

HET HOF VAN JUSTITIE EN DE GELIJKE BEHANDELING VAN MAN EN VROUW 1988-1990

Inleiding

1. De activiteit van het Europese Hof van Justitie op het gebied van de gelijke behandeling van man en vrouw is de laatste paar jaren in kwantitatief én kwalitatief opzicht opmerkelijk geweest. Een terugblik op de voornaamste jurisprudentiële ontwikkelingen leek dan ook aangewezen, niet alleen wegens het evidente belang van het beginsel van gelijke behandeling van de geslachten, maar ook omdat de wisselwerking tussen communautair en nationaal recht op dit domein bijzonder interessant en vruchtbaar is gebleken. Meer bepaald hebben een aantal geschillen inzake gelijke behandeling als «proefbuis» gediend voor de ontwikkeling van meer algemene principes inzake de toepassing en de afdwingbaarheid van regels van communautair recht in de nationale rechtsorde.

Deze bijdrage is niet enkel een overzicht van rechtspraak: teneinde de ontwikkelingen op dit soms complexe domein van het gemeenschapsrecht beter begripbaar te maken, worden de besproken arresten zoveel mogelijk teruggeplaatst in de bestaande jurisprudentie van het Hof¹. Achtereenvolgens komen aan bod: het toepassingsgebied, de inroepbaarheid en de afdwingbaarheid van de bestaande regels van communautair recht (nrs. 3-15), de inhoud van het begrip «discriminatie» (nrs. 16-22), de bewijslast inzake loondiscriminaties in de arbeidsverhouding en de aanvaardbare/verboden criteria voor loondifferentiatie (nrs. 23-29), en ten slotte de toelaatbaarheid van leeftijdsverschillen in het kader van pensioenstelsels (nrs. 30-33). Deze tekst werd afgesloten op 1 maart 1991.

2. Vooraf nog een algemene opmerking. Hoewel het Hof van Justitie heeft bevestigd dat het verbod van discriminatie op grond van geslacht een fundamenteel recht is dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht², moet er rekening mee worden gehouden dat niet alle discriminaties naar geslacht binnen de toepassings-sfeer komen van het communautaire recht — d.w.z. op basis van een regel van communautair recht als ongeoorloofd kunnen worden beschouwd. De enige bepaling van het EEG-Verdrag die handelt over de gelijke behandeling van man en vrouw, is artikel 119, dat het beginsel inhoudt van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid. Verder heeft de Raad op basis van artikel 235 van het EEG-Verdrag een aantal richtlijnen vastgesteld inzake de toepassing resp. de tenuitvoerlegging van het begin-

sel van gelijke behandeling inzake beloning³, t.a.v. de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en t.a.v. arbeidsvoorwaarden⁴, inzake sociale zekerheid (ruim begrepen)⁵ en t.a.v. zelfstandigen⁶.

Inroepbaarheid van de non-discriminatieregels: de «Marshall-lacune»

3. Sinds de Gemeenschap zich in de Europese Akte de verwezenlijking van een interne markt tot taak stelde, is de productie van verordeningen en (vooral) richtlijnen die een «ruimte zonder binnengrenzen» tot stand moeten brengen, merkelijk in intensiteit toegenomen. In de euforische atmosfeer die rond «1992» is gegroeid wordt wel eens vergeten dat de creatie van normen op het communautaire vlak slechts een eerste stap is: communautaire regels moeten ook nog worden toegepast en nageleefd en, in het geval van richtlijnen, in nationaal recht omgezet. Uit de jaarlijkse verslagen van de Commissie aan het Europese Parlement over de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht blijkt dat het aantal richtlijnen dat niet of niet behoorlijk binnen de toegemeten termijn in nationaal recht is omgezet, verontrustend hoog is en nog steeds in stijgende lijn gaat. De vraag wint dus aan belang welke (rechts)-middelen de particuliere justitiabele op grond van het gemeenschapsrecht kan laten gelden wanneer het nationale recht geen soelaas biedt. Er zijn twee mogelijkheden: de gemeenschapsrechtsconforme interpretatie van het nationale recht, en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht. Hoewel de rechtstreekse werking als *ultima ratio*⁷ pas in aanmerking komt wanneer het nationaal recht op geen enkele wijze in overeenstemming met het gemeenschapsrecht kan worden geïnterpreteerd of toegepast⁸, worden hierna eerst de principes i.v.m. de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht

³ Zie richtlijn 75/117/EEG van 10 februari 1975, *PB* 1975, L 45, 19.

