werkgever van de door de wet als formele rechtshandeling opgezette opzegging met opzeggingsstermijn, leidt tot de verplichting een forfaitaire opzeggingsvergoeding te betalen. Daar de opzeggingstermijn ertoe strekt de werknemer in de mogelijkheid te stellen een andere gelijkwaardige dienstbetrekking te vinden, dient de opzeggingsvergoeding beschouwd als de vergoeding nodig om de periode van werkloosheid tussen de oude en de nieuwe dienstbetrekking financieel te overbruggen. Het forfaitaire karakter van de opzeggingsvergoeding houdt onder meer in dat alle schade voortvloeiend uit het ontslag zonder opzeggingstermijn geacht wordt gedekt te zijn⁸³. Quid wanneer de werkgever de andere wettelijke of conventionele informatieverplichtingen met betrekking tot het voorgenomen ontslag niet naleeft?

Men moet in eerste instantie een onderscheid maken tussen de individuele en de collectieve informatie. De individuele informatie, voorafgaand aan de eigenlijke opzegging, heeft naar onze mening in eerste instantie tot doel de werknemer in te lichten over de eventualiteit van het ontslag, ten einde hem in de mogelijkheid te stellen reeds vroeger naar een andere dienstbetrekking uit te kijken. De informatie betreft de mogelijkheid van een ontslag daar er nog geen volstrekte zekerheid bestaat omtrent het effectief plaatshebben

geneeskundige diensten, enkele actuele twistpunten», *seminarie 22 maart 1985, Centrum v. arbeidsrecht V.U.B.*, 10 e.v.

⁷⁹ Zie over economische finaliteit van het ontslagrecht TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., I, 155-156.

⁸⁰ Het motief dat aan het ontslag ten grondslag ligt is onwettig, daar wat de wet aan het diensthooft als verplichting oplegt, nimmer een fout kan uitmaken. Een dergelijk ontslag is onrechtmatig zoals alle andere gevallen waarin de werkgever zijn ontslagrecht aanwendt als represaillemaatregel. Zie TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., I, 164-165.

⁸¹ Dit hypothekeert vanzelfsprekend in belangrijke mate de efficiëntie van de bescherming opgebouwd op grond van het gemene recht.

⁸² Zie boven sub 13.

⁸³ Zie TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., II, 241 e.v.

ervan. De praktijk van de arbeidsverhoudingen leert ons dat aangekondigde ontslagen soms niet door effectieve ontslag-handelingen worden gevolgd. Parallel met de individuele informatie dient de werkgever meestal ook collectieve informatie te verstrekken. Deze vormt vaak de uitgangspositie voor collectieve onderhandelingen, die kunnen uitmonden in ofwel het ombuigen van de voorgenomen en aangekondigde ontslagen in andere maatregelen (instelling van een veralgemeend stelsel van gedeeltelijke werkloosheid, brugpensioering, niet-vervangen van gepensioneerden, e.a.) of het reduceren van de omvang van de voorgenomen ontslagen. De aankondiging via individuele informatie voorafgaand aan het ontslag maakt dan ook vaak deel uit van de onderhandelingsstrategie van de werkgever⁸⁴. Hoe dan ook, de individuele informatie voorafgaand aan de eigenlijke opzegging kan worden beschouwd als een verlenging van de nuttige periode waarin de werknemer ander werk kan zoeken. Het niet-naleven van deze informatieplicht kort deze periode in, zonder dat de werkgever hiervoor enige wettige rechtvaardiging heeft. Weerom handelt hij in strijd met een element van het ontslagrecht. Een schadevergoeding is verschuldigd.

Bij de begroting van de schade kan onder meer met de volgende elementen rekening worden gehouden: het loon corresponderend met de periode tussen het moment waarop de informatie diende te worden verstrekt op het tijdstip van de aanvang van de opzeggingstermijn, het verlies van een kans om reeds in voornoemde periode een ander gelijkwaardige dienstbetrekking aan te nemen, e.a.⁸⁵. Geldt dit ook bij niet-naleving van de collectieve informatieplicht? De werkgever die de collectieve informatieplicht ten aanzien van de ondernemingsraad en/of de vakbondsafvaardiging niet naleeft, ontnemt de werknemer de kans om via onderhandelingen ontslagen te vermijden of te verminderen; hij ontzegt hun een substantieel element van vastheid van betrekking. Het overleg met de werknemersafvaardigingen vormt immers een wezenlijk element in het besluitvormingsproces met betrekking tot de voorgenomen ontslagen. De werkgever die deze informatie- en/of overlegplicht negeert, beschikt bijgevolg niet over alle elementen noodzakelijk om met de nodige kennis van zaken te kunnen oordelen. Men zou zelfs kunnen opwerpen dat zijn wil te ontslaan niet volwaardig is of dat hij niet over voldoende accurate informatie beschikt om op een geldige wijze op te zeggen. De werknemer zou zich dus eventueel kunnen beroepen op de ongeldigheid van het ontslag, zo niet dan toch van de opzegging⁸⁶.

De vraag naar de gevolgen van de niet-naleving van de collectieve informatieplicht met betrekking tot de schadeplichtigheid ligt op een ander vlak. De schade begroten die voor een individuele werknemer voortvloeit uit de niet-naleving van de informatie- en overlegplicht, is onmogelijk indien men geen rekening houdt met de eventuele uitkomst van het niet-gehouden-overleg en de implementaties hiervan op de situatie van de verongelijkte werknemer. Een en ander veronderstelt uiteraard een inhoudelijk verdergaand engagement van de rechter dan nu meestal het geval is. Een dergelijke werkwijze is wellicht vrij ongewoon, maar daarom

nog niet onmogelijk! Niets belet de rechter een beroep te doen op een deskundigenadvies.

c) *Regels met betrekking tot ontslagbegeleidende modaliteiten*

33. Zoals hierboven werd aangegeven, kan deze derde reeks modaliteiten van het ontslagrecht worden opgesplitst in enerzijds modaliteiten die de betaling van enige vergoeding tot voorwerp hebben en anderzijds die welke een verbintenis van wedertewerkstelling inhouden⁸⁷. In tegenstelling tot de eerste twee reeksen modaliteiten komt de derde reeks doorgaans voor *na* het moment waarop het ontslag is gegeven. De geldigheid van de ontslaghandeling zelf wordt er in beginsel niet door aangetast. De werkgever die de ontslagbegeleidende vergoeding achterwege houdt, leeft een krachtens de wet of krachtens een collectieve arbeidsovereenkomst aan de arbeidsovereenkomst toegevoegde verbintenis niet na. Hij begaat een contractuele tekortkoming en wordt schadeplichtig. De te vergoeden schade bestaat uit de ontslagbegeleidende vergoeding zelf en uit een bedrag dat overeenstemt met het nadeel dat voortvloeit uit het derven van de kwetsieuze vergoeding.

Bij het niet-naleven van een verbintenis tot wederaanwerving liggen de zaken enigszins anders. De werkgever begaat evenwel een contractuele tekortkoming en wordt schadeplichtig. De schade die vergoed moet worden, is die welke voortvloeit uit het niet-verwerven van de nieuwe dienstbetrekking waarop de werknemer gelet op de verbintenis van wederaanwerving aanspraak kon maken. De werknemer die het bewijs kan leveren van het feit dat de vacante betrekking aan hem toekomt, kan onder meer de volgende schade-componenten aanbrengen: het verschil in bezoldiging tussen de hem «toegezegde» betrekking en de bezoldiging die hij in zijn actuele tewerkstelling ontvangt, het verschil tussen de bezoldiging van de «toegezegde» betrekking en de door hem ontvangen werkloosheidsvergoedingen en/of andere vergoedingen. Bij het bepalen van de schadevergoeding zal de rechter uiteraard ook een hypothetische loopbaanontwikkeling moeten schetsen in het raam van de «toegezegde betrekking» en hierbij rekening houden met de kansen op wedertewerkstelling in een gelijkwaardige functie in de sector en in de regio⁸⁸. Opdat de werknemer een schadeclaim kan instellen, is het absoluut vereist dat het een reële verbintenis van wederaanwerving betreft, m.a.w. de wedertewerkstellingsclausules moeten tot het normatief deel van de C.A.O. behoren.

4. CONCLUSIES

34.A. In de juridische problematiek inzake eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt er te gemakkelijk van uitgegaan dat opzegging de centrale notie is; heel wat bijzondere vragen met betrekking tot eenzijdige beëindiging worden dan ook «opgelost» door te refereren aan de wettelijke regeling inzake opzegging.

⁸⁴ Zie RIGAUX, M., «werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *I.c.*, nr. 283.

⁸⁵ Zie sub 16.

⁸⁶ Zie RIGAUX, M., «Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden», *I.c.*, nr. 286-289.

⁸⁷ Zie sub 23.

⁸⁸ Deze situatie vertoont gelijkenis met de reeds door de rechtspraak gekende toestand van vergoeding van de reëel geleden schade bij onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór de uitvoering ervan; zie TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *o.c.*, II, 223.

B. Eigenlijk is ontslag de centrale notie als manifestatie van de wil van een der partijen om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen. Ontslag als sleutelbegrip maakt het mogelijk een zekere onderlinge samenhang te ontdekken in de wettelijke en de conventionele regels, die op de diverse vormen van eenzijdige beëindiging van de verschillende arbeidsovereenkomsten betrekking hebben.

C. Eensgezind gaat men ervan uit dat de regels van de arbeidsovereenkomstenwetten moeten worden aangevuld met de beginselen van het algemeen overeenkomstenrecht. In heel wat domeinen van het arbeidsovereenkomstenrecht handelt men dan ook conform dit beginsel. Men aanvaardt wel het bestaan en de werking van de civielrechtelijke beëindigingswijzen, maar men is vaak heel wat minder consequent wanneer het erom gaat de leemten in het «ontslagrecht stricto sensu» op te vullen. Toch verzet niets in het raam van de arbeidsovereenkomstenwet zich tegen een dergelijke handelwijze, op voorwaarde dat het dwingend karakter ten voordele van de werknemers van deze wetsbepalingen in acht wordt genomen. Net zoals het arbeidsovereenkomstenrecht zelf wordt ook het ontslagrecht beheerst door regels van civielrechtelijke oorsprong, die suppletief werken ten aanzien van de regels van de diverse arbeidsovereenkomstenwetten.

D. Ontslagrecht moet worden gezien als een geheel van wettelijke en conventionele regels die samen en door elkaar kunnen worden toegepast. De regels die vervat liggen in de Arbeidsovereenkomstenwet zijn zeker niet exclusief. Dit neemt niet weg dat ze een dubbele functie vervullen binnen het «ontslagrecht sensu stricto»: ze vormen een leidraad door het ontslagrecht heen en ze fungeren als referentiepunt en als toetssteen voor conventionele ontslagregels allerhande.

E. Het ontslagrecht werd uitgebouwd in een perspectief van vastheid van betrekking voor de werknemers. Zulks betekent geenszins dat het ontslagrecht geen oog zou hebben voor werkgeversbelangen; doch dit betekent onomwonden

dat de werkgeversbelangen ondergeschikt zijn aan de werknemersbelangen. Dit hoeft geen verwondering te wekken, daar het arbeidsrecht nog steeds uitgaat van de basisgedachte dat de economisch zwakkere partij door rechtsregels in zijn contractuele relatie over een zekere mondigheid en beoordelingsvrijheid moet beschikken. Houdt de algemene en nagenoeg onbeperkte aanvaarding van de ontslagmacht in de persoon van de werkgever overigens niet de meest substantiële erkenning in van het werkgeversbelang in ontslag-aangelegenheden?

F. De schematische doorlichting van het «ontslagrecht sensu stricto» diende noodgedwongen te gebeuren aan de hand van nieuwe en ruimere categorieën en begrippen (zoals ontslaggeldigheid, ontslagrechtmatigheid, schadeplichtigheid, e.a.). De ruimere draagwijdte van deze begrippen en categorieën maakte het ons echter mogelijk de onderlinge samenhang van de verschillende deelmateries en bestanddelen van het ontslagrecht aan te tonen.

G. De gebruikelijke opdeling van het arbeidsrecht in een collectief en individueel gedeelte mondt vaak uit in een onverantwoorde segmentering, die het leggen van noodzakelijke verbanden tussen de diverse deelmateries van de rechtstak in de weg staat. Hierbij wordt te zeer uit het oog verloren dat regels van «collectief arbeidsrechtelijke aard» hun legitimatie vinden in de existentie van de individuele arbeidsovereenkomst. Laat het misschien dan nog zo zijn dat het individueel arbeidscontract niet meer «het» instrument is dat de inhoud van arbeidsverhouding bepaalt, dit belet niet dat het diezelfde overeenkomst is die de arbeidsrechtelijke regels naar de werknemer vertaalt. In dit opzicht is de functie van de individuele arbeidsovereenkomst van primordiaal belang. Dit geldt zeker wat het ontslagrecht betreft.

M. RIGAUX
P. HUMBLET

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 MEI 1988

Voorzitter: de h. Caenepeel

Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Overeenkomst – Toestemming – Exoneratiebeding

De toetreding van een partij tot een beding dat vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid inhoudt, kan, behoudens andersluidende wetsbepaling, niet alleen uitdrukkelijk maar ook stilzwijgend tot uiting komen en dientengevolge deze partij binden.

V. e.a. t/ G. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 maart 1986 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

(...)

Overwegende dat de eisers voor het hof van beroep, onder andere, hadden opgeworpen – voor zover enige fout te hunnen laste zou worden gelegd – dat zij toch, in geval van lichamelijke of stoffelijke schade, van alle aansprakelijkheid waren ontheven wegens het uithangen van een bord met uitdrukkelijke exoneratieclausule, dat in het wassalon, op een voor iedere gebruiker goed zichtbare plaats, was aangebracht;

Overwegende dat het arrest, na de bewuste clausule te hebben weergegeven zoals in het middel is vermeld, oordeelt dat «het ophangen van een dergelijke tekst niet het akkoord van de cliënteel met de inhoud ervan aantoon» en dat, in een

winstgevende handel als die welke door de eisers werd ge-
dreven, «de exploitant slechts van zijn aansprakelijkheid
voor het ter beschikking stellen van gevaarlijke machines of
voor eigen fouten kan worden vrijgesteld door uitdrukkelijk
en ondubbelzinnige overeenkomst hierover, wat te dezen
niet het geval is»;

Overwegende dat de toetreding van een partij tot een be-
ding dat vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid in-
houdt, behoudens andersluidende wetsbepaling, niet slechts
uitdrukkelijk doch ook stilzwijgend tot uiting kan komen en
deze partij dientengevolge bindt ;

Dat derhalve het hof van beroep, door te beslissen dat de
bedoelde clausule, die van het gemene recht afwijkt, voor
de klanten van een wasserij waar zij zelf de toestellen gebrui-
ken, slechts geldig tot stand komt zo de uitdrukkelijke toes-
temming van alle betrokken partijen vaststaat, de in het
onderdeel aangevoerde wetsbepalingen schendt ;

(...)

NOOT – Over de bindende kracht van exonerationbedingen
op uithangborden, affiches e.d., zie o.m. Kruithof, R.,
«Contractuele aansprakelijkheidsbedingen», *T.P.R.*, 1984,
255, nr. 17; E. Dirix, «Exonerationbedingen», *T.P.R.*, 1988,
676, nr. 14.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 JUNI 1988

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Simont

**Arbeidsovereenkomst – Werklieden – Willekeurig ont-
slag – Andere dan door werkgever aangevoerde redenen**

*Art. 63, tweede lid, W.A.O. betreft enkel de bewijslast en
sluit niet uit dat de rechter de beslissing dat het ontslag niet
willekeurig is, fundeert, niet alleen op door de werkgever op-
gegeven en bewezen redenen, maar ook op andere regelmatig
aangebrachte gegevens die volgens de rechter mede het ont-
slag hebben bepaald en verband houden met het gedrag of
de geschiktheid van de werkmán of berusten op de noodwen-
digheden inzake de werking van de onderneming, instelling
of dienst.*

R. t/ N.V. D.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 april 1987 door het Ar-
beidshof te Gent gewezen ;

Over het middel: schending van (...) artikel 63 van de wet
van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten ;

doordat het arrest (...)