⁴ Zie richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976, *PB* 1976, L 39, 40.

⁵ Zie richtlijn 79/7/EEG van 19 december 1978, *PB* 1979, L 6, 24 (algemeen) en richtlijn 86/378/EEG van 24 juli 1986, *PB* 1986, L 225, 40 (betreffende ondernemings- en sectoriële regelingen).

⁶ Zie richtlijn 86/613/EEG van 11 december 1986, *PB* 1986, L 359, 56.

⁷ Zie de conclusie van advocaat-generaal DARMON van 14 november 1989 in de zaken 177/88 en 179/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, nrs. 10 e.v. Zie ook het arrest van 20 september 1988 in zaak 31/87, BEENTJES, *Jurispr.*, 1988, 4635, r.o. 39-40, waarin een nationale rechter het Hof van Justitie gevraagd had of zekere bepalingen van een richtlijn rechtstreekse werking bezaten. Het Hof beantwoordde deze vraag in bevestigende zin, *na* er evenwel te hebben op gewezen dat de nationale rechter het nationale recht moet uitleggen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht. Dit *obiter dictum* illustreert het belang dat het Hof hecht aan de gemeenschapsconforme uitlegging van nationaal recht.

⁸ Daarover meer hierna in de nrs. 8-10.

¹ Voor een analyse van de rechtspraak van het Hof tot eind 1987 leze men het uitstekende artikel van S. PRECHAL, «Gelijke behandeling retrospectief», *S.E.W.*, 1988, 78. Actueel tot eind 1988 is het boek van S. PRECHAL en N. BURROWS, *Gender Discrimination Law of the European Community*, Dartmouth, 1990.

² Zie het arrest van 15 juni 1978 in zaak 149/77, Defrenne/Sabena (*Defrenne III*), *Jurispr.*, 1978, 1365, r.o. 25-26.

uiteengezet, omdat de recente ontwikkelingen in de rechtspraak i.v.m. de gemeenschapsrechtsconforme interpretatie van nationaal recht in niet geringe mate voort lijken te vloeien uit het standpunt van het Hof van Justitie i.v.m. rechtstreekse werking.

4. Opdat een regel van gemeenschapsrecht rechtstreekse werking kan hebben, d.w.z. opdat een particulier er zich voor de nationale rechter op kan beroepen, moet deze regel inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn⁹. Wat betreft de rechtstreekse werking van communautaire regels i.v.m. de gelijke behandeling van man en vrouw zijn twee arresten van belang. In het arrest *Defrenne II* (1976)¹⁰ bevestigde het Hof van Justitie dat artikel 119 EEG rechtstreekse werking bezit en kan worden ingeroepen zowel tegen de staat («verticale» rechtstreekse werking) als tegen particulieren («horizontale» directe werking) – m.a.w. het beginsel van gelijke beloning kan worden ingeroepen tegen de bepalingen van een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst¹¹.

Artikel 119 heeft evenwel enkel betrekking op het beginsel van gelijke beloning¹², en de vraag rees dan ook of deze verticale én horizontale rechtstreekse werking in dezelfde mate gold voor de verschillende richtlijnen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen¹³. In het arrest *Marshall* (1986)¹⁴ werd die vraag door het Hof van Justitie uiteindelijk in ontkennende zin beantwoord. Het Hof overwoog dat de grondslag van de rechtstreekse werking van een richtlijn besloten ligt in de verplichting die door artikel 189 van het Verdrag wordt opgelegd aan de Lid-Staten, om de nodige maatregelen te treffen ter uitvoering van die richtlijn¹⁵. Daaruit werd de mogelijkheid van rechtstreekse werking afgeleid van niet of niet tijdig omgezette richtlijnen in verticale situaties: een Lid-Staat die de door een richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen niet tijdig heeft getroffen, kan namelijk zijn tekortkoming niet aan particulieren tegenwerpen wanneer die een (onvoorwaardelijke en nauwkeurige) verplichting t.o.v. die Lid-Staat willen afdwingen¹⁶. Deze overwegingen impliceerden echter meteen ook