*terwijl (...) tweede onderdeel, bij betwisting of het ontslag
van een werkmán geschied is om redenen die verband hou-
den met zijn geschiktheid of gedrag of berusten op de nood-
wendigheden inzake de werking van de onderneming, de in-
stelling of de dienst, de werkgever het bewijs dient te leveren
van de voor het ontslag aangevoerde redenen ; de rechter niet
mag beslissen dat het ontslag niet willekeurig was, door rede-*

*nen in aanmerking te nemen die door de werkgever niet als
dusdanig waren aangevoerd en waarvan deze zelfs uitdruk-
kelijk gesteld had dat het geen redenen voor het ontslag be-
trof ; het arrest derhalve, door te beslissen dat het ontslag
niet willekeurig was in de zin van artikel 63 van de Arbeids-
overeenkomstenwet, daar het gegeven zou zijn omdat eiser
in een periode van mindere activiteit of werkgebrek gewe-
erd zou hebben een week vakantie te nemen, hoewel ver-
weerster in haar akte van hoger beroep ontkend had dat het
gebrek aan werk of het meningsverschil over het nemen van
een week vakantie redenen voor het ontslag zouden geweest
zijn, artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt ;
(...)*

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 63, tweede lid, van de Arbeids-
overeenkomstenwet luidt : «Bij betwisting behoort het aan
de werkgever het bewijs te leveren van de voor het ontslag
ingeroepten redenen» ;

Dat die bepaling, die enkel de bewijslast ter zake van de
ingeroepten ontslagredenen op de werkgever legt, niet uitsluit
dat de rechter de beslissing dat het ontslag van een werkmán
niet willekeurig is, fundeert niet alleen op de door de werk-
gever opgegeven en bewezen redenen maar ook op andere
regelmatig aangebrachte gegevens die, hoewel door de werk-
gever niet als reden voorgesteld, volgens de rechter mede bij
het ontslag hebben voorgezeten en verband houden met het
gedrag of de geschiktheid van de werkmán of berusten op
de noodwendigheden inzake de werking van de onderne-
ming, de instelling of de dienst ;

Dat het onderdeel faalt naar recht ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 JUNI 1988

Voorzitter-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Baltus

**Inkomstenbelastingen – Verrekening van voorheffingen
en belastingkrediet – Solidariteitsbijdrage**

*Art. 191 W.I.B., dat voorziet in de verrekening van de
roerende voorheffing en met name van het belastingkrediet,
is een regel inzake de invordering van de vennootschapsbe-
lasting en is krachtens art. 43, § 8, van de wet van 30 maart
1976 van toepassing op de solidariteitsbijdragen.*

Belgische Staat t/ N.V. E.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 februari 1987 door
het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 191 van het
Wetboek van de Inkomstenbelastingen en 43 van de wet van
30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen
dat voor het aanslagjaar 1981 van toepassing is krachtens
artikel 1 van de wet van 29 december 1980, en meer in het
bijzonder de paragrafen 2, 4, 5 en 8 van die bepaling,

doordat het hof van beroep, in verband met een heffing van de uitzonderlijke en tijdelijke solidariteitsbijdrage voor het dienstjaar 1981, die onder artikel 2.928.625 ten kohiere werd gebracht, op grond van artikel 191 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen het beginsel aanneemt dat het saldo van het belastingkrediet op die heffing kan worden verrekend en door de aan de vennootschapsbelasting onderworpen belastingplichtige niet kan worden teruggevorderd indien en voor zover dit belastingkrediet de grondslag van die bijdrage heeft beïnvloed, zulks op grond dat voormeld artikel 43, § 8, van de wet van 30 maart 1976 de toepassing niet uitsluit van vorenbedoeld artikel 191 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, aangezien die bepaling, die betrekking heeft op de heffing en de invordering van de bijdragen en dus nader bepaalt welke artikelen van het wetboek van de Inkomstenbelastingen daarop van toepassing zijn, niet de algemene draagwijdte heeft welke de administratie eraan toekent, te weten die van een beperkende opsomming van de op de bijdrage toepasselijke artikelen van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen; immers, wanneer de administratie in de belastbare grondslag, volgens de in § 2 van artikel 43 van de wet van 30 maart 1976 bedoelde berekeningswijze het belastingkrediet op basis van artikel 135, lid 2, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen wil opnemen, zichzelf toepassing maakt van een artikel waarvan geen sprake is in bedoeld artikel 43;

terwijl artikel 43, § 8, van de wet van 30 maart 1976, dat strikt moet worden uitgelegd, een beperkt aantal artikelen van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen opgeeft waarvan toepassing wordt gemaakt op de uitzonderlijke en tijdelijke solidariteitsbijdrage en dus de toepassing van de artikelen 186 tot 204 van dat wetboek betreffende de verrekening van de voorheffingen en andere elementen (waaronder het belastingkrediet) op die bijdrage uitsluit; zo al de administratie met het in artikel 135, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bedoelde belastingkrediet bij de vaststellingen van die bijdrage volgens de in artikel 43, § 2, van vorenbedoelde wet aangewezen berekeningswijze rekening houdt, zij zulks enkel doet met toepassing van de §§ 4 en 5 van die bepaling, waarin de winsten of baten van het belastbaar of referentietijdperk worden bepaald, te weten die welke zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 65 van het koninklijk besluit ter uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en de in artikel 108, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bedoelde elementen, wat inhoudt dat het belastingkrediet waarvan sprake is in artikel 135, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen in aanmerking is genomen; wat de verrekening van dat belastingkrediet betreft, de administratie, daar de verrekening door geen enkele formele tekst inzake solidariteitsbijdrage rechtstreeks of onrechtstreeks wordt toegestaan, ze echter niet kan toepassen zonder overtreding van de in bedoeld artikel 43, § 8, tweede lid, vastgestelde nauwkeurige beperking; het hof van beroep door zulks toch te doen, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen heeft geschonden:

Overwegende dat, anders dan het middel stelt, uit artikel 43, § 8, van de wet van 30 maart 1976 blijkt dat die bepaling, wat de verrekening van het belastingkrediet betreft, naar het Wetboek van de Inkomstenbelastingen verwijst;

Dat krachtens voormeld artikel 43, § 8, de uitzonderlijke en tijdelijke solidariteitsbijdrage wordt ingevorderd op dezelfde wijze als de vennootschapsbelasting; dat de regels betreffende de verrekening van de voorheffingen, met inbegrip van het belastingkrediet, regels zijn betreffende de invordering van de belasting; dat artikel 2 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen in algemene bewoordingen bepaalt dat «deze belastingen worden geheven bij wijze van voorheffingen»; dat artikel 186 van dat wetboek luidt als volgt «de in artikel 1 bedoelde belastingen (...) worden gekweten (...) door verrekening van het bedrag van de onroerende en de roerende voorheffingen en van het belastingkrediet»; dat de voorheffing een wijze van betaling van een belasting is;

Dat artikel 191 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, dat voorziet in de verrekening van de roerende voorheffing en met name van het belastingkrediet, derhalve een regel is inzake de invordering van de vennootschapsbelasting en dat krachtens artikel 43, § 8, van de wet van 30 maart 1976 die regel van toepassing is op de solidariteitsbijdrage;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 14 SEPTEMBER 1988

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaat: mr. Simont

Verzekering — Motorrijtuigen — Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds — Toevallig feit — Materiële schade — Vordering tegen aansprakelijke derde door getroffen op verzoek van het Fonds

Een ongeval werd veroorzaakt door een bestuurder die met zijn auto slipte door de gladheid van het wegdek welke te wijten was aan de aanwezigheid van olie of stookolie op het wegdek en welke de bestuurder onmogelijk kon zien, voorzien of voorkomen.

Naar recht verantwoord is de beslissing dat de aanwezigheid van olie of stookolie op het wegdek voor de bestuurder een toevallig feit opleverde dat zijn aansprakelijkheid uitsloot; het doet er daarbij niet toe dat de gebeurtenis eventueel te wijten was aan een menselijke fout, inzonderheid aan de fout van een onbekend gebleven derde.

Daar het ongeval veroorzaakt is door een bekend bestuurder aan wie een toevallig feit is overkomen, en niet door een motorrijtuig waarvan de identiteit niet is vastgesteld, is naar recht verantwoord de beslissing die het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds veroordeelt tot vergoeding van de materiële schade van de getroffen.

Wanneer getroffen, ondanks ingebrekestelling vanwege het Fonds, hebben nagelaten een vordering in te stellen tegen autoriteiten die het aansprakelijk acht voor het ongeval, wordt art. 18, b, van het K.B. van 16 december 1981 niet geschonden door het vonnis dat hun een vergoeding toekent, als niet wordt vastgesteld dat een openbare overheid aansprakelijk is voor het ongeval, maar dit te wijten is aan overmacht.

Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds t/ S. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis van 9 november 1987, door de Correctionele Rechtbank te Verviers in hoger beroep in het Duits gewezen, en gelet op de in dezelfde taal gestelde voorziening ;

(...)

Over het middel : schending van de artikelen 50, § 1, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, 18, 19 van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen en 97 van de Grondwet ;

doordat het bestreden vonnis, met bevestiging van het beroepen vonnis, eiser veroordeelt om aan de vierde en de vijfde verweerder respectievelijk het bedrag van 136.707 frank en 2.880 frank te betalen op grond «dat artikel 50, §45 1, 1°, van de wet van 9 juli 1975 te dezen niet van toepassing is ; dat die bepaling immers alleen betrekking heeft op ongevallen die worden veroorzaakt door bestuurders wier identiteit niet is vastgesteld, bijvoorbeeld omdat zij zijn doorgereden ; dat in het bovengenoemd geval de veroorzaker van het ongeval wel bekend is, aangezien hij wordt verdacht ; dat het voor het overige niet bewezen is dat de olie is verloren door een wagen ten aanzien waarvan een verzekeringsmaatschappij overeenkomstig de wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen een verzekeringsplicht zou hebben ; dat overeenkomstig artikel 50, § 1, 2°, van bovengenoemde wet (eiser) moet instaan voor de schade als het ongeval aan een toevallig feit te wijten is ; dat in een dergelijk geval de aansprakelijkheid niet alleen de lichamelijke, maar ook de materiële schade omvat krachtens artikel 19 van het koninklijk besluit van 16 december 1981», en doordat het bestreden vonnis beslist dat het ongeval is veroorzaakt door een toevallig feit (de gladheid van de weg) dat de aansprakelijkheid van de verweerder S. uitsluit ;

terwijl, eerste onderdeel, het tegenstrijdig is enerzijds te beslissen dat de verweerder S. niet aansprakelijk is voor het ongeval en hem derhalve vrij te spreken, en anderzijds te beslissen dat te dezen de veroorzaker van het ongeval bekend is aangezien hij verdacht wordt, daar de vrijspraak impliceert dat de verdachte niet als de veroorzaker van het ongeval kan worden beschouwd ; het vonnis bijgevolg berust op tegenstrijdige gronden en derhalve niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

tweede onderdeel, onder toevallig feit in de zin van artikel 50, §45 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen moet worden verstaan een gebeurtenis die zich voordoet buiten iedere rechtstreekse of onrechtstreekse fout van de mens (bijvoorbeeld een infarct van de bestuurder, natuurrampen, ongevallen te wijten aan de natuurelementen) ; die bepaling derhalve niet van toepassing is telkens als er een menselijke fout of daad in het spel is en derhalve telkens als de aansprakelijkheid van een derde (ook al is hij niet bekend) niet uitgesloten kan worden geacht ; het bestreden vonnis vaststelt dat het ongeval te dezen te wijten is aan olie op de weg, hetgeen noodzakelijkerwijze betekent dat het ongeval mogelijk door een menselijke fout is veroorzaakt en dat het hier dus niet ging om een toe-

vallig feit in de zin van bovengenoemde bepaling ; het vonnis bijgevolg niet wettig kon beslissen dat er zich te dezen een toevallig feit had voorgedaan in de zin van artikel 50, §45 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 op grond waarvan eiser overeenkomstig artikel 19 van het koninklijk besluit van 16 december 1981 gehouden is tot vergoeding van de materiële schade, en derhalve niet naar recht is verantwoord (schending van artikel 50, §45 1, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen en van artikel 19 van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van voormelde wet van 9 juli 1975), en evenmin regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

derde onderdeel, wanneer de identiteit van het motorrijtuig dat het ongeval heeft veroorzaakt niet is vastgesteld, de vergoedingsplicht van eiser overeenkomstig artikel 50, §45 §1, 1°, en 50, § 1, laatste lid, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen en artikel 19 van het in het middel vermelde koninklijk besluit van 16 december 1981 beperkt is tot de lichamelijke schade ; uit de beslissing van het vonnis dat niet bewezen is dat de olie verloren was door een voertuig ten aanzien waarvan een verzekeringsmaatschappij overeenkomstig de wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen een verzekeringsplicht zou hebben, impliciet doch onmiskenbaar volgt dat de olie afkomstig was van een wagen en dat het ongeval veroorzaakt werd door een motorvoertuig waarvan de identiteit niet werd vastgesteld ; daaruit volgt dat het bestreden vonnis, nu het beslist dat eiser gehouden is tot vergoeding op grond van artikel 50, §45 1, 2°, en niet op grond van artikel 50, § 1, 1°, van de wet van 9 juli 1975, en nu het eiser in die omstandigheden veroordeelt tot vergoeding van de materiële schade, niet naar recht is verantwoord (schending van de artikelen 50 van de in het middel vermelde wet van 9 juli 1975 en 19 van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van bovengenoemde wet van 9 juli 1975) en evenmin regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet) ;

vierde onderdeel, de redengeving van het vonnis dubbelzinnig is in zoverre het beslist «dat voor het overige niet bewezen is dat de olie afkomstig was van een voertuig ten aanzien waarvan een verzekeringsmaatschappij overeenkomstig de wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen een verzekeringsplicht zou hebben» ; uit die redengeving immers niet kan worden opgemaakt of het volgens het vonnis niet bewezen is dat de olie afkomstig was van een voertuig dan wel of het vonnis impliciet doch onmiskenbaar beslist dat de olie wel afkomstig was van een voertuig, maar dat het bewijs niet is geleverd dat ten aanzien van dat voertuig een verzekeringsmaatschappij overeenkomstig de wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen een verzekeringsplicht had ; het vonnis in die tweede veronderstelling aangetast is door de onwetigheid die in het derde onderdeel wordt aangevoerd ; het vonnis bijgevolg niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet) en niet naar recht is verantwoord (schending van alle in het middel aangevoerde bepalingen met uitzondering van de artikelen 97 van de Grondwet en 18 van het koninklijk besluit van 16 december 1981) ;

vijfde onderdeel, eiser in zijn in hoger beroep neergelegde conclusie subsidiair had aangevoerd dat hij vergoeding kon weigeren op grond van artikel 18, § b, in fine, van voormeld koninklijk besluit van 16 december 1981, aangezien de vierde en de vijfde verweerder, ondanks ingebrekestelling, hadden nagelaten een vordering in te stellen tegen de aansprakelijke autoriteiten; het vonnis niet antwoordt op dat middel; het bijgevolg niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet) en niet naar recht is verantwoord (schending van artikel 18 van het in het middel vermelde koninklijk besluit van 16 december 1981):

Wat het eerste en het tweede onderdeel samen betreft:

Overwegende dat het bestreden vonnis, zowel in de eigen redengeving als met overneming van de gronden van de eerste rechter, vaststelt dat de verweerder Rainer S. met een wagen die niet met een overdreven snelheid reed, is geslipt op de rijbaan doordat de rijstrook waarop hij reed glad was ten gevolge van de aanwezigheid van olie of stookolie, dat door de regen die olievlek op het wegdek niet kon worden opgemerkt en dat de botsing met het voertuig van de verweerder Alois H. moet worden toegeschreven aan overmacht die de aansprakelijkheid van de verweerder S. uitsluit;

Overwegende dat de correctionele rechtbank aldus haar beslissing regelmatig met redenen omkleedt en naar recht verantwoordt;

Dat immers, enerzijds, het bestreden vonnis niet is aangetast door de in het eerste onderdeel aangeklaagde tegenstrijdigheid waar het beslist dat het ongeval te wijten is aan het slippen van het voertuig van de verweerder Rainer S. maar dat die slippartij niet aan enige fout van die verweerder te wijten is;

Dat, anderzijds, het vonnis, door erop te wijzen dat de slippartij toe te schrijven is aan de gladheid van het wegdek die verweerder onmogelijk kon zien, voorzien of voorkomen, de beslissing volgens welke de aanwezigheid van olie of stookolie op het wegdek voor de verweerder een toevallig feit opleverde dat zijn aansprakelijkheid uitsloot, naar recht verantwoordt; dat het er niet toe doet dat die gebeurtenis eventueel te wijten was aan een «menselijke fout», inzonderheid aan de fout van een onbekende derde;

Dat het eerste en het tweede onderdeel niet kunnen worden aangenomen;

Wat het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat het bestreden vonnis niet de in het onderdeel aangeklaagde dubbelzinnigheid bevat waar het vermeldt dat niet bewezen is dat de olie op het wegdek afkomstig is van een voertuig ten aanzien waarvan de verzekeraar op grond van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen een verzekeringsplicht zou hebben;

Dat uit die vermelding kan worden afgeleid dat, volgens het oordeel van de correctionele rechtbank, de oorsprong van de olie- of stookolievlek op het wegdek onbekend was;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, zoals uit het antwoord op het eerste, tweede en vierde onderdeel blijkt, het bestreden vonnis vaststelt, enerzijds, dat een toevallig feit de aansprakelijkheid van de verweerder Rainer S. voor het ongeval uitsluit en, anderzijds, dat de oorsprong van de olie of stookolie op het wegdek onbekend is; dat het aldus niet beslist dat het on-

geval is veroorzaakt door een motorrijtuig waarvan de identiteit niet is vastgesteld; dat het terecht toepassing maakt van artikel 50, §45 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, volgens hetwelk het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds ten aanzien van de benadeelde verplicht is tot dekking, onder meer wanneer, zoals te dezen, geen enkele erkende verzekeringsonderneming tot die vergoeding verplicht is omdat het gaat om een toevallig feit waarvoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, niet aansprakelijk is;

Overwegende dat het ter uitvoering van artikel 50, §45 1, laatste lid, van de wet van 9 juli 1975 genomen artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van die wet bepaalt dat, in het geval vermeld in voornoemd artikel 50, §45 1, 2°, het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de materiële schade vergoedt die door een motorrijtuig is veroorzaakt;

Dat de correctionele rechtbank bijgevolg, nu ze eiser veroordeelt om aan de vierde en de vijfde verweerder vergoedingen te betalen ten belope van hun materiële schade, haar beslissing regelmatig met redenen omkleedt en naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het vijfde onderdeel betreft:

Overwegende dat, luidens artikel 18, b, van het koninklijk besluit van 16 december 1981, het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds niet gehouden is tot vergoeding tegenover de benadeelden die zich ervan onthouden een vordering in te stellen tegen de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval, indien het Fonds hen hierom verzoekt;

Overwegende dat het vonnis niet vaststelt dat een openbare overheid aansprakelijk is voor het ongeval, maar het dat ongeval toeschrijft aan overmacht;

Dat het derhalve voornoemd artikel 18 niet schendt en niet hoefde te antwoorden op een conclusie die ingevolge de beslissing niet meer ter zake dienend was;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT – Zie Cass., 18 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1025.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 NOVEMBER 1988

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Arbeidsongeval – Arbeidsongeschiktheid – Duur – Feitelijk gegeven – Erkennung door arbeidsongevallenverzekeraar

Aangezien de duur van de arbeidsongeschiktheid van de getroffenene een feitelijk gegeven is, staan de artt. 6, § 3, 23, vierde lid, 2°, en 24, tweede lid, Arbeidsongevallenwet en 6, 1131 en 1133 B.W. niet in de weg aan de verbindende erkenning ervan door de arbeidsongevallenverzekeraar.

N.V. B. t/ T.

**Uittreksel uit de conclusie van de advocaat-generaal
Lenaerts**

Stelling van eiseres is dat zij in geen geval arbeidsongeval-
lenvergoeding voor algehele, tijdelijke arbeidsongeschik-
theid verschuldigd is vanaf de bij rechterlijke beslissing vast-
gestelde consolidatiedatum. Zij verwijt het arbeidshof in
aanmerking te hebben genomen dat zij die vergoedingen is
blijven betalen tot de datum waarop haar adviserend arts het
einde van de tijdelijke ongeschiktheid heeft bepaald. Zij be-
toogt dat haar instemming met die betalingen waardeloos is,
nu de bepalingen van de arbeidsongevallenwetgeving van
openbare orde zijn.

Ten aanzien van het toepassingsgebied van de wetgeving
beslist het arrest van 7 december 1967¹ dat geen wetsbepaling
de erkenning, door de werkgever of de verzekeraar, van het
bestaan van het ongeval waardoor de werknemer volgens
zijn verklaring is getroffen, van uitwerking berooft. De rech-
ter mag oordelen dat de verzekeraar gebonden is door zijn
erkenning van de werkelijkheid van het ongeval.

Een noot onder dit arrest vestigt de aandacht erop dat de
erkenning dat zich een ongeval heeft voorgedaan, de erken-
ning is, niet van een op de arbeidsongevallenwetgeving ge-
grond recht, maar van een materieel feit dat de toepassing
van die wetgeving niet uitsluit.

In een noot onder het arrest van 19 december 1929² on-
derstreept procureur-generaal Leclercq dat, volgens dit ar-
rest, partijen door een akkoord of een erkenning niet kun-
nen afwijken van de rechtsregels betreffende de arbeidson-
gevallenvergoedingen, maar dat de erkenning van een feite-
lijk gegeven, zoals het bedrag van het verdiende loon, waar-
op die regels moeten worden toegepast, wel mogelijk is.

Ook het arrest van 3 november 1910³ verklaart een ak-
koord van partijen over het basisloon geldig. Zulks had
overigens de minister reeds opgemerkt bij de bespreking van
de wet van 24 december 1903 in de Senaat⁴.

In de onderhavige zaak gaat het eveneens om een feitelijk
gegeven waarop de rechtsregel dient te worden toegepast om
de wettelijk verschuldigde vergoeding vast te stellen, met
name de duur van de arbeidsongeschiktheid. Dat die wette-
lijke regeling absolute en integrale toepassing moet vinden,
staat een erkenning van dit feitelijk gegeven door de verze-
keraar niet in de weg.

In zoverre dit betwist wordt in de drie onderdelen van het
middel, falen deze naar recht.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 10 december 1987 door
het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen:

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de
Grondwet, 6, 1131, 1133, 1319 van het Burgerlijk Wetboek,
23, 24, 25, 26 van het Gerechtelijk Wetboek, 6, § 3, 23, vier-
de lid, 2°, 24, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van
10 april 1971, als gewijzigd door de wetten van 7 juli 1978
en van 1 augustus 1985;

doordat het arrest de vordering van eiseres tegen verweer-
der tot terugbetaling van 302.663 frank ongegrond ver-
klaart, op de volgende gronden: «De arbeidsrechtbank oor-

deelde bij vonnis van 13 december 1984 dat de consolidatie
ingetreden was op 31 december 1982 waarna een bestendige
arbeidsongeschiktheid van 20% overbleef. Dit vonnis heeft
kracht van gewijsde. De bepalingen van artikel 23 van de Ar-
beidsongevallenwet van 10 april 1971 leggen aan de medische
adviseur van de verzekeraar de verplichting op, wanneer hij
meent dat hiertoe redenen zijn, aan de arbeidsgeneesheer
van de werkgever te vragen de mogelijkheid van een weder-
tewerkstelling te onderzoeken. Wanneer de getroffene niet
opnieuw aan het werk wordt gesteld en geen behandeling
wordt voorgesteld met het oog op de wederaanpassing, blijft
de getroffene tot de dag van zijn volledige wedertewerkstel-
ling of van de consolidatie de vergoedingen voor tijdelijke,
algehele arbeidsongeschiktheid genieten (art. 23, vierde lid,
2°). Ten aanzien van de verplichte toepassing van deze be-
palingen staat dat de raadsgeneesheer van (eiseres) eerst op
20 april 1984 de werkhervatting van (verweerder) heeft voor-
gesteld, bevel waaraan (verweerder) gevolg heeft gegeven.
Dat de raadsgeneesheer aan deze verplichting niet eerder
heeft voldaan zal ongetwijfeld voortspruiten uit de omstan-
digheid dat (verweerder) na zijn ongeval voortdurend in be-
handeling van geneesheren is gebleven, wat blijkt uit het ver-
slag van de gerechtelijke deskundige dr. M., die in zijn uit-
eindelijk verslag van 21 maart 1984 beschrijft dat (verweer-
der) van 16 juni 1982 tot 17 juli 1982 verder verzorgd werd
door dr. H. en dr. P. en verder nog steeds in behandeling
bleef in 1982 en op 31 januari 1983 en 5 mei 1983, waarna
hij nog steeds zijn huisarts dr. J. raadpleegde in februari,
maart, mei, juli, september en december 1983. Zelfs dr. B.,
de raadgevende geneesheer van (eiseres) merkt in een schrij-
ven van 27 maart 1984 op dat er nog O.R.L.-afwijkingen en
hoogtevrees bleef bestaan (cf. verslag dr. M.). Terwijl (ei-
seres) in haar conclusie verklaart dat haar raadgevend ge-
neesheer, dr. B., meermaals erop aangedrongen heeft dat
(verweerder) het werk zou hernemen, bewijst ze dit niet en
kan ze alleen aantonen dat het bevel tot werkhervatting voor
de eerste maal op 20 april 1983 werd gegeven. De eerste rech-
ter verwees terecht naar rechtsleer en rechtspraak waarin be-
nadrukt wordt dat de periode van tijdelijke en algehele ar-
beidsongeschiktheid eindigt op het tijdstip waarop de alge-
hele tijdelijke arbeidsongeschiktheid tot werken overgaat in
een tijdelijke gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid of uitzon-
derlijk bij de consolidatie, wanneer de tijdelijke, algehele ar-
beidsongeschiktheid overgaat in een blijvende algehele ar-
beidsongeschiktheid. Om een einde te maken aan de periode
van tijdelijke algehele arbeidsongeschiktheid moet het slacht-
offer gemachtigd of uitgenodigd worden het werk te hervat-
ten. De vergoedingen voor tijdelijke algehele arbeidsonge-
schiktheid die door de verzekeraar worden uitbetaald aan de
getroffene tot op de datum waarop deze verzocht wordt het
werk te hervatten, blijven het slachtoffer verworven, zelfs
indien de gerechtsdeskundige het einde van de tijdelijke en
algehele arbeidsongeschiktheid bepaalt op een datum die
voorafgaat aan die welke door de verzekeraar werd voorge-
steld voor de wedertewerkstelling. Het is juist dat (eiseres)
met (verweerder) geen uitdrukkelijke overeenkomst heeft ge-
sloten waarbij erkend werd dat zij de algehele tijdelijke ar-
beidsongeschiktheid en derhalve de aldus verschuldigde be-
talingen zou blijven doen tot 1 mei 1984. Niettemin heeft zij
ten gevolge van de adviezen van haar raadsgeneesheer die het
einde van de volledige tijdelijke arbeidsongeschiktheid heeft
vastgesteld op 20 april 1984, zonder enig voorbehoud deze

toestand van algehele tijdelijke arbeidsongeschiktheid aanvaard en de betalingen uitgevoerd. De houding van de raadgevende geneesheer die de algehele tijdelijke arbeidsongeschiktheid is blijven erkennen tot 20 april 1984 en derhalve oordeelde dat (verweerder) nog steeds niet in staat was het werk te hervatten, en anderzijds de gedragingen van (eiseres) die, vertrouwend op de adviezen van haar raadsgeneesheer, de betalingen verder is blijven verrichten, hadden tot gevolg dat (verweerder) zich te bekwamer tijd bij zijn werkgever heeft aangeboden om het werk te hervatten en aldus deze werkgever belette (verweerder) naar de werkloosheid door te sturen waar (verweerder) dan de noodzakelijke werkloosheidsuitkeringen had kunnen genieten»;

terwijl, eerste onderdeel, (...) de vordering van eiseres tot terugbetaling van de vergoedingen voor tijdelijke en algehele arbeidsongeschiktheid, die verweerder nog ontvangen had na de consolidatiedatum van 31 december 1982, volkomen ten onrechte ongegrond werd verklaard; immers de vergoeding voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid slechts verschuldigd is tot aan de consolidatie (schending van artikel 23, vierde lid, 2°, van de wet van 10 april 1971) en vanaf dan vervangen wordt door de vergoeding voor blijvende arbeidsongeschiktheid (schending van artikel 24, tweede lid, van de wet van 10 april 1971)

tweede onderdeel, het arrest ten onrechte beslist dat eiseres ten gevolge van de adviezen van haar raadsgeneesheer de toestand van algehele tijdelijke arbeidsongeschiktheid aanvaard heeft tot 20 april 1984; de periode van algehele tijdelijke arbeidsongeschiktheid immers niet bepaald wordt door de adviezen van de raadsgeneesheer en evenmin door eenvoudige aanvaarding van die adviezen door de verzekeraar; integendeel het einde van de periode van tijdelijke arbeidsongeschiktheid en het vertrekpunt van de blijvende arbeidsongeschiktheid dient te worden vastgesteld, ofwel door een uitdrukkelijke overeenkomst tussen partijen die dient te worden bekrachtigd overeenkomstig artikel 65 van de Arbeidsongevallenwet, ofwel door een in kracht van gewijsde gegane beslissing (schending van artikel 24, tweede lid, van de wet van 10 april 1971) (...)

Wat de tweede grief van het eerste onderdeel, de eerste grief van het tweede onderdeel en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest de beslissing tot ontzegging van de eis van eiseres tot terugvordering van verweerder van de betalingen wegens tijdelijke, algehele arbeidsongeschiktheid gedurende de periode van 31 december 1982 tot 1 mei 1984, mede laat steunen op de zelfstandige redengeving: «Het is juist dat (eiseres) met (verweerder) geen uitdrukkelijke overeenkomst heeft afgesloten waarbij erkend werd dat zij de algehele tijdelijke arbeidsongeschiktheid en de aldus verschuldigde betalingen zou blijven doen tot 1 mei 1984. Nochtans heeft zij ten gevolge van de adviezen van haar raadsgeneesheer die het einde van de volledige tijdelijke arbeidsongeschiktheid heeft vastgesteld op 20 april 1984, zonder enig voorbehoud deze toestand van volledige tijdelijke arbeidsongeschiktheid aanvaard en de betalingen uitgevoerd»;

Overwegende dat de duur van de arbeidsongeschiktheid van de getroffene een feitelijk gegeven is, ook al wordt op basis daarvan de wettelijk verschuldigde vergoeding vastgesteld; dat derhalve noch de artikelen 6, § 3, 23, vierde lid,

2°, en 24, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet noch de artikelen 6, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek aan een verbindende erkenning door de arbeidsongevallenverzekeraar ten aanzien van de duur van de arbeidsongeschiktheid in de weg staan;

Dat de onderdelen in zoverre falen naar recht;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

VAKANTIEKAMER – 19 AUGUSTUS 1987

Voorzitter: de h. Raymaekers

Advocaten: mrs. Flamée, Ronse en Clinck

1. Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Alleenverkoop – Opzegging – Bevel tot voortzetting – 2. Exclusiviteitsovereenkomst – Opzegging wegens inbreuken na verwittiging – Geen misbruik

1. Wanneer de eenzijdige verbrekingswil op zich zelf juridisch niet te aanvaarden is of wanneer de onregelmatigheid van de beslissing als sanctie het herstel van de relaties eist, kan zulks in kort geding worden bevolen bij wijze van herstel in natura.

2. De eenzijdige opzegging zonder opzeggingstermijn van de alleenverkoopovereenkomst, na herhaalde inbreuken op de concessieovereenkomst bestaande in het verkopen buiten het eigen concessiegebied via niet vooraf door kopers gemachtigde tussenpersonen, dit na waarschuwing door de concessiehouder, komt niet als misbruik van recht of als tardief voor.