de onmogelijkheid van de *horizontale* rechtstreekse werking van een in een richtlijn vervatte verplichting: het dwingende karakter van een richtlijn bestaat volgens artikel 189 EEG immers enkel t.a.v. elke Lid-Staat «waarvoor zij bestemd is». «Hieruit volgt, dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegen een particulier kan worden ingeroepen»¹⁷.

5. De uitspraak in *Marshall* impliceert een ernstige beperking van de afdwingbaarheid van richtlijnen in het algemeen¹⁸. Zij is van bijzonder belang voor de richtlijnen inzake gelijke behandeling, die immers een groot aantal bepalingen inhouden die horizontale situaties (nl. de verhouding werkgever/werknemer) reguleren. In de praktijk betekent *Marshall* dat, voor zover de gelijke behandeling van man en vrouw in de arbeidsrelatie door *richtlijnen* wordt opgelegd, de afdwingbaarheid van de gelijkbehandelingsregels zal afhangen van de spoed van de Lid-Staten bij het treffen van uitvoeringsmaatregelen, behalve wanneer de werkgever kan worden geacht te behoren tot de «staat»¹⁹. Deze afdwingbaarheidslacune werd door het Hof van Justitie in latere arresten op drie manieren verkleind: door een ruime interpretatie van het toepassingsgebied van artikel 119 EEG (hierna, nr. 6), door een ruime interpretatie van het begrip staat (hierna, nr. 7), en door een verdere uitbouw van de rechtspraak i.v.m. de gemeenschapsrechtsconforme interpretatie van nationaal recht (hierna, nrs. 8-10). Een nog onbesliste kwestie is de eventuele *aansprakelijkheid* van de staat voor het verzuim een richtlijn tijdig en correct in nationaal recht om te zetten (hierna, nrs. 12-15).

(bv. in het kader van een strafprocedure) – m.a.w. een richtlijn kan niet uit zichzelf en onafhankelijk van een ter uitvoering vastgestelde wet bepalend zijn voor de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen. Zie het arrest van 8 oktober 1987 in zaak 80/86, Strafzaak tegen Kolpinghuis Nijmegen, *Jurispr.*, 1987, 3969, en de bespreking ervan door A. ARNULL, «Having your cake and eating it ruled out», *E.L.Rev.*, 1988, 42.

¹⁷ Zie r.o. 48 van het arrest. Wel te verstaan zal er slechts een probleem rijzen wanneer een in een richtlijn vervatte verplichting wordt ingeroepen tegen een particulier, maar niet wanneer een verplichting van de staat wordt ingeroepen in een geschil met een particulier. Een voorbeeld daarvan is het arrest van 21 november 1990 in zaak C-373/89, *Integrity/Rouvroy*, waarin werd bevestigd dat artikel 4 (1) van richtlijn 79/7/EEG (dat op het gebied van de sociale zekerheid discriminatie op grond van geslacht verbiedt) rechtstreekse werking bezat, ook al werd het ingeroepen tegen een private kas voor zelfstandigen; de tegen de private kas (die enkel fungeerde als *uitbetalingsinstelling*) ingeroepen verplichting was er immers een die rustte op de staat.

¹⁸ Voor een aantal voorbeelden van richtlijnen die horizontale situaties reguleren en waarvan de afdwingbaarheid dus in het gedrang komt, zie S. PRECHAL, «Remedies after Marshall», *C.M.L.Rev.*, 1990, 451, 451-452.