P.V.B.A. N. t/ N.V. G.

Overwegende dat appellante, opkomend tegen de bestreden beschikking, concludeert tot de toekenning van haar in kort geding afgewezen eisen om: 1. geïntimeerde te horen bevelen het op 17 juli 1967 door haar verbroken dealercontract met appellante voorlopig voort te zetten en bijgevolg alle bestellingen van nieuwe wagens en reserveonderdelen te beantwoorden totdat partijen tot een nieuw akkoord komen of totdat een definitieve rechterlijke beslissing over het geschil uitgesproken zal zijn; subsidiair geïntimeerde te horen veroordelen om de lopende bestellingen van nieuwe wagens en onderdelen te honoreren; 2. geïntimeerde te horen veroordelen tot de verzending aan alle dealers in België en Luxemburg van een afschrift van de te wijzen beslissing onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 fr. per dag vertraging; 3. geïntimeerde te horen veroordelen tot een dwangsom van 5.000.000/fr. per dag vertraging in de uitvoering van de beslissing vanaf de betekening ervan; 4. geïntimeerde te horen veroordelen tot een dwangsom van 50.000/fr. bij elke weigering tijdig in te gaan op een bestelling van appellante;

Overwegende dat geïntimeerde concludeert tot de bevestiging van de beschikking en de veroordeling van geïntimeerde in de kosten;

Overwegende dat appellante de dringende aard van de gevraagde maatregelen, indien gegrond, niet betwist, doch opwerpt dat ze in strijd met de bepalingen van art. 1039 Ger.

W. nadeel zouden toebrengen aan de zaak zelf, door een uitvoering in natura te verlenen die ook niet voor de rechter ten gronde kan worden verkregen en dat de maatregelen een inbreuk zouden betekenen tegen een contractueel verbrekingsrecht dat de wet van 27 juli 1961 aan de partijen toekent, en waarop slechts uitzondering zou bestaan wanneer de verbreking van de overeenkomst een manifest misbruik van recht of totaal arbitrair zou zijn;

Overwegende dat het aan de rechter ten gronde toekomt te beslissen of de concessiegever terecht een einde gemaakt heeft aan het vanaf 1 januari 1987 voor een termijn van vijf jaar verlengde dealercontract en welke vergoedingen eventueel verschuldigd zouden kunnen zijn;

Overwegende echter dat, indien het door voldoende gegevens overkomt dat de eenzijdige verbrekingswil op zichzelf juridisch niet te aanvaarden is, of zelfs indien een principeel wettelijk overeenkomstig de mogelijkheden opgenomen in het contract getroffen beslissing tot eenzijdige stopzetting van de overeenkomst genomen wordt in dusdanige omstandigheden dat de onregelmatigheid ervan (misbruik van recht) als sanctie het herstel eist van de verbroken relaties, de voortzetting van de afgebroken relaties wel in kort geding kan worden bevolen krachtens het principe van de herstelling in natura, en dit bij wijze van voorlopige maatregel zonder uitspraak te doen ten gronde;

Overwegende dat geïntimeerde ter rechtvaardiging van haar eenzijdige stopzetting van de overeenkomst inroept dat appellante herhaaldelijk op grove wijze in haar contractuele verplichtingen te kort geschoten is, en namelijk door in strijd met art. 2.4.4 van het ondertekende dealerscontract auto's verkocht te hebben aan niet door geïntimeerde erkende wederverkopers in Duitsland, hetzij voor wederverkoop aan niet erkende wederverkopers, hetzij aan eindgebruikers die gebruik maken van tussenpersonen zonder dat de eindgebruiker een «voorafgaande» schriftelijke ondertekende machtiging heeft verstrekt; dat daarbij fraude zou zijn gepleegd door verkopen onder het mom van zogezegde verkopen aan particulieren, waarbij valse stukken gemaakt en gebezigd werden;

Overwegende dat, terwijl de handelrelaties tussen de partijen reeds 55 jaar oud zijn en appellante sedert 1949 dealer is, vanaf 1981 telkens vijfjarige verkoopconcessieovereenkomsten gesloten werden; dat de laatste vijfjarige overeenkomst ondertekend werd namens geïntimeerde op 6 januari 1987;

Overwegende dat de tussen partijen gevoerde briefwisseling aantoonde dat aan de ondertekening heel wat betwistingen en besprekingen voorafgingen over de tot dan toe door appellante gevoerde handelspraktijk, waarvan geïntimeerde op de hoogte was, zodat de feiten die aan de ondertekening van 6 januari 1987 voorafgaan, niet in aanmerking komen als mogelijke reden om een einde te maken aan de concessieovereenkomst, aangegaan voor vijf jaar, met ingang van 1987; dat ze wel als illustratie van de toestand ter beoordeling kunnen liggen;

Overwegende dat appellante stelt dat ze zich in het bijzonder vanaf 6 januari 1987 strikt gehouden heeft aan alle richtlijnen die haar door geïntimeerde gegeven werden en ze een brief van 24 februari 1987 gericht aan geïntimeerde voorlegt, waarin ze in verband met geruchten over onregelmatigheden bij Duitse afnemers vroeg of de controles die ze uitvoerde,

wel degelijk volgens de onderrichtingen van geïntimeerde waren;

Overwegende dat zij, waar ze sedert 1978 auto's naar Duitsland uitvoert en in 1986 op een omzet van 1600 wagens er ongeveer 1.300 uitvoerde, deze volgens de E.E.G.-bepalingen toegestane uitvoer sterk gaan afbouwen is; dat zij, onder meer op verzoek van geïntimeerde van 20 april 1987 iedere verdere verkoop aan A. te staken, aan die firma schreef dat dit zou gebeuren indien geen bewijzen geleverd werden dat deze niet als niet-erkende wederverkoper opgetreden was; dat ze volgens brief van 15 april 1987 een honderdtal bestellingen van die firma bij geïntimeerde had laten annuleren;

Overwegende dat appellante op 3 april 1987 aan al haar Duitse tussenpersonen een aangetekende aanmaning had gezonden om hun tussenkomsten te beperken tot de wettelijk en contractueel toegelaten limieten, en met een kopie hiervan aan geïntimeerde verzocht haar onmiddellijk op de hoogte te willen brengen van de gevallen van fraude waarvan zij kennis zou krijgen;

Overwegende dat appellante met klem alle valsheid in geschriften ontkent; dat zij inderdaad slechts mede moet instaan voor eventuele valsheid door derden in het buitenland gepleegd, indien zij wetens gebruik gemaakt heeft van dergelijke valse stukken;

Overwegende dat volgens appellante de door geïntimeerde ingeroepen gevallen van januari tot maart 1987 de uitvoering waren van voorheen geplaatste bestellingen en na deze periode hoogst een paar geïsoleerde verkopen kunnen worden signaleerd;

Overwegende dat de door geïntimeerde gedane informatie in februari 1987 betreffende verkopen in 1986 eenzijdig is en tot nadere gegevens betwistbaar blijft; dat aldus ook zonder nader onderzoek niet uit te maken is hoe appellante in november 1986 een auto aan Ivo O. verkocht via bemiddelaar G., en deze wagen nadien voor een hoger bedrag door G. aan Hans V. verkocht werd; dat hieruit nog niet af te leiden is dat de factuur van appellante vals is; dat dit ook geldt voor de zaak S.;

Overwegende dat de stukken 56, 61, 63, 64, 65, 66, 68, 69 en 70 alle betrekking hebben op verkopen door appellante gedaan in 1986, en waarvoor de volmachten minstens laat-tijdig zijn en dateren van 1987; dat niet uitgesloten kan worden dat de wederverkopers of tussenpersonen bij de aankoop verzekerd hadden over volmachten te beschikken, die evenwel pas achteraf verkregen werden; dat voor deze gevallen appellante niet in het bezit was van het origineel der machtigingen vanaf haar leveringsdatum;

Overwegende dat slechts drie volledige gevallen van na 6 januari 1987 voor ingeroepen onregelmatige verkopen voorgebracht worden: de nummers 57, 79 en 81;

Overwegende dat het duidelijk is dat de auto's X zonder appellante verkocht op 19 januari 1987 en 28 januari 1987 aan Ulrich B. en Sabine W. reeds aan de firma F. geleverd waren voordat deze in het bezit was van een volmacht, die pas later ondertekend werd; dat op naam van Ingrid B. een factuur van appellante opgesteld werd op 17 december 1986, het voertuig pas op 9 april 1987 naar Duitsland uitgevoerd werd en de koopster pas op 15 mei 1987 een bestelbon en een volmacht tekende, de volgende dag ook een aankoopfactuur van F. kreeg, en op 19 juni 1987 van F. een niet ge-

dateerd garantiebewijs ontving, dat afgeleverd was door appellante ;

Overwegende dat in deze drie gevallen kennelijk opnieuw onregelmatigheden en inbreuken op de contractuele verbintenissen begaan werden door appellante ; dat er wel onvoldoende gegevens zijn om reeds als bewezen aan te nemen dat appellante zich schuldig maakte aan valsheid in geschrifte en/of gebruik ervan, doch bij de toetsing van de gegevens wel gebleken is dat appellante, nadat haar herhaaldelijk gewezen was op de inbreuken tegen de concessieovereenkomsten, die ook inhouden dat het origineel van de machtigingen gedurende minstens drie jaar «vanaf de leveringsdatum» van het motorvoertuig in het bestellingsdossier van de dealer dienen te worden bewaard, toch is blijven voortgaan met uitvoer naar niet door geïntimeerde erkende wederverkopers, zonder vooraf in het bezit te zijn van schriftelijke volmachten van de eindgebruikers ;

Overwegende dat het einde aan een dealerovereenkomst zonder opzegtermijn ongetwijfeld een uiterst zware sanctie is die een zeer zware weerslag heeft, ook op die personeelsleden die zich niets te verwijten hebben ; dat echter geïntimeerde herhaaldelijk op duidelijke en scherpe wijze gewaarschuwd had dat de overeenkomst verbroken zou worden bij nieuwe inbreuken ; dat, nu deze voortgingen en een nieuwe flagrante inbreuk op 7 juli 1987 ter kennis van geïntimeerde kwam, de eenzijdige beëindiging van het dealercontract noch als een misbruik van recht, noch als laattijdig voorkomt ; dat er geen rechtsverwerking tot stand kwam voor de feiten na 6 januari 1987 ;

Overwegende dat de onmiddellijke beëindiging van het contract en de bepalingen van art. 4.3.1 van de aanvullende bepalingen niet verhinderen dat de voordien gedane bestellingen uitgevoerd worden ; dat hierin niet begrepen zijn de 97 wagens van de op 16 juli 1987 opgestelde bestelbon, die pas op 18 juli 1987 aan geïntimeerde verzonden werd ;

Overwegende dat er geen aanleiding toe bestaat om geïntimeerde te veroordelen tot de verzending van een afschrift van dit arrest aan andere dealers ;

Overwegende dat wel een dwangsom van 20.000 fr. per dag vertraging in de normale leveringsduur van de bestellingen die geïntimeerde ten laatste op 17 juli 1987 bereikt hebben, dient toegekend te worden ;

Overwegende dat de overige eisen van appellante als ongegrond moeten worden afgewezen ;

Om die redenen,

Bevestigt de bestreden beschikking met als wijziging dat geïntimeerde bevolen wordt alle door appellante gedane bestellingen, die haar ten laatste op 17 juli 1987 bereikt hebben, te honoreren, onder verbeurte van een dwangsom van 20.000 frank per dag vertraging in de normale leveringsduur vanaf de betekening van het arrest ; wijst de eisen van appellante voor het overige af.

NOOT – De voorzitter in kort geding en de eenzijdige opzegging wegens grove tekortkoming in de naleving van concessieovereenkomst

Het geannoteerde arrest heeft betrekking op de eenzijdige opzegging wegens grove tekortkoming door de concessiegever, in de naleving van de overeenkomst die hem bond met de concessiehouder. Aanleiding tot deze toch wel abrupt lijkende beëindiging van de handelsbetrekkingen tussen par-

tijen was de wijze waarop eiser in hoger beroep via tussenpersonen auto's aan de man bracht in Duitsland.

Op zich kan deze verkoop buiten het concessiegebied niet worden verboden door de concessiegever ; zulks zou immers in strijd zijn met het geldend communautair recht dat zich verzet tegen de absolute gebiedsbescherming. Datzelfde Europees Gemeenschapsrecht laat echter wel toe dat de medecontractant bepaalde beperkingen worden opgelegd die resulteren in een relatieve gebiedsbescherming maar die een «workable competition» niet in de weg staan. De limieten waarbinnen dergelijke beperkende bepalingen toelaatbaar zijn, zijn te vinden in de beschikkingen van de Europese Commissie, in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en, onder andere wat de distributie van auto's betreft, in de verordening nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (*Pb.L.* 15/16, 18 januari 1985 ; zie ook de mededeling van de Commissie, *Pb.C* 17/4, 18 januari 1985). Zo mag de concessiegever van de concessiehouder eisen slechts motorvoertuigen uit het door de overeenkomst bestreken gamma of daarmee overeenstemmende produkten aan eindverbruikers die een tussenpersoon hebben ingeschakeld te verkopen, wanneer zij voor de aankoop van een bepaald motorvoertuig aan die tussenpersoon daartoe vooraf een schriftelijke, en bij inontvangstneming van het voertuig door de tussenpersoon, tevens de inontvangstneming bestrijkkende volmacht hebben gegeven (art. 1 vo. 123/85). Precies deze verplichtingen, vervat in een artikel van de overeenkomst tussen eiser en verweerder, zouden door eiser niet al te nauwgezet zijn uitgevoerd.

Welke gevolgen kan een en ander met zich meebrengen, meer bepaald voor de concessiegever ?

In de eerste plaats zal de levering door zijn concessiehouder aan wederverkopers buiten het net tot gevolg hebben dat verkopers op de markt actief zullen zijn die niet noodzakelijk voldoen aan de kwalitatieve vereisten die gesteld worden voor de toetreding tot het distributienet, dit met alle mogelijke gevolgen van dien, onder andere voor de faam van het produkt bij een eventuele gebrekeige dienstverlening.

Een ander gevaar is dat andere – in casu Duitse – dealers gekrenkt worden in de hun contractueel toegezegde relatieve exclusiviteit die immers in belangrijke mate gerelateerd is aan de onthouding waartoe andere concessiehouders zich verbinden.

In deze context valt allicht te begrijpen dat ook na 55 jaar handelsbetrekkingen te hebben onderhouden, verweerder dermate belang hecht aan de punctuele naleving van deze bepaling dat, bij een verder schenden ervan na uitdrukkelijke waarschuwing, een breuk onafwendbaar wordt.

1. De opzegging van de concessieovereenkomst. De beëindiging van de overeenkomst kent verscheidene modaliteiten. Behoudens die gevallen waarin de wet het uitdrukkelijk verbiedt, zoals inzake de huwelijksvereenkomst, staat het partijen uiteraard vrij het contract wederzijds op te zeggen. Dit komt er immers slechts op neer dat partijen overeenkomen het reeds tussen hen bestaande contract te beëindigen.

Bij een wederkerige overeenkomst kan elke partij, bij wanprestatie van de wederpartij, voor de rechter de ontbin-

ding van de overeenkomst vorderen op grond van art. 1184 B.W. Deze ontbinding kan beschouwd worden als de sanctie van art. 1134 B.W. en past, net zoals de wederzijdse opzegging, probleemloos in de contractuele context.

Moeilijker onder te brengen in de principes van het contractenrecht is de mogelijkheid een overeenkomst eenzijdig op te zeggen. Deze modaliteit is door de wetgever erkend en gereguleerd ten aanzien van enkele overeenkomsten van onbepaalde duur zoals de lastgeving, de arbeidsovereenkomst en de concessie van alleenverkoop. Zij wordt aanvaard voor alle voor onbepaalde tijd gesloten contracten (zie bv. Dekkers, R., «De la rupture des contrats à durée illimitée», noot onder Gent, 16 januari 1956, *R.C.J.B.*, 1957, 320). Ze steunt immers op de persoonlijke vrijheid van partijen, meer in het bijzonder de vrijheid van handel en nijverheid, die onder meer inhoudt dat debiteuren zich van hun verbintenissen moeten kunnen bevrijden. Elk der partijen wordt daarom de macht toegemeten om zich van de overeenkomst die hem voor onbepaalde tijd bindt, te bevrijden door ze op te zeggen.

De eenzijdige opzegging kan pas gevolg hebben op het tijdstip van de kennisgeving ervan aan de wederpartij. Deze kennisgeving kan betrekking hebben op een beëindiging van de overeenkomst die zich pas zal voltrekken na verloop van een opzeggingstermijn. Aldus wordt de opgezegde partij de mogelijkheid gelaten om de schade die hoogstwaarschijnlijk het gevolg zal zijn van de opzegging zoveel mogelijk te beperken door bijvoorbeeld een nieuwe medecontractant te vinden. De naleving van een dergelijke opzeggingstermijn is de regel bij opzegging van arbeidsovereenkomsten en alleenverkoopconcessies voor onbepaalde tijd. Enkel bij uitzondering kan ad nutum opgezegd worden. Het gaat echter niet op, meent Delahaye (*Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, nrs. 112 e.v.), uit de wettelijke bepalingen die daartoe strekken, een algemene regel in die zin af te leiden, met een beroep op een veronderstelde wil van partijen om aan hun voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomst een duurzaam karakter te geven. Het ontbreken in het contract van modaliteiten aangaande de opzegging kan, zo stelt hij, net zo goed erop wijzen dat partijen de wil hadden in dezen hun handelingsvrijheid te bewaren. De verplichting om bij opzegging een termijn in acht te nemen kan ook niet uit de billijkheid, de uitvoering te goeder trouw of de gewoonte worden geput, maar slechts uit de overeenkomst zelf of uit de wet.

Een dergelijke verplichting is, zoals reeds vermeld, wettelijk voorgeschreven inzake de opzegging van de concessie van alleenverkoop. Meer bepaald kan, naar luid van art. 2 van de Alleenverkoopwet, een voor onbepaalde tijd verleende concessieovereenkomst die binnen het toepassingsgebied van de wet valt, niet worden opgezegd, behoudens bij grove tekortkoming van de wederpartij, dan met een redelijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding die door partijen wordt bepaald bij de opzegging van het contract. Dat de opzeggingstermijn regel is en de billijke vergoeding slechts een compensatie is voor het niet-naleven van een termijn lijkt, gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 6 april 1978, *Pas.*, 1978, I, 871, *R.W.*, 1978-79, 2725, *J.T.*, 1978, 618, en Cass., 6 november 1987, *T.B.H.*, 1988, 182, noot Nelissen Grade, J.M.), wel vast te staan (zie ook Delahaye, T., o.c., nr. 143). De vergoeding wordt wel toege-

kend wanneer geen, of een onvoldoende opzeggingstermijn werd gegund.

De verplichting bepaald in art. 2 van de Alleenverkoopwet kent een uitzondering: in geval van grove tekortkoming aan haar verplichtingen van een der partijen kan de andere ad nutum opzeggen. De rechtspraak biedt een brede waaier van gedragingen, tekortkomingen en gebreken die terecht of onterecht het etiket van grove tekortkoming kregen opgeplakt (zie voor een overzicht: Billiet, J., «De Belgische concessiewet: een situatieschets», in *Eclectica*, Brussel, EHSAL, 1986, 19-20; Bricmont, G., *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, Brussel, Larcier, 1972, 78-81, en Sunt, C., «Overzicht van de belangrijkste rechtspraak met betrekking tot de wet van 17 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, zoals gewijzigd door de wet van 13 april 1971», *B.R.H.*, 1981, (431), nr. 21).

Bij onenigheid tussen partijen aangaande de opzegging, de opzeggingstermijn of het ontbreken ervan kunnen zij zich tot de rechter wenden; indien urgentie zulks verantwoordt zal de voorzitter in kort geding zich uitspreken, zoals in het geannoteerde geschil.

2. *De beschikking in kort geding.* De rechter in kort geding wordt vandaag een veel ruimere rol toebedeeld dan tevoren het geval was. De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik meent dat het zijn taak is een billijke toestand te creëren tijdens de periode van het ontstaan van het geschil tot de oplossing ervan, in der minne of bij rechterlijke beslissing (Rb. Luik, kort ged., 2 februari 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 246, noot Dieux, X.). Deze zienswijze vertaalt zich ook in de interpretatie die nu gegeven wordt aan de artt. 584 en 1039 Ger. W. De traditionele visie bestond in een zeer strikte interpretatie van het spoedeisend karakter van de tussenkomst van de rechter in kort geding en het ontzeggen aan die rechter van de bevoegdheid kennis te nemen van de grond van de zaak, dit op grond van art. 1039 Ger. W., naar luid waarvan de beschikking in kort geding geen schade (*préjudice*) toebrengt aan de zaak zelf (zie De Leval, G. en Van Compernelle, J., «L'évolution du référé: mutation ou renouveau», *J.T.*, 1985, 517).

De rechter in kort geding heeft tegenwoordig een ruime visie aangaande het al dan niet spoedeisend zijn van een vordering. Vaak zal hij dit afleiden uit de onherstelbare schade of het gevaar voor de belangen van de eiser verbonden aan het afwachten van een uitspraak ten gronde. Soms distilleert men dit spoedeisend karakter uit het manifest onrechtmatige gedrag van een partij of uit de evidentie van de rechten van de ander. Vandaar is het slechts een kleine stap naar de theorie van Jestaz (aangehaald door De Leval, G. en Van Compernelle, J., *l.c.*, 518, en Dieux, X., *l.c.*, 258), waarin gesteld wordt dat urgentie bestaat waar de snelle bescherming van een recht of belang, bedreigd door het tijdsverloop, zich slechts verwezenlijkt ten nadele van een ander recht van geringere waarde.

Ook de interpretatie van art. 1039 Ger. W. als verbod voor de rechter in kort geding om de grond van het geschil te onderzoeken, is inmiddels verlaten. Algemeen wordt nu aanvaard dat het bewuste artikel slechts ten behoeve van de rechter ten gronde de weerslag van de beschikking in kort geding op het bodemgeschil toelicht, zonder daarbij enig verbod te richten tot de rechter in kort geding (Cass., 9 september 1982, *J.T.*, 727; Dieux, X., *l.c.*, 254, Verougstraete,

I., «Het kort geding – recente trends», in *Procesrecht vandaag*, Bibliotheek van gerechtelijk recht, Storme, M. (Red.), Antwerpen, Kluwer, 1980, (258), nrs. 18-19).

Nu aldus geen beperking bestaat voor de rechter in kort geding, om het geschil te onderzoeken, moet echter wel rekening worden gehouden met een beperking op het vlak van de maatregelen die hij kan treffen. Met verwijzing naar art. 1039 stelt Dieux (*l.c.*, 265) dat de rechter in kort geding niet een maatregel mag treffen die de rechter ten gronde niet zou kunnen treffen in het hem voorgelegde geschil (vgl. Brussel, 6 oktober 1983, *T.B.H.*, 1984, 365, *J.T.*, 1984, 134, noot Van Bunnan, L., waar in dezelfde zin besloten wordt).

3. *De voorlopige voortzetting van de opgezegde overeenkomst.* In dit perspectief moet de vraag worden gesteld of de rechter in kort geding kan ingaan op het verzoek van de opgezegde concessiehouder om de voorlopige voortzetting van de overeenkomst te bevelen. De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent (Kh. Gent, kort ged., 8 maart 1983, *T.B.H.*, 1984, 385, noot) antwoordt alvast ontkennend, oordelend dat hij, zo goed als de rechter over het bodemgeschil, de eenzijdige opzegging moet aanvaarden zonder ze te mogen sanctioneren daar de Alleenverkoopwet het recht toekent de overeenkomst eenzijdig op te zeggen en de wil tot opzegging – zonder dat een rechterlijke tussenkomst daarover nog moet oordelen – blijkt.

Het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 6 oktober 1983, *T.B.H.*, 1984, 365, *J.T.*, 1984, 134, noot Van Bunnan, L.) spreekt zich anders uit, niettegenstaande een argumentatie waarin gewezen wordt op het feit dat de maatregelen van de rechter in kort geding de eiser in kort geding niet in een gunstiger positie mogen plaatsen dan die welke hij zou kunnen krijgen voor de rechter ten gronde en waarin erkend wordt dat de mogelijkheden van de rechter in kort geding beperkt zijn in zoverre de Alleenverkoopwet van toepassing is, wegens het feit dat deze wet het onbeperkt recht toekent eenzijdig een eind te maken aan de overeenkomst en in dat geval slechts een schadevergoeding mogelijk is. Het hof was de mening toegedaan dat het de gevolgen van de opzegging toch kan schorsen wanneer dat de enige wijze is voor de concessiehouder om een effectieve vergoeding te krijgen voor de geleden schade.

Het geannoteerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelt dan weer dat de voortzetting van de afgebroken relaties wel in kort geding kan worden bevolen krachtens het principe van de herstelling in natura hetzij wanneer de eenzijdige verbrekingswil op zich zelf niet te aanvaarden is, hetzij ingeval van rechtsmisbruik.

Als eerste commentaar bij deze drie uitspraken stelt men vast dat men het eens blijkt te zijn over het basisprincipe dat de rechter ten gronde niet bij machte is herstelling in natura te bevelen, bij wijze van een daadwerkelijke opzeggingstermijn aan de opgezegde concessiehouder (zie ook Cass., 6 november 1987, *T.B.H.*, 1988, 182, noot Nelissen Grade, J.M.), zij het, wat het geannoteerde arrest betreft, op impliciete wijze. Men is het ook eens over de principiële onmogelijkheid voor de rechter in kort geding om de voorlopige voortzetting van de contractuele relaties te bevelen. Terwijl echter de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent geen uitzonderingen op dit beginsel vermeldt, wordt zowel door het Hof te Brussel als door het Hof te Antwerpen de mogelijkheid daartoe, onder bepaalde voorwaarden, erkend. De voortzetting van de afgebroken relaties kan wor-

den bevolen wanneer de wil tot opzegging op zichzelf juridisch niet te aanvaarden is, m.a.w., wanneer de partij die eenzijdig opzegt, daar de mogelijkheid en het recht niet toe had of wanneer zij contractueel gebonden was tot het in acht nemen van een bepaalde opzeggingstermijn en deze niet respecteerde (zie ook Dieux, X., *l.c.*, 263).

Een tweede geval waarin de aangehaalde rechtspraak de mogelijkheid ziet om de opzegging (tijdelijk) ongedaan te maken, doet zich voor wanneer de opzegging een rechtsmisbruik uitmaakt. Wie door een foutief gebruik van het hem toegekende recht schade berokkent, is daarvoor aansprakelijk. Wie bijvoorbeeld zijn wederpartij ad nutum opzegt met als enige bedoeling die wederpartij schade te berokkenen of wie dat doet hoewel dit hem een relatief gering voordeel oplevert, terwijl het zijn wederpartij een verhoudingsgewijs enorme schade toebrengt, zal zich, gelet op de huidige rechtspraak (zie Delahaye, T., *o.c.*, nrs. 157 e.v.), schuldig maken aan rechtsmisbruik.

Dat rechtsmisbruik bij de eenzijdige opzegging aanleiding zou kunnen geven tot een – voorlopig – herstel in natura van de verbroken contractuele banden, wordt betwist door Delahaye (*o.c.*, nrs. 150, 183, e.v.) en meer specifiek voor de contracten geregeld door de Alleenverkoopwet, door Dieux (*l.c.*, 264).

Delahaye steunt hiervoor op het absolute karakter van de macht om het contract van onbepaalde duur op te zeggen, waaruit de onherroepelijke verbreking van de contractuele banden volgt op de opzegging, ongeacht de wijze waarop men gebruik heeft gemaakt van het recht om die macht te benutten.

Volgens Dieux heeft art. 2 van de Alleenverkoopwet, door de mogelijkheid eenzijdig op te zeggen te onderwerpen aan de naleving van hetzij de verbintenis een redelijke opzeggingstermijn in acht te nemen, hetzij de verbintenis een billijke schadevergoeding te betalen, op impliciete maar zekere wijze uitgesloten dat de verbintenis een redelijke opzeggingstermijn te geven, vatbaar zou zijn voor een gedwongen uitvoering in natura.

Ten slotte werd de voorlopige voortzetting van de overeenkomst aangenomen omdat dit de enige mogelijkheid zou zijn voor de opgezegde partij om effectieve vergoeding te bekomen voor de geleden schade, dit gelet op de preciaire toestand waarin de opgezegde onderneming dreigde te verzeilen (Brussel, 6 oktober 1983, *T.B.H.*, 1984, 365, *J.T.*, 1984, 134, noot Van Bunnan, L.). Deze uitspraak overtuigt geenszins (Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence – Les obligations (1974 à 1982)», *R.C.J.B.*, 1986, (33), nr. 96) en roept de vraag op waarom het in de gegeven omstandigheden niet mogelijk was een provisionele vergoeding toe te kennen, een oplossing die zoals Dieux (*l.c.*, 262) het stelt, niets revolutionairs heeft.

4. *Tot besluit.* De rechter in kort geding heeft zich in de loop der jaren bevrijd van de beperkende interpretaties die gegeven werden aan de artt. 584 en 1039 Ger. W. en is er aldus in geslaagd een eigen belangrijke rol te spelen in talrijke materies waar behoefte was aan een snelle rechterlijke tussenkomst. Hij is echter wel gebonden door dezelfde beperkingen als de rechter ten gronde; hij kan niet het recht om eenzijdig een overeenkomst op te zeggen voorlopig opzij schuiven, daar waar de rechter ten gronde de uitoefening van dit recht moet eerbiedigen. Dit laatste lijkt nauwelijks betwist.

Over de vraag of uitzonderlijke redenen, als rechtsmisbruik, hem ertoe kunnen brengen maatregelen te treffen waarbij de tenuitvoerlegging van een dergelijke opzegging wordt opgeschort, bestaat betwisting. Een dergelijke opschorting lijkt niet de meest aangewezen maatregel. Verder moet worden gezocht naar alternatieve tussenkomsten, zoals de toekenning van de provisionele vergoeding.

R. Strubbe
Assistent V.U.B.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

6e KAMER – 29 DECEMBER 1987

Voorzitter : de h. D'Hoest

Advocaten : mrs. Putten en Heymans

Reiscontract – Reisorganisator – Aansprakelijkheid – Wanprestatie van hulppersoon

De reisorganisator die logiesprestaties door derden laat verrichten, is voor hun daden aansprakelijk (te dezen overboeking in een hotel) bij schade als gevolg van de gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering van de prestatie. Hetzelfde geldt voor alle schade door reizigers geleden tijdens de uitvoering van de reis, tenzij de reisorganisator zich kan vrijpleiten door een onoverkomelijke onwetendheid te bewijzen of een voldoende zorgvuldigheid zoals in de C.C.V. voldoende geacht wordt.