¹⁹ Voor een kritiek op dit (vanuit het gezichtspunt van het beginsel van gelijke behandeling) al bij al arbitrair onderscheid, zie D. CURTIN, o.c., *E.L.Rev.*, 1990, 195, en S. PRECHAL, o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 451. Een verdediging van de Marshall-doctrine is te vinden in T. MILLETT, «Sex Equality: The Influence of Community Law in Great Britain», *Yearbook of European Law* 1986, 1987, (219), 236-237.

⁹ Zie het reeds aangehaalde arrest Beentjes, r.o. 40.

¹⁰ Arrest van 8 april 1976 in zaak 43/75, *Defrenne/Sabena*, *Jurispr.*, 1976, 455.

¹¹ Zie r.o. 30-39 van het arrest. De inroepbaarheid van artikel 119 EEG tegen de bepalingen van een CAO werd bevestigd in het arrest van 27 juni 1990 in zaak C-33/89, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, r.o. 12.

¹² Over de juiste draagwijdte van deze uitdrukking, zie hierna, nr. 6.

¹³ Zie de lijst in voetnoten 4-6.

¹⁴ Arrest van 26 februari 1986 in zaak 152/84, *Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, *Jurispr.*, 1986, 723.

¹⁵ In dat opzicht bevestigt het arrest dat vroegere rechtspraak, die de rechtstreekse werking van richtlijnen baseerde op de zgn. theorie van het nuttig effect, definitief verlaten wordt. Zie D. CURTIN, «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *E.L.Rev.*, 1990, (195), 197-198.

¹⁶ Zie r.o. 47 van het arrest. In een later arrest werd dit principe op een tegenovergestelde situatie toegepast: wanneer een (niet behoorlijk omgezette) richtlijn een verplichting aan een particulier oplegt, heeft de in gebreke gebleven Lid-Staat niet het recht om de niet-naleving van die verplichting tegen een particulier in te roepen

Het begrip «beloning»

6. De horizontale rechtstreekse werking van het beginsel van gelijke behandeling is verzekerd wanneer een situatie onder het toepassingsgebied van artikel 119 EEG komt, m.a.w. wanneer het gaat om een discriminatie inzake «beloning». «Beloning» wordt in de tweede alinea van artikel 119 gedefinieerd als elk voordeel dat, rechtstreeks of onrechtstreeks, in geld of in natura, door de werkgever wordt betaald aan de werknemer uit hoofde van de dienstbetrekking. Het Hof heeft de inhoud van die definitie geleidelijk aan verruimd²⁰; vermeldenswaard in dit verband zijn de recente arresten *Nimz*²¹ (1991) en *Barber* (1990)²². In *Nimz* besliste het Hof dat de bepalingen van een CAO die de toekenning van loonsverhogingen uitsluitend doen afhangen van anciënniteit, binnen het toepassingsveld van artikel 19 komen; dergelijke bepalingen mogen dus niet ten nadele werken van vrouwelijke werknemers²³.

In *Barber* werd uitgemaakt, ten eerste, dat de vergoedingen die aan een werknemer worden toegekend uit hoofde van zijn ontslag, zijn te beschouwen als loon. Het feit dat een dergelijke vergoeding na de beëindiging van de arbeidsverhouding wordt betaald, neemt niet weg dat zij een vorm van betaling is waarop de werknemer aanspraak kan maken uit hoofde van zijn werk²⁴. Evenmin maakt het een verschil uit dat de ontslagvergoeding geheel of gedeeltelijk krachtens wettelijke regels wordt betaald²⁵. In het arrest *Kowalska* (1990)²⁶ werd deze uitspraak bevestigd i.v.m. een afvloeiingsvergoeding die beschikbaar was voor voltijdse maar niet voor deeltijdse werknemers²⁷. Op de tweede plaats besliste het Hof in het arrest *Barber* dat eveneens zijn te beschouwen als «beloning» bedrijfspensioenregelingen die worden gefinancierd door werkgeversbijdragen. Dergelijke regelingen kennen namelijk voordelen toe waaraan de over-

heid in geen dele bijdraagt, en vloeien voort uit de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer²⁸. Het is daarbij van geen belang dat het pensioen wordt uitgekeerd door een (formeel) onafhankelijk fonds (in de zaak *Barber* ging het om een trust), en niet door de werkgever²⁹. Wanneer een dergelijke regeling vrouwen op een vroegere leeftijd dan mannen het recht op een pensioen toekent, houdt zij een door artikel 119 EEG verboden *loondiscriminatie* in³⁰.