V. e.a. t/ N.V. S.

Overwegende dat eisers op 11 september 1985 een reiscontract ondertekenden met de aangestelde van verweerster, zijnde het agentschap P.V.B.A. R., om een reis te ondernemen naar Oostenrijk te Igls, in het hotel Astoria, voor de periode van 21 december 1985 tot 4 januari 1986, voor de prijs van 30.850 frank per persoon voor halfpension ; -

Overwegende dat vaststaat dat eisers niet in het hotel Astoria hebben kunnen logeren en hun intrek dienden te nemen in het hotel Agidihof, eveneens gelegen te Igls, omdat, volgens verweerster, het hotel Astoria met overboekingsproblemen zat ;

Overwegende dat eveneens vaststaat dat de diensten van het hotel Agidihof niet dezelfde waren als die van het hotel Astoria : er was geen zwembad of sauna, het nieuwjaarsmenu was niet inbegrepen, er diende betaald te worden voor de hond, enz. ; er dient dus aangenomen te worden dat eisers daardoor nadelen hebben ondervonden, en aldus schade opliepen ;

Overwegende dat verweerster dit trouwens toegeeft en haar verontschuldiging aanbood bij haar schrijven van 28 januari 1986, en voorstelde een schadevergoeding te betalen ; bij haar schrijven van 6 maart 1986 stelt verweerster trouwens duidelijk het volgende : «Wij geven toe dat de klant inderdaad schade heeft geleden wanneer men de diensten ter plaatse van beide hotels Astoria en Agidihof onderzoekt» ;

Overwegende dat de overeenkomst (reiscontract) die bestaat tussen een reisagentschap of tour-operator en een rei-

ziger, een contract sui generis is, luidens hetwelk het agentschap of tour-operator, tegen betaling van een op voorhand bepaalde forfaitaire som, de verbintenis aangaat de reiziger volgens een welbepaald programma te doen reizen ; tegen betaling van de prijs, belast het agentschap of tour-operator zich met alle nodige formaliteiten en hij neemt de verplichting op zich om op zijn kosten de reiziger, met zijn reisgoed te vervoeren, te laten overnachten, te spijzen en bepaalde gemakkelikheden te bezorgen ;

Overwegende echter dat om zijn verplichtingen te kunnen vervullen, het agentschap of de tour-operator op zijn beurt overeenkomsten sluit met andere reisagentschappen, hotels, toeristische organismen en dergelijke ;

Overwegende dat verweerster aldus ter zake met hotel Astoria een hotelcontract sloot op 13 januari 1985, waarbij zij voor de periode van 30 november 1985 tot 19 april 1986 kon beschikken over 10 twee- of meerpersoonskamers ;

Overwegende dat eisers, als reizigers, echter vreemd zijn aan dit hotelcontract, dat voor hen een res inter alios acta is ; waar verweerster de verantwoordelijkheid wil schuiven op het hotel Astoria om zich also op overmacht te kunnen beroepen, dient te worden gezegd dat de reisorganisator aansprakelijk is voor de daden en nalatigheden van zijn aangestelden en vertegenwoordigers, evenzeer als voor zijn eigen daden (art. 12 C.C.V.) ; de reisorganisator die prestaties door derden laat verrichten is tevens aansprakelijk overeenkomstig de hiervoor geldende bepalingen (art. 15, § 1, C.C.V.) ; in de eerste plaats is de tour-operator contractueel aansprakelijk voor de daden van zijn medecontractant (overboeking van Hotel Astoria), bij schade als gevolg van de gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering van de prestatie ; hetzelfde geldt voor alle schade door reizigers geleden gedurende de uitvoering van de reis, tenzij de reisorganisator zich kan vrijpleiten door een onoverkomelijke onwetendheid te bewijzen ofwel een voldoende naarstigheid zoals in C.C.V. voldoende geacht wordt ;

Overwegende dat verweerster zich niet kan verschuilen achter een onoverkomelijke onwetendheid daar zij zeer goed wist en diende te weten dat het hotel Agidihof niet dezelfde diensten kon verschaffen als het hotel Astoria ;

Overwegende dat verweerster evenmin het principe «voldoende naarstigheid» kan aanhouden daar zij meer dan twee maanden gewacht heeft om de reisbestelling van eisers door te geven aan het hotel Astoria ;

Overwegende dat aldus dient te worden besloten dat verweerster de schade die eisers hebben geleden, dient te vergoeden ;

Overwegende dat deze schadevergoeding ex aequo et bono kan bepaald worden op 7.500 frank per persoon ;
(...)

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

KORT GEDING – 25 NOVEMBER 1987

Voorzitter : de h. Bogaerts

Advocaten : mrs. Van Innis en Billiet

Handelspraktijken – Vordering tot verkrijging van een verklaring voor recht – Ontvankelijkheid – Toelaatbaarheid – Tergend en roekeloos geding.

Een verklaring voor recht kan door de voorzitter van de rechtbank van koophandel, rechtdoende op grond van de artt. 55 W.H.P. en 589 Ger. W. worden uitgesproken. Hij kan immers vaststellen dat een bepaalde handeling niet strijdig is met de Handelspraktijkwet.

Het mogelijk instellen van een rechtsvordering door verweerster om eiser het gebruik van een bepaalde verpakking te doen ontzeggen, maakt geen bedreiging uit van een recht in de zin van art. 18, tweede lid, Ger. W., zodat eiser daaraan geen dadelijk en verkregen belang ontleent en zijn vordering tot verkrijging van een verklaring voor recht ontoelaatbaar is.

Het aanspannen van een geding tot verkrijging van een declaratoir vonnis dat dan voor een andere rechter in een geding tussen dezelfde partijen als rechtspraak zou kunnen worden aangehaald, betekent een afwending van de ware bestemming van de rechtspraak. Zulk een vordering heeft een tergend en roekeloos karakter.

N.V. B. en N.V. P. t/ U.

De vordering strekt ertoe voor recht te horen zeggen dat de blikjes TRAF biergisttabletten die eiseressen thans verhandelen, (sinds meer dan een jaar) geen vermeldingen dragen die strijdig zijn met art. 2, K.B. van 17 april 1980, en dat eiseressen uit dien hoofde dan ook geen inbreuk plegen op genoemde bepalingen junctis art. 20, 1° en 4°, en art. 54 van de wet op de handelspraktijken (W.H.P.);

(...)

Bevoegdheid

Verweerster wijst onze bevoegdheid af. Wij kunnen deze exceptie echter niet toelaten daar verweerster art. 855 Ger. W. niet heeft nageleefd;

Waar het nochtans om onze materiele bevoegdheid gaat, zijn wij gehouden onze bevoegdheid ambtshalve te onderzoeken;

Deze bevoegdheid is beperkt tot wat art. 55 W.H.P. bepaalt. Echter is een verklaring van recht zeer zeker denkbaar in het kader van art. 55 W.H.P. Immers, indien de stakingsrechter kan en mag vaststellen dat een bepaalde daad, handeling of gedraging strijdig is met de W.H.P. en zulks op grond van art. 55 W.H.P., volgt uit de artt. 55 W.H.P. en 18 Ger. W. dat de stakingsrechter kan en mag vaststellen dat een bepaalde daad, handeling of gedraging *niet* strijdig is met de W.H.P. (cf. Fettweiss, *Manuel de procédure civile*, p. 47, nr. 35).

Toelaatbaarheid

Anders lijkt het ons gesteld met de toelaatbaarheid van de vordering.

Immers stelt de bepaling van art. 18, tweede lid, Ger. W. als voorwaarde het bestaan van een ernstig bedreigd recht, en dan rijst de vraag of het recht van eiseressen werkelijk ernstig bedreigd is.

Zulks schijnt ons niet het geval aangezien eiseressen van wat zij beweren hun «recht» te zijn, te weten het gebruik van een verpakking waarop bepaalde vermeldingen voorkomen, tot op heden vrijelijk gebruik maken en er geen enkele aanwijzing bestaat dat zulks hun in de toekomst door een feitelijkheid zal worden belet.

Indien het «schendingsgevaar» zou voortspruiten uit een rechtsvordering, dient dadelijk te worden opgemerkt dat een rechtsvordering geen «bedreiging» van het recht uitmaakt,

want ofwel wordt die vordering toegekend en dan bestaat het recht niet en kan het dus ook niet worden bedreigd, ofwel wordt de vordering afgewezen en blijft dientengevolge het recht bestaan en wordt het, wellicht, impliciet erkend.

Nu brengt een vordering in rechte uiteraard allerhande hinder en nadeel mee, doch zoals vastgesteld kan zij geen gevaar uitmaken voor het recht zelve in de zin zoals het begrip «gevaar» dient te worden verstaan in het raam van art. 18 Ger. W.

In die omstandigheden kunnen eiseressen geen dadelijk en verkregen belang doen gelden.

Op de tegenvordering

Wij hebben vastgesteld dat eiseressen bij de thans ingestelde vordering geen dadelijk belang kunnen doen gelden, en deze afwezigheid van belang komt ons evident voor nu het louter nadenken over de aard van het «gevaar» waarmee het recht was bedreigd, aan het licht moest brengen dat de voorwaarden voor de toepassing van art. 18, tweede lid Ger. W. niet aanwezig waren.

Nu heeft verweerster er tijdens de pleidooien de aandacht op gevestigd dat te Kortrijk bij de stakingsrechter een geschil, weliswaar met een andere partij, aanhangig is waarin de feiten ter sprake komen die ook aan de oorsprong liggen van de onderhavige vordering. Verweerster beweert dat de bedoeling van eiseressen zou zijn geweest voor ons een declaratoir vonnis te verkrijgen dat dan in het andere proces als rechtsspraak zou kunnen worden aangehaald. Gelet op de omstandigheden van de zaak lijkt ons deze thesis aannemelijk; zij werd en wordt trouwens niet uitdrukkelijk door eiseressen tegengesproken;

Zulks nu komt ons voor als een afwending van de ware bestemming van het gerecht, aangezien het er, grofweg uitgedrukt, op neerkomt de ene rechter tegen de andere uit te spelen en de verweerster in de onderhavige zaak verplicht de kosten en de last van een verweer in rechte op zich te nemen die normaal zouden worden uitgespaard indien de zaak, die per slot van rekening dezelfde is wat het voor ons ter sprake gebrachte punt betreft, voor de rechter te Kortrijk zou zijn gepleit.

Dit alles bijeen doet er ons toe besluiten dat de vordering t.o.v. verweerster, eiseres op tegenvordering, inderdaad een tergend karakter vertoont;

Wij schatten de schade die daardoor voor eiseres op tegenvordering ontstaat, ex aequo et bono op 50.000 frank.

(...)

NOOT – Zie i.v.m. het eerste alinea van de samenvatting: De Vroede, P. en Ballon, G.L., *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1986, nr. 1342; Bellemans, W., «La procédure en cessation», in: C.I.E.A.U., *Protection juridique du consommateur*, Brussel, Créadif, 1981, (97) 122.

Zie i.v.m. het afwenden van rechten van het specifieke doel waarvoor ze gegeven zijn: Van Gerven, W., *Algemeen Deel*, nr. 67, die als categorie aanhaalt rechtsvorderingen die de houder van een recht instelt en die niet strekken tot het handhaven van het beschermenswaardig belang dat ze pretenderen te vrijwaren, maar die in feite strekken tot de handhaving van een ander belang, dat ter zake niet relevant is of waarvan de bescherming ter zake niet verlangd wordt of verlangd kan worden.

Het instellen van een vordering tot verkrijging van een verklaring voor recht met het enkele oogmerk een uitspraak

te krijgen die men als gezagsargument zal kunnen uitspelen in een voor een andere rechter hangend geding, is onbetwistbaar zulk een afwending die een misbruik van recht uitmaakt.

G.L. Ballon

VREDEGERECHT TE BERCHEM

1 SEPTEMBER 1987

Rechter: de h. Dyck

Advocaten: mrs. De Man loco Tritsmans en Van Steenwinkel loco Wauters

Overeenkomst – Aansprakelijkheid – Resultaats- en inspanningsverbintenis – Wassalon

De verbintenis van de exploitant van een wassalon kan niet als een resultaatsverbintenis worden gekwalificeerd. Wel rust op hem een voorlichtingsplicht die erin bestaat de klanten te wijzen op de mogelijke nadelige gevolgen verbonden aan het reinigen van bepaalde stoffen.

V. t/ B.V.B.A. P.

Overwegende dat er geen betwisting bestaat over het feit dat eiser op 15 april 1986 zes overgordijnen liet reinigen bij verweerster en moest vaststellen dat na de wasbeurt de grote overgordijnen 21 cm verkort waren en de kleine 11 cm;

Overwegende dat eiser verweerster ter zake aansprakelijk beschouwt, volgens de inleidende dagvaarding en zijn conclusie mede op grond van artikel 1382 B.W.;

Overwegende dat het past eiser te wijzen op zijn dwaling nopens de rechtsgrond van zijn vordering;

dat de overigens mede door verweerster gevoerde volkomen irrelevante discussie over het bestaan van een buitencontractuele fout bij het reinigen vreemd is aan huidig geschil, aangezien partijen zich in een contractuele verhouding bevonden;

Overwegende dat verweerster in haar aanvullende conclusie opwerpt dat zij slecht een inspanningsverbintenis zou hebben aangegaan, terwijl eiser in zijn conclusie over een resultaatsverbintenis spreekt;

Overwegende dat het debat tussen partijen derhalve gevoerd wordt in de contractuele sfeer, behoudens de precontractuele fout die eiser tevens aan verweerster verwijt, en welke hierin bestaat hem niet vooraf voldoende te hebben ingelicht over de mogelijke nefaste uitwerking van een reiniging;

Overwegende dat het Hof van Cassatie in zijn door verweerster geciteerde arrest van 3 mei 1984 (R.W., 1984-85, 1987) geenszins beslist heeft dat een wasserij steeds een inspanningsverbintenis t.a.v. haar klant aangaat;

dat het Hof enkel beslist heeft dat de bodemrechter met de motivering dat geen enkele wasserij, gelet op de veelvuldigheid der textielwaren die thans in de handel zijn, een optimaal resultaat kan garanderen, hieruit de wil van partijen afleidende uit een zodanige onzekerheid bij de uitvoering, dat het risico zo groot is dat de schuldenaar het niet op zich

neemt, de artt. 1147, 1148 en 1315 B.W. kan weren om de verbintenis voor een inspanningsverbintenis te houden;

dat de door verweerster opgenomen verbintenis niet als een resultaatsverbintenis kan worden gekwalificeerd;

Overwegende evenwel dat verweerster als specialist ter zake een voorlichtingsplicht heeft die erin bestaat haar klanten te wijzen op de mogelijke nadelige gevolgen verbonden aan het reinigen van bepaalde stoffen en/of textielproducten; dat verweerster niet betwist deze voorlichting niet verschaft te hebben aangezien zij het bestaan van deze verplichting zelfs betwist;

Overwegende dat de aansprakelijkheid van verweerster derhalve vaststaat en door haar geen verweer wordt gevoerd nopens de begroting van de schade;

NOOT – Bovenstaand vonnis werd bevestigd door Rb. Antwerpen (9e kamer), 7 juni 1988, onuitgegeven.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Brussel (3e Kamer), 28 juni 1988

Burgerlijke stand – Geboorteakte – Vervanging door akte van bekendheid – Homologatie – Weigering

Het bestreden vonnis (Rb. Leuven, 30 november 1987) weigerde een akte van bekendheid ter vervanging van een geboorteakte te homologeren. Deze beslissing wordt in hoger beroep bevestigd:

«Overwegende dat artikel 71 B.W. onder meer bepaalt dat in de akte van bekendheid twee getuigen verklaren: 'de voornamen, de naam, het beroep en de woonplaats van de aanstaande echtgenoot, en die van zijn ouders indien deze bekend zijn; de plaats en zo mogelijk, het tijdstip van zijn geboorte en de redenen die beletten de akte ervan over te leggen';

«Overwegende dat de eerste getuige, At-B., onder meer heeft verklaard: 'Ik ken A. sedert 1970. Hij leefde in dezelfde omgeving als ik in Bagdad. Ik kende hem niet van kindsbeen af. Het is dus pas op latere leeftijd dat ik hem ontmoette. Zijn juiste leeftijd ken ik niet, maar ik weet dat hij iets jonger is dan ik. De ouders van A.K. heb ik nooit gezien of gekend. Ik ken enkel zijn oudere broer A.F.';

«Overwegende dat de tweede getuige, K.A. eveneens heeft verklaard: 'Ik ben in België toegekomen in 1984. Na een zes-tal maanden heb ik A.K. ontmoet. Het was voor de eerste keer dat ik hem zag. Ik heb hem nooit eerder gekend of ontmoet. Hoe oud hij is weet ik niet en zijn ouders heb ik nooit gekend. Ik ken enkel zijn broer F., die ook een jaar geleden in België is toegekomen. F. ken ik ook maar van in België. Hem had ik ook niet eerder ontmoet';

«Overwegende dat overigens geen enkel van de twee getuigen met een woord rept over het beroep van appellant noch over de redenen die hem beletten een akte van geboorte over te leggen;

«Dat zij over de ouders van appellant eveneens niets afweten;

«Overwegende dat de verklaringen van de getuigen ten slotte geenszins worden gestaafd door de voorgelegde stukken.»