Het begrip «staat»

7. Reeds in het arrest *Marshall* werd uitgemaakt dat de horizontale rechtstreekse werking van een richtlijn tegenover de staat geldt «onverschillig de hoedanigheid waarin de staat handelt, als werkgever of als overheid». Het is daarbij niet vereist dat het om een staatsorgaan gaat dat zelf in enigerlei mate verantwoordelijk zou kunnen worden geacht voor het verzuim de richtlijn om te zetten. Reeds werden geoordeeld te behoren tot de «staat»: een lokale Britse «Health Authority» (waarvan de werknemers staatsambtenaren waren)³¹; een «Chief Constable» (politiecommissaris) die weliswaar constitutioneel onafhankelijk is van de staat, maar belast is met de leiding van de politie en m.a.w. zijn gezag aan de staat ontleent³², een gemeente en meer in het algemeen alle organen van bestuur, op alle niveaus van indeling van het grondgebied³³, en een instelling die, ofschoon geen eigenlijk staatsorgaan, op een of andere wijze het overheidsbeleid uitvoert³⁴.

Recent³⁵ werd het Hof gevraagd of het begrip staat ook een overheidsbedrijf kan omvatten (*in casu* ging het om de onderneming British Gas vóór de privatisering ervan) waaraan een monopolierecht was toegekend met het oog op de vervulling van een taak van algemeen belang (de levering van gas), en waaraan een staatssecretaris o.m. algemene aanwijzingen kon geven voor de uitvoering van voornoemde taak³⁶. Het Hof greep deze gelegenheid aan om te verdui-

²⁰ Voor een overzicht, zie de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN van 30 januari 1990 in zaak C-262/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.* Voor een grondige analyse van de rechtspraak, zie S. PRECHAL en N. BURROWS, o.c., 48.

²¹ Arrest van 7 februari 1991, *Nimz*/Freie und Hansestadt Hamburg, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

²² Arrest van 17 mei 1990 in zaak C-262/88, *Barber*/Guardian Royal Exchange Assurance Group, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

²³ Zie r.o. 9-10 van het arrest.

²⁴ Zie r.o. 10-14 van het arrest. De vraag naar de kwalificatie van ontslagvergoedingen was gerezen omdat de arbeidsovereenkomsten die de onderneming Guardian afsloot met haar werknemers bepaalden dat vrouwelijke werknemers bij ontslag na hun vijftigste verjaardag recht hadden op een bedrijfspensioen; mannelijke werknemers verkregen dat recht slechts vanaf hun vijfenvijftigste verjaardag.

²⁵ Zie r.o. 15-20 van het arrest. Daarmee werd de stelling van het Verenigd Koninkrijk weerlegd, die had betoogd dat ontslagvergoedingen waarvan de betaling wettelijk verplicht is, te beschouwen zijn als sociale-zekerheidsuitkeringen — waarop artikel 119 niet van toepassing is krachtens het *Defrenne II*-arrest. In overeenstemming met de feitelijke achtergrond van het bodemgeschil werd de uitspraak beperkt tot vergoedingen bij ontslag om economische redenen, maar er lijkt geen reden te bestaan om de regel niet van toepassing te achten op ontslagvergoedingen in het algemeen. In die zin de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN, reeds aangehaald in noot 20, nrs. 13-16.

²⁶ Reeds aangehaald in noot 11.

²⁷ Meer over dit arrest hierna, in nrs. 18-19.

²⁸ Zie r.o. 25-27 van het arrest.

²⁹ Zie r.o. 29 van het arrest.

³⁰ Op de toelaatbaarheid van leeftijdsverschillen in pensioenregelingen wordt hierna, in nrs. 30-33, teruggekomen.

³¹ Zie het arrest *Marshall*, r.o. 50 en de conclusie van advocaat-generaal SLYNN, i.h.b. op blz. 735-736.

³² Zie het arrest van 15 mei 1986 in zaak 222/84, *Johnston*/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, *Jurispr.*, 1986, 1651, r.o. 49 en 56.

³³ Zie het arrest van 22 juni 1989 in zaak 103/88, *Costanzo*/Gemeente Milaan, *Jurispr.*, 1989, 1839, r.o. 31.

³⁴ Impliciet beslist in het arrest van 22 september 1983 in zaak 271/82, *Auer*/Ministère Public, *Jurispr.*, 1983, 2727, waarin het ging over een beroepsorganisatie van veeartsen die was belast met het onderzoek en de erkenning van in andere Lid-Staten verworven professionele kwalificaties. Zie ook het arrest van 19 januari 1982 in zaak 8/81, *Becker*/Hauptzollamt Münster-Innenstadt, *Jurispr.*, 1982, 53, r.o. 22-25, waarin het ging om een orgaan met fiscale bevoegdheid; deze laatste uitspraak werd bevestigd door het arrest van 22 februari 1990 in zaak C-221/88, *EGKS*/Faillissement Acciaierie e Ferriere Busseni, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

³⁵ Zie het arrest van 12 juli 1990 in zaak C-188/89, *A. Foster e.a.*/British Gas plc, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

³⁶ Voor meer bijzonderheden, zie r.o. 3-6 van het arrest en de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN van 8 mei 1990, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, nr. 3.

delijken dat het begrip staat *zowel* verwijst naar organen of lichamen die onderworpen zijn aan het gezag of het toezicht van de staat *als* naar organen of lichamen die beschikken over bijzondere bevoegdheden vergeleken met die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden ³⁷. Met betrekking tot de situatie in het bodemgeschil gaf het arrest nog een duidelijke vingerwijzing ³⁸: als staat is in ieder geval te beschouwen een orgaan dat, ongeacht zijn rechtsvorm, krachtens een handeling van de overheid tot taak heeft onder toezicht van de overheid een dienst van openbaar belang te verrichten en daartoe over bijzondere bevoegdheden beschikt vergeleken met de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden – m.a.w. een orgaan dat aan *beide* hiervoor genoemde voorwaarden voldoet ³⁹.

Wat betekent het voorgaande in de Belgische context? Het criterium «aan het gezag of het toezicht van de staat onderworpen zijn» lijkt o.m. te impliceren dat als staat te beschouwen zijn alle organisaties die een regeringscommissaris tellen in hun raad van bestuur, zoals de universiteiten. Het criterium «beschikken over bijzondere bevoegdheden» is minder duidelijk. De meest aannemelijke interpretatie is dat krachtens dit criterium een bedrijf dat over een van overheidswege toegekend monopolie beschikt (en meer in het algemeen elke onderneming waaraan een Lid-Staat «bijzondere» rechten in de zin van artikel 90 EEG heeft verleend), geacht zal worden tot de staat te behoren ⁴⁰.

Gemeenschapsrechtsconforme interpretatie en toepassing van het nationale recht

8. De verplichting om het nationale recht te interpreteren en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht vloeit voort uit artikel 5 van het EEG-Verdrag, dat de Lid-Staat gebiedt alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming te verzekeren van verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag of uit de handelingen van de instellingen. In het arrest *Von Colson en Kamann* (1984) ⁴¹ onderstreepte het Hof van Justitie dat deze verplichting geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties van de Lid-Statens en m.a.w. ook voor de rechterlijke instanties. Daaruit volgt dat, wanneer voor een nationale rechter de bepalingen van een (niet of foutief omgezette) richtlijn worden ingeroepen, de rechter zijn nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het

in artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag te bereiken ⁴². Uit latere arresten blijkt dat deze verplichting een erg ruim toepassingsgebied heeft. Zo werd in het arrest *Kolpinghuis* (1987) ⁴³ beslist dat het geen verschil uitmaakt dat de termijn voor omzetting van de richtlijn nog niet is verstreken; richtlijnen worden immers vanaf het moment van hun kennisgeving van kracht ⁴⁴. In het arrest *Grimaldi* (1989) ⁴⁵ werd bevestigd dat de verplichting van gemeenschapsrechtsconforme interpretatie niet alleen geldt in het geval van richtlijnen, maar ook in het geval van aanbevelingen, ook al zijn deze laatste naar luid van artikel 189 EEG niet verbindend ⁴⁶. In het recente arrest *Marleasing* (1990) ⁴⁷ ten slotte werd verduidelijkt dat *alle* bepalingen van nationaal recht het voorwerp van zulke interpretatie moeten uitmaken, ongeacht of het gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn; m.a.w. het is niet vereist dat een bepaling van nationaal recht werd vastgesteld met het oog op de omzetting van een richtlijn ⁴⁸.

9. De toename van het aantal richtlijnen vergroot de kans dat een deel van die richtlijnen niet of niet correct in nationaal recht wordt omgezet, zodat de verplichting om nationaal recht in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht te interpreteren, van groot belang is. Zij kan de «*Marshall*»-lacune verkleinen: in «horizontale» situaties, waarin een richtlijn niet rechtstreeks kan werken, moet het nationale recht worden geïnterpreteerd om het door de richtlijn opgelegde resultaat te bereiken ⁴⁹. Bovendien kan zij bijdragen tot de handhaving van de bepalingen van niet (of onjuist) omgezette richtlijnen die niet voldoende nauwkeurig of onvoorwaardelijk zijn om *überhaupt* rechtstreekse werking te hebben. Aldus bevordert zij de vervlechting van communautair en nationaal recht – en benadrukt zij de cruciale, maar ook veeleisende rol die in de communautaire rechtsorde is weggelegd voor de nationale rechters.

Terzelfder tijd doet deze verplichting complexe problemen rijzen. Zij moet immers worden nagekomen op basis van van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende regels van nationaal recht en door middel van de aan de nationale rechter ter beschikking staande interpretatiemethodes. In

⁴² Zie r.o. 26 van het arrest. Deze verplichting geldt ook voor elk (staats)orgaan dat belast is met de interpretatie of toepassing van nationaal recht. Voor een andere toepassing, zie de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN van 28 november 1990 in zaak C-340/89, Vlassopoulou/Baden Württemberg, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, nr. 15.

⁴³ Reeds aangehaald in noot 16.

⁴⁴ Zie artikel 191 EEG-Verdrag.

⁴⁵ Arrest van 13 december 1989 in zaak C-322/88, *Grimaldi/Fonds voor Beroepsziekten*, *Jurispr.*, 1989, 4407, i.h.b. r.o. 12-18.

⁴⁶ Dat betekent nog niet, aldus r.o. 18 van het arrest *Grimaldi*, dat aanbevelingen geen enkel juridisch gevolg zouden kunnen sorteren: nationale rechters moeten er terdege rekening mee houden, bijvoorbeeld bij de interpretatie van regels van nationaal recht waarmee werd beoogd aan die aanbevelingen uitvoering te geven, of wanneer zulke aanbevelingen ertoe strekken dwingende bepalingen van communautair recht aan te vullen.

⁴⁷ Arrest van 13 november 1990 in zaak C-106/89, *Marleasing/La Comercial Internacional de Alimentación*, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

⁴⁸ Zie r.o. 8 van het arrest.

⁴⁹ Een goed voorbeeld is de situatie die voorlag in de zaak *Marleasing*.

³⁷ Zie r.o. 17-19 van het arrest. Gezien het arrest het heeft over *alternatieve* voorwaarden lijkt het waarschijnlijk dat *British Gas* ook na de privatisering nog als deel van de staat te beschouwen is.