(Voorzitter : de h. Jans — Raadsheren : de hh. Lahousse en De Riemaeker — Advocaat-generaal : de h. Geyskens — Advocaat : mr. De Moor — In de zaak : A.)

Rb. Mechelen (2e Kamer), 30 april 1987

Burgerlijke stand — Buitenlandse echtscheiding — Onmogelijkheid akte van de burgerlijke stand over te leggen — Bewijs

Verzoekster trad in 1966 in het huwelijk te Bethlehem met een Jordaans onderdaan. De huwelijksakte werd overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand te Morsel. Verzoekster behield de Belgische nationaliteit. Na een vakantieverblijf in 1970 in België weigerde verzoekster met haar echtgenoot terug te keren naar de echtelijke woning te Bethlehem. In 1981 vernam verzoekster dat haar echtgenoot sinds een tiental jaren de echtscheiding had verkregen en hertrouwd was. Verzoekster wil nu zelf ook een nieuw huwelijk aangaan. Uit het verzoekschrift blijkt echter dat zij de echtscheiding niet afdoende kan bewijzen :

«dat zij in het bezit kon komen van de volgende documenten : «1° een attest van echtscheiding van 27 juli 1971 ten laste van de echtgenote gedagtekend 15 september 1971 en afgeleverd door de voorzitter van de Rechtbank van Jeruzalem, vertaald uit het Arabisch in het Frans op 5 juni 1986 door notaris A. te Jeruzalem, wiens handtekening op 18 juni 1986 werd gelegaliseerd door de Belgische consul-generaal te Jeruzalem ;

«2° een attest van echtscheiding van 25 mei 1981 afgeleverd door de aartsbisschop van Jordanië, voorzitter van het Kerkelijk Gerechtshof van het Grieks-Orthodox Patriarchaat van Jeruzalem, waarin deze bevestigt dat het huwelijk tussen S. en D. bij beslissing van 27 juli 1971, onder reg. 123/71, uitgesproken door bovengenoemd hof ontbonden werd, dat beiden geen enkele huwelijksverplichting meer hebben en dat ze opnieuw kunnen huwen ; de handtekening, het zegel en de hoedanigheid van deze hoogwaardigheidsbekleder zijn gewettigd door de behoorlijk afgevaardigde en gemachtigde consulaire overheid van V.S.A. in Jeruzalem ;

«dat verzoekster op basis van deze documenten de inschrijving van echtscheiding bij wijze van randmelding door de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand in België niet kon verkrijgen en zij dientengevolge sinds 1981 vergeefs herhaaldelijk gepoogd heeft een afschrift te krijgen van de beslissing nr. 123/71 van 27 juli 1971 van het Kerkelijk Gerechtshof te Jeruzalem voornoemd, waaruit dan de redenen van echtscheiding zouden blijken ;

«dat zij bij die pogingen nog steeds geconfronteerd worden met het feit dat vreemde streken van het Midden Oosten, waaronder de stad Jeruzalem, in acht genomen de aldaar heersende onzekerheid, slechts op gevaar af voor het leven en vermoedelijk met speciaal hoge reiskosten en allerlei complicaties van administratieve aard door vreemdelingen kunnen worden bereikt ;

«dat anderzijds begrijpelijkerwijze in die omstandigheden de lokale en diplomatieke overheden, overweldigd door ein-

deloze politieke en oorlogsproblemen, in die verwarring bezwaarlijk met succes kunnen worden benaderd voor het oplossen van privaatrechtelijke belangen van een vreemdelinge.»

Verzoekster vraagt de rechtbank te verklaren dat haar echtscheiding bij uitspraak van het Kerkelijk Gerechtshof van het Grieks-Orthodox Patriarchaat van Jeruzalem voldoende bewezen is.

De rechtbank is van oordeel dat het verzoek gegrond is en dient te worden ingewilligd : «Gezien de beweegredenen in het verzoekschrift aangehaald en deze aannemende ;

«Gezien de overgelegde stukken ;

«Overwegende dat de rechtsleer aanvaardt dat de uit de echt gescheiden echtgenoot, die wenst opnieuw in het huwelijk te treden en die zich in de onmogelijkheid bevindt op regelmatige wijze het bewijs van ontbinding van het huwelijk te leveren, zich bij verzoekschrift tot de rechtbank van eerste aanleg kan wenden ten einde te doen vaststellen dat de ontbinding van het huwelijk (door echtscheiding of door overlijden) voldoende bewezen is door stukken of door getuige (A. Roland en T. Wouters, *Guide pratique de l'officier de l'état civil en Belgique*, nr. 588; *Burgerlijke Stand*, Oranboek 4, nr. 235/i);

«Overwegende dat in casu de ontbinding van het huwelijk voldoende bewezen wordt door de overgelegde stukken.»

(Voorzitter : de h. de Forche — Openbaar ministerie : de h. Van den Sande — In de zaak : D.)

NOOT — Zie De Burlet, J., «Les relations internationales», in *Traité de l'état civil*, X. II, Brussel, Larcier, 1987, nr. 1444: er wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de toepassing van art. 1348 B.W. enerzijds en art. 46 B.W. anderzijds.

Een eerste geval slaat op de toestand waarbij de betrokkene zich door overmacht (zoals oorlog of een invasie) niet in de mogelijkheid bevindt om een kopie of uittreksel van de buitenlandse akte van burgerlijke stand over te leggen. Zich baserend op art. 1348 B.W. mag hij door alle middelen van recht voor de rechtbank van eerste aanleg zijn burgerlijke staat bewijzen.

Een andere mogelijkheid is dat in het buitenland ontvangen akte vernietigd is, bijvoorbeeld door oorlogsomstandigheden. De belanghebbenden of het openbaar ministerie kunnen dan ingevolge art. 46 B.W. om een vonnis van verbetering van de akte van de burgerlijke stand verzoeken.

Rb. Brugge (1e Kamer), 19 januari 1988

Testament — 1. Interpretatie — «Potius ut valeat»-regel — 2. Gezondheid van geest — Bewijs — Medisch getuigschrift

«Het eigenhandig testament van 2 augustus van C.D., overleden te T. op 25 mei 1986, luidt letterlijk als volgt : 'Ondergetekende, C.D., vermaak het grootste deel van mijn nalatenschap aan R.D. te T.'

«In redelijkheid moet worden aangenomen dat de testateur met de zinsnede 'het grootste deel van mijn nalatenschap' bedoeld heeft het gedeelte van de goederen waarover hij volgens de wet kon beschikken (R. Dillemans, *Testamen-*

ten (deel VII van Beginselen van Belgisch Privaatrecht), blz. 190, nr. 110). Ook voor testamenten — het is er zelfs de vuistregel — geldt het «potius ut valeat» principe van artikel 1.157 B.W. (Overzicht van rechtspraak — Schending van Testamenten, *T.P.R.*, 1985, 587, nr. 72;

«Op eiser tot nietigverklaring van het testament rust de bewijslast dat wijlen C.D. op het tijdstip van het testen niet gezond van geest was. Dit bewijs dient op precieze wijze, zij het door alle middelen, te worden geleverd.

«Een vermoeden van ongezondheid van geest kan worden afgeleid uit het bewijs van een geestes aantasting onmiddellijk vóór en onmiddellijk na de beschikking of uit een blijvende staat van geestes ziekte die luciede intervallen uitsluit (Cass., 24 februari 1972, *R.W.*, 1971-72, 1783; Rb. Brugge, 30 maart 1981, *T. Not.*, 1982, 215).

«Eiser tot nietigverklaring van het testament legt twee medische getuigschriften neer van de hand van dokter D.F. uit T. Het attest dd. 24 augustus 1983 zou zijn aangetroffen bij de papieren van wijlen C.D. Over de omstandigheden, waarin en het oogmerk waarmee het werd afgeleverd, kan eiser geen nadere gegevens verschaffen. Aangezien wordt aanvaard dat een arts aan de patiënten zelf een medisch getuigschrift mag afleveren dient dit attest dat bij de testateur thuis werd aangetroffen, niet uit de debatten te worden geweerd (Bergen, 9 december 1975, *Pas.*, 1976, II, 15).

«Het attest van 17 juni 1986 is een getuigschrift post mortem dat kennelijk op verzoek van eiser A.D. werd afgeleverd. De dood maakt evenwel geen einde aan het beroepsgeheim en de erfgenamen hebben niet de bevoegdheid om de geneesheer van zijn beroepsgeheim te ontslaan. Aangezien het beroepsgeheim van de geneesheer de openbare orde raakt en voormeld attest van 17 juni 1986 een manifeste inbreuk betekent op de zwijgplicht, is de rechtbank van oordeel dat dit document uit de debatten moet worden geweerd (*T.P.R.*, 546, nr. 3; *R.W.*, 1985-86, 274, 'Het Beroepsgeheim in de gezondheidszorg'.»

(Voorzitter: de h. Vandorpe — Advocaten: mrs. Teerlynck en De Keulenaere — In de zaak: D. t/ D. en D. t/ D.)

BOEKEN

W.S. WITTEVEEN, *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 536 blz., 72,50 fl.

Retoriek heeft een wat negatieve connotatie in ons taalgebruik. In een juridische context zal men het hebben over «argumentatie» en nooit over «retoriek».

De poging van Witteveen om terug te keren naar de retoriek zoals ze in de oudheid, vooral in Athene, beoefend werd, sluit aan bij een trend, die vooral door de Brusselse hoogleraar Chaim Perelman op gang gebracht werd met zijn in 1958, in samenwerking met L. Olbrechts-Tyteca, gepubliceerde *Traité de l'argumentation*. Terwijl Perelman, Viehweg, e.a. vooral de overtuigingskracht en de relevantie van bepaalde argumenten in een bepaalde context analyseren, is het Witteveen er eerder om te doen de argumentatie in het ruime, niet louter rationeel, kader van de retoriek te plaatsen, de wisselwerking te beklemtonen tussen degene die argumenteert en degene die overtuigd moet worden en de positieve kanten aan te tonen van een niet louter op feiten en op logica steunende (interpreterende) re-

toriek. Zijn essentiële stelling is dat retoriek niet antidemocratisch is, zoals doorgaans wordt aangenomen, maar juist een wezenlijke rol vervult in de ontwikkeling van de democratie.

Het boek is erg omvangrijk. Het bestaat uit twee delen, die hij wellicht beter afzonderlijk in boekvorm op de markt had gebracht. In het kader van het doctoraal proefschrift, waarvan dit de handelseditie is, drong zich deel 1 als inleiding tot deel 2 allicht op. Maar voor de lezer is er toch een grote afstand tussen beide. Deel 1 («Retorica en interpretatie», p. 1-206) handelt volledig over de beoefening van de retorica in de oudheid, wat als dusdanig geen enkele actuele, juridische of rechtstheoretische relevantie vertoont. Het is een, overigens op zich verdienstelijke, louter historische en begripsmatige analyse. Deel 2 (p. 207-445) draagt de titel «Staatsrecht en democratie». De retorica in het staatsrecht en het probleem van de democratie vormen hier de rode draad, die de nogal uiteenlopende hoofdstukken met elkaar verbindt.

In zijn historisch overzicht schetst Witteveen het belang van de retorische vaardigheden bij de besluitvorming in de Griekse en Romeinse oudheid. Hij poogt hierbij vooral aan te tonen dat dit niet leidde tot arbitraire besluitvorming, afhankelijk van de verbale handigheid van de diverse opposanten binnen het forum. Zo moet bv. veel aandacht besteed worden aan de argumenten die in het voordeel van de tegenpartij spelen om deze argumenten op voorhand te kunnen weerleggen en de positie van de tegenpartij aldus te verzwakken. Dit heeft een belangrijke informatieve functie: in woord en wederwoord komen de belangrijkste punten herhaaldelijk terug. Aldus kan het publiek zelf tot een gefundeerd oordeel komen, ook al laat het zich beïnvloeden door de kwaliteiten van de spreker. De spreker heeft er trouwens op termijn belang bij het publiek van betrouwbare informatie te voorzien.

Merkwaardig is ook dat de Atheense democratie, in een reflex van zelfbehoud, het ostracisme invoerde om al te succesvolle politieke leiders te verbannen en aldus hun invloed op de politieke besluitvorming volledig te laten verdwijnen. In tegenstelling tot het negatieve beeld van het sofisme dat onze cultuur van Plato heeft overgenomen, ziet Witteveen de sofisten als een belangrijke positieve factor in de verdere democratisering van de Atheense polis. De sociale en politieke structuur van de polis maakten het ontwikkelen van retorische vaardigheden mogelijk en nodig. Aldus werden voor het eerst allerlei theorieën beargumenteerd, die later belangrijke rechtsfilosofische themata zijn geworden: natuurrecht, sociaal contract, gelijkheid, rechtsstaat, scheiding der machten, e.d. De retorica, aldus Witteveen, was aldus een gangmaker voor de politieke en filosofische discussie.

In latere tijden (bij de Romeinen en de Middeleeuwen) treden een aantal verschuivingen op: een verschuiving van een zuiver verbale retoriek naar een «secundaire» retoriek, waarin geschreven teksten de hoofdrol spelen, en een terugdringen van de centrale rol van de retoriek in het maatschappelijk leven naar het tweede plan. De auteur schetst dan verder nog het verloop van de retorica, die na een opleiding in de renaissance weer tot verval komt. Een belangrijke factor hierbij is de opkomst van de wetenschappelijke methodologie: de «zekere» vaststellingen vervangen de retorische waarschijnlijkheidsargumenten in een aantal domeinen waarin deze «zekerheid» voordien onbereikbaar was. Onder invloed van deze wetenschapsontwikkeling wordt het terrein van de retorica ingekrompen. Retorica staat nu tegenover de logica en wordt beperkt tot een geheel van stijlmiddelen, die weinig uitstaande hebben met een inhoudelijke argumentatietechniek.

Aan het historisch overzicht van Witteveen zouden we kunnen toevoegen dat het niet toevallig zal zijn dat de hernieuwde belangstelling van de retoriek in de laatste decennia samenvalt met een wetenschappelijk wereldbeeld waarin heel wat negentiende-eeuwse «zekerheden» een flinke deuk hebben gekregen, zowel in de exacte wetenschappen (bv. de relativiteitstheorie van Einstein en de anti-evenwichtstheorie van de Brusselse Nobelprijswinnaar I. Prigogine in de thermodynamica) als in de menswetenschappen (bv. de antimethodologie in Feyerabend's wetenschapsfilosofie, de falsificatietheorie van Popper). Ook in de rechtswetenschap is de zekerheid van de «duidelijke wettekst» verlaten voor een interpretatietheorie waarin (retorische) argumentatie de vroegere zekerheden vervangt.

Na zijn historisch overzicht gaat de auteur, nog steeds in deel 1 over naar een analytische benadering van de retoriek. In hoofdstuk IV legt hij de basis voor zijn verder pleidooi om het retorisch handelen te zien als een combinatie van strategisch en communicatief

handelen. Een verenging van de retoriek tot een van beide doet de retoriek zijns inziens onrecht aan. Als voorbeeld van een louter strategische retoriek schetst hij de aanpak van Macchiavelli in zijn *Il principe*. Als tegenpool van Macchiavelli schuift Witteveen Habermas naar voren. Habermas wil het machts spel van de strategische retoriek vervangen door een machtsvrije communicatie, waarin geen onbevoordeelde argumentatie mogelijk wordt.

Witteveen bekritiseert Habermas' combinatie van de Angelsaksische taalhandelings theorie met zijn eigen theorie. Dit leidt er o.m. toe dat Habermas uitsluit dat iemand met een louter feitelijke vaststelling een retorisch effect bij de toehoorder kan bereiken. De auteur verwijt Habermas ook de uitsluiting van het strategisch handelen, als onverenigbaar met het communicatieve handelen. Witteveen stelt vast dat zuivere strategische manipulatie en zuivere machtsvrije communicatie zelden of nooit voorkomen. Elke communicatievorm is zowel communicatief als strategisch. Ontwapeningsvoorstellen bv. zijn strategische zetten op het internationale politieke toneel, terzelfder tijd echter creëren ze een voorwaarde om tot communicatie met de tegenstander te komen. Om overtuigend, en dus efficiënt, te zijn moet strategisch handelen aanknopen bij waarden, overtuigingen, feitelijke uitgangspunten, gevoelens, e.d. van de toehoorders. Dit veronderstelt dus een vrij hoge graad van reële communicatie. Aldus stelt Witteveen door het hele boek heen steeds weer dat in de retoriek strategisch en communicatief handelen erg met elkaar verweven zijn en dat louter strategische manipulatie volgens hem in feite slechts binnen vrij enge grenzen mogelijk is.

Na enkele inleidende beschouwingen poneert de auteur in het tweede deel van zijn boek de stelling dat het staatsrecht geen verzameling van regels is maar een repertoire van argumentaties. Zo moet de Grondwet aangevuld worden met ongeschreven staatsrecht en gewoonterecht. De teksten en praktijken vormen geen sluitend systeem, maar bieden enkel de mogelijkheid voor politici en juristen om een systeem aan te brengen in hun argumentatierepertoire. Regels hebben volgens Witteveen in de openbare meningsvorming vaak een «paraplufunctie».

Uiteindelijk komt de auteur bij de interpretatieproblematiek terecht, die zich in het gehele recht voordoet en niet enkel, en ook niet wezenlijk anders, in het staatsrecht.

Witteveens betoog bestaat dan verder hoofdzakelijk in het herlezen van de analyse van een aantal auteurs met de bril van de retoriek. Zo wordt bv. Montesquieu's «bouché de la loi» op basis van de analyse van Schönfeld voorgesteld als een dubbelzinnige metafoor, die vooral een ordenende functie heeft in de latere juridische discours. Het is nu echter de vraag wat Witteveen ons hiermee leert. De vaststelling dat latere theorieën op basis van uiteenlopende interpretaties steun hebben gezocht bij de autoriteit van een Montesquieu, is op zich een triviale vaststelling. Dat Montesquieu, in de lijn van bepaalde Engelse en Franse voorgangers, het concept «bouché de la loi» een antropomorfe voorstelling van het recht geeft, is eveneens een triviale voorstelling. Dat de dubbelzinnigheid bij Montesquieu te wijten is aan het feit dat in zijn tijd en dus ook in zijn geest een aantal begrippen niet zo scherp afbakend waren als dit later het geval geweest is, is ten slotte evenmin een ophefmakende bevestiging.

Uit een vergelijking tussen de Nederlandse en de Engelse rechtspraak in hoofdstuk XII concludeert de auteur dat de Engelse rechter meer uitgesproken strategisch-communicatief handelt, en via zijn interpretatiebeleid meer een bemiddelende rol vervult tussen wetgever en burger dan dit in Nederland het geval is.

Witteveen presenteert dan verder Dworkins theorie als een voor hem erg aantrekkelijke theorie, die hij omschrijft als «de retorica van het juiste antwoord». Dworkin stelt, in de lijn van de Amerikaanse rechtstheorie, dat het recht een waardevolle traditie is, waarin juristen de centrale waarden van de samenleving vertalen. Dit brengt de juristen voortdurend op politiek terrein, door de argumentatie en door de politieke effecten van hun beslissingen. Teksten hebben enerzijds geen autonome betekenis, los van de interpretatie ervan, anderzijds echter heeft de lezer geen absolute interpretatievrijheid. Het interpretatieproces is gebonden aan regels die door de interpretatiegemeenschap aan haar leden worden opgelegd. Bovendien geschiedt de interpretatie doelgericht, in het licht van de waarden van de rechtscultuur. Er bestaan kwaliteitsverschillen tussen voorgestelde interpretaties, er zijn sterke en zwakke argumenten. Juristen proberen dus anderen van de (betere) kwaliteit van hun interpretatie te overtuigen. Witteveen beschouwt Dworkins interpre-

tatieleer als een positieve bijdrage voor de kwaliteitsverbetering van het recht. Aan de praktische toepasbaarheid ervan in een Europees continentale context twijfelt hij echter sterk. Het veronderstelt volgens hem allereerst dat rechterlijke toetsing van de wet als een democratische verworvenheid aanvaard wordt. Ook de rechters zouden dan meer open moeten argumenteren en hun beslissing niet steeds voorstellen als een loutere toepassing van de wil van de (historische) wetgever. Ook dissenting opinion moet mogelijk worden gemaakt om vooral bij moeilijke gevallen («hard cases») de interpretatiegemeenschap met verschillende mogelijke interpretaties te confronteren.

Ten slotte schetst Witteveen een aantal ficties die in de staatsrechtelijke retoriek voortdurend aan bod komen: de fictie dat de burgers via parlementaire verkiezingen uiteindelijk zich zelf besturen, de fictie dat de wetgeving het standpunt van de meerderheid vertolkt, de fictie van de vrije wilsvorming van de individuele parlementsleden, de fictie van het mandaat in de verhouding burger/parlementslid, de fictie van het «algemeen belang», de fictie van de ministeriële verantwoordelijkheid, de fictie van de «democratische staat», enz. Al deze ficties vervullen een belangrijke retorische functie in het staatsrechtelijk discours.

Staatsrechtelijke regels en democratische ficties hebben, aldus Witteveen, door hun normatieve component, de ingebouwde mogelijkheid dat het politieke handelen zich erop oriënteert. Bij regels door te geloven in hun normatieve gelding, bij ficties door het onvoorwaardelijk opschorten van het ongelofte dat optreedt als de norm en de feitelijke situatie met elkaar geconfronteerd worden. Ficties maken het mogelijk een wenselijk geacht resultaat te bereiken, dat niet op een andere wijze te realiseren is.

De auteur besluit zijn werk met erop te wijzen dat de uitvinding van de democratie historisch gezien correleert met de opkomst van geïnstitutionaliseerde mogelijkheden om retorisch te handelen. De kunst van het overtuigend spreken houdt het gevaar in van manipulatie van het publiek, maar in de regels van deze kunst en in de eisen van de retorische situatie zit reeds een tegenwicht ingebouwd. In een retorische democratie is er een nauwe band tussen strategisch en communicatief handelen, waardoor de gevaren van de retorische kunst in bedwang worden gehouden. De nieuwe juridische retorica draait rond de interpretatie van wetten en andere gezaghebbende teksten.

De belangrijkste positieve bijdrage van Witteveen bestaat erin dat hij een nieuwe dimensie heeft toegevoegd aan de discussie over de taakverdeling tussen wetgever en rechter. Het argument in deze discussie dat enkel de wetgever democratisch verkozen is, terwijl de rechter louter zijn subjectieve mening vertolkt, leidt traditioneel tot een enge opvatting van de rol van de rechter. Dit «democratieargument» krijgt in de theorie van Witteveen een heel ander uitzicht. Als argument in deze discussie wordt het in feite volledig geneutraliseerd. Het strategisch-communicatief argumenteren van de rechter in de motivering van zijn uitspraken wordt een democratisch procédé bij uitstek. Stelt men de formeel-democratische legitimeringsbasis van de wetgever tegenover de inhoudelijke, dynamische democratiserende functie van de rechter, dan kan het democratieargument zelfs omgedraaid worden en kan men de balans ook op dit punt in het voordeel van de rechter zien doorslaan. In de klassieke theorie, die vreest voor de subjectieve, individuele willekeur van de rechter (het Magnaud-syndroom) verliest men namelijk uit het oog dat, op enkele (zeer) grote uitzonderingen na (het is bv. typerend dat Van Gerven in zijn *Beleid van de rechter* in 1973 nog steeds, en uitsluitend, de Franse rechter Magnaud uit het einde van de 19e eeuw als voorbeeld van een subjectieve rechter aanhaalt), de rechters tot hun beslissingen en motiveringen komen in een voortdurende communicatie en wisselwerking, zowel met de (advocaten van de) procespartijen als met andere rechters en met de rechtsgeleerden. Precies daarom heeft de rechtspraak als geheel in de loop der jaren een zeer belangrijke functie vervuld in de rechtsvorming, in de aanpassing en de verfijning van het recht, naast, en zeker niet tegen, de wetgever.

Mark Van Hoecke

MEDEDELINGEN

Studiecentrum voor het Financiewezen – Voordracht over «De E.E.G. of de Europese geldgemeenschap»

Op maandag 6 februari 1989 om 17u30 wordt in het Auditorium van de Generale Bank n.v. te Antwerpen (ingang Wapper), een voordracht gehouden door prof. Mark Eyskens, gewezen eerste minister, over «De E.E.G. of de Europese Geldgemeenschap».

De spreker wordt ingeleid door de heer Frans Grootjans, minister van Staat.

Internationale studiedag over de bescherming van chips te Leuven

Het Centrum voor Intellectuele Rechten bij de Katholieke Universiteit Leuven en de Universitaire Faculteiten Sint-Aloysius Brussel, organiseren op maandag 6 maart 1989, vanaf 9u30 in het Interuniversitair Micro-Electronica Centrum (Imec), Kapeldreef 75, 3030 Leuven, een internationale studiedag over de bescherming van chips.

Naast een overzicht van de bestaande juridische bescherming voor geïntegreerde schakelingen in de Verenigde Staten, in Japan en in Europa, zal ook ruim de aandacht gevestigd worden op het komende recht (Belgisch wetsontwerp en het internationale ontwerp-verdrag van Wipo inzake de bescherming van chips).

Sprekers zijn o.m. Ralph Oman (Register of copyrights U.S.A.), Margareta Langer (E.G. Commissie), prof. André Lucas (Nantes) en prof. Herman Cohen Jehoram (Amsterdam).

Het inschrijvingsgeld bedraagt 5.800 fr. (voor leden van het universitair personeel 3.800 fr.) over te schrijven op de rekening nr. 734-1233235-83 van het Centrum voor Intellectuele Rechten. Dit bedrag omvat de koffie, lunch, documentatie, een demonstratie over de activiteiten van Imec en een boek waarin, na de studiedag, de referaten zullen verschijnen.

Inlichtingen: prof. Frank Gotzen, Rechtsfaculteit UFSAL Brussel, Vrijheidslaan 17, 1080 Brussel (tel. 02/427.99.60, fax 02/427.99.61), of Rechtsfaculteit K.U.Leuven, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.51.94, fax 016/22.42.06).

Vademecum van de sociale zekerheid – Uitgave november 1988

De uitgave «November 1988» bevat de budgetaire vooruitzichten voor 1989 van de voornaamste takken van de algemene regeling van de sociale zekerheid voor werknemers en de herziene gegevens van 1986-1988 aan de hand van de laatst gekende resultaten.

Het Vademecum is een tweetalige semestriële publikatie van het Ministerie van Sociale Voorzorg.

De publikatie is verkrijgbaar door storting of overschrijving van 150 fr. op rekening nr. 000-2005866-03 van het Ministerie van Sociale Voorzorg – Dienst Publikaties, Zwarte Lievevrouwstraat 3c, 1000 Brussel, met vermelding «Vademecum van de sociale zekerheid».

Belgische Vereniging voor Milieurecht – Agenda voor 1989

Dinsdag 24 januari 1989

Lunch-causerie door dhr. C. Van Den Bilcke, kabinetsmedewerker van de Staatssecretaris voor Leefmilieu en Maatschappelijke Emancipatie, over het Amerikaanse milieurecht.

Vrijdag 3 maart 1989

Statutaire algemene vergadering van de vereniging met verkiezingen van de Raad van Beheer. Als gastspreker is uitgenodigd dhr. Brinkhorst, directeur-generaal DG XI, Commissie van de E.G.

Dinsdag 14 maart 1989

Seminarie over het statuut van de gemene goederen (art. 714 BW) en de bescherming van het leefmilieu (inleidingen door de heren. M. De Klemm (Frankrijk) en A. Lebrun).

Vrijdag 21 april 1989

Bezoek aan de verbrandingsinstallatie van de Brusselse Agglomeration.

Woensdag 17 mei 1989

Studienamiddag over de interne markt en het milieubeleid. Als

sprekers werden uitgenodigd prof. Herbiet, U.L. (de Belgische interne markt) en dhr. J.P. Hannequart, adviseur Europees parlement (de Europese interne markt).

Donderdag 14 september 1989

Colloquium over het gebruik als milieubeleidsinstrument van overeenkomsten tussen de overheid en de industrie.

Vrijdag 13 oktober 1989

Lunch-causerie door prof. Juergensmeyer (Universiteit Gainesville, Florida) over krachtlijnen van het Amerikaanse milieurecht.

Donderdag 14 december 1989

Colloquium te Gent over de verzekering van milieuschade, georganiseerd in samenwerking met het Seminarie voor Milieurecht, RUG.

Inlichtingen: Secretariaat van de vereniging, p/a Seminarie voor Milieurecht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (tel. 091/25.76.51, bp 233).

TIJDSCHRIFTEN

Nederlands Juristenblad, 1988

nr. 2, 16 januari.

Helmich, V.T.A., De faillissementsaanvraag door de fiscus: enkele gedachten; Jessurun d'Oliveira, H.U., Adoptie en Nationaliteit; De Langen, M. en Oost, J., Interlandelijke adoptie. Regelen inzake de opnemings in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie; Sap, J., Voorlopige hechtenis op het politiebureau; Stutterheim, R.H., Nieuwe meerderjarige minderjarige verzekerde?; Kohnstamm, M. en Sanders, C., Kan Suriname Nederlandse ontwikkelingshulp afdwingen?; van Sint Truiden, M.Ph., De ontvanger en de faillissementsaanvraag; Rechtspraak Hof van Justitie E.G. en Hoge Raad; X., Wetgeving; X., Nieuws: Herziening Vreemdelingenwet; Tweede fase Arbeidsomstandighedenwet van kracht; Inkoop eigen aandelen door een B.V.; Zekerheden in concernverband; X., Kort Nieuws.

nr. 3, 23 januari.

Spronken, T., Anonieme getuigen in strafzaken: verdediging in verdrukking; Naeyé, J., De «anonieme verdachte» in het opsporingsonderzoek: een probleem in de marge. Verslag van een enquête naar de omvang van het verschijnsel «anonieme verdachte»; Polak, J.M., Invoering van Wetgeving; Kelk, C., Nogmaals: geen denken aan de «meermans»-cel; Pessers, D., Indirecte discriminatie in de rechtsbijstand. De partnertoets in de Wet rechtsbijstand on- en minvermogens; Salvati, C.L.C., Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de magistratuur in Italië; de Vos, E.N., Cliëntencontract: waarom wel? Reactie (met naschrift van Yap, S.F. en Seligmann, W.); Rechtspraak Hoge Raad; X., Wetgeving; X., Nieuws: Aanscherping wettelijk instrumentarium n.a.v. zaak-Heijn; Hogere boete bij administratiefrechtelijke afdoening schrift wanbetaler niet af; Nieuwe Paspoortwet; Meewerkende vrouw is mede-ondernemer; Kleine meerderjarigheid; Flexibele arbeidsrelaties; X., Kort Nieuws; X., Kamervragen: Overheidsbeleid verdovende middelen.

nr. 4, 30 januari.

van Wissekerke, F.A.E., De implementatie van het folteringsverdrag. Internationaal versus nationaal strafrecht; Frenkel, B.S., Algemeen verbindendverklaring van boetebepalingen in C.A.O.'s; Funke, A.P., Kan de wetgever toveren?; Lebesque, V., Jurisprudentie Raad voor de Journalistiek ontsloten. Journalisten willen geen gedragscode en de rechter heeft er niets aan; Leijten, J., Gemis; Vermaat, M., Helderziendheid en hulpverlening; Lange-meijer, G.E., De krant en het recht; Vermeulen, F.L.W.J., Fiscus en faillissementsaanvraag (met naschrift van Boren, J.A.H.M.); Koning, H., Symposium «De gemeente: wezen en ideologie»; Rechtspraak Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Hoge Raad, Raad van State en Centrale Raad van Beroep; X., Wetgeving; X., Nieuws: Ruimere geweldsinstructie politie; Veiligheidsfouillering; Nieuw bewijsrecht in burgerlijke zaken; Klachtonderzoek staatsrecht Volksgezondheid; X., Kort Nieuws.