³⁸ Aangezien *Foster* een prejudiciële procedure was, kwam het uiteindelijk aan de nationale rechter toe te oordelen of *British Gas* al dan niet moet worden gelijkgesteld met de staat. Dat belet evenwel niet dat het Hof van Justitie bevoegd is nader te omschrijven tegenover welke categorieën van rechtssubjecten de in een richtlijn vervatte verplichtingen kunnen worden ingeroepen (zie r.o. 13-15 van het arrest).

³⁹ Zie r.o. 20 van het arrest.

⁴⁰ In die zin de annotatie van het arrest *Foster* door S. PRECHAL, te verschijnen in *S.E.W.*, 1991.

⁴¹ Arrest van 10 april 1984 in zaak 14/83, *Von Colson en Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, *Jurispr.*, 1984, 1891.

het arrest *Von Colson en Kamann* stond bovendien te lezen dat de bewuste verplichting gold «binnen het kader van de bevoegdheden» van de nationale rechter, die ten volle gebruik moest maken «van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid»⁵⁰. Deze passages waren betwistbaar, omdat zij suggereerden dat de limiet van de gemeenschapsrechtsconforme interpretatie besloten lag in het nationale recht. Het is nochtans duidelijk dat het hier gaat om een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichting, m.a.w. de nationale rechter vervult een door het communautair recht opgelegde taak. De noodzaak van een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht impliceert daarom dat de omschrijving van de reikwijdte van die taak in laatste instantie toekomt aan het Hof van Justitie. Deze opvatting lijkt door te klinken in het arrest *Marleasing*, dat voornoemde passages uit *Von Colson en Kamann* niet langer herhaalt en nog enkel verwijst naar de verplichting van de nationale rechter om het nationale recht «zoveel mogelijk» uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante regel van communautair recht⁵¹. Aldus lijkt het Hof de grens van de verplichting niet te zien in het nationale recht, maar wel in de functie van de rechter: zolang er een mogelijkheid bestaat een regel van nationaal recht in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te interpreteren, moet die mogelijkheid worden aangegrepen; het gemeenschapsrecht kan de nationale rechter evenwel niet dwingen (of machtigen) als *regelgever* op te treden⁵².

10. Een mooie illustratie van de implicaties van de verplichting tot gemeenschapsrechtsconforme interpretatie is het vonnis van de Duitse rechter die de zaak *Von Colson en Kamann* naar het Hof van Justitie had verwezen. Uit het arrest van het Hof leidde hij af dat hij een betwiste bepaling van nationaal recht *niet* volgens de in de eigen rechtsorde gebruikelijke (ruime) interpretatiemethode mocht uitleggen, maar dat hij haar integendeel op strikte wijze moest interpreteren, zodat aan het geschil een richtlijnconforme interpretatie kon worden gegeven, nl. door terug te vallen op een meer algemene nationale bepaling waarvan de eerste afweek⁵³. Een andere illustratie komt hierna ter sprake in de context van de problematiek van de toekenning van schadevergoeding (nr. 13).

11. Voorgaande beschrijving van de manieren waarop het Hof de door *Marshall* bevestigde afdwingbaarheidslacune probeert te verhelpen, moge dan wel voorbeelden van creatieve rechtsvinding opleveren, maar zij kan het bestaan niet

verhelen van een onlogische en onrechtvaardige situatie. Immers, het fundamentele beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw zal, zelfs wanneer het in een richtlijn is verwoord, niet rechtstreeks inroepbaar zijn in de arbeidsrelatie, behalve wanneer de discriminatie betrekking heeft op de «beloning» of wanneer de werkgever kan worden beschouwd als behorende tot de «staat». De rechtstreekse inroepbaarheid van het recht op gelijke behandeling wordt bovendien niet gebaseerd op het fundamentele karakter ervan, maar op het verzuim van de staat⁵⁴.

Sancties en het probleem van overheidsaansprakelijkheid

12. De bestaande regels van gemeenschapsrecht leggen wel een aantal discriminatieverboden op, maar schrijven geen sancties of remedies voor waarop in geval van inbreuk op die regels een beroep kan worden gedaan. In een vroeger arrest werd bv. reeds beslist dat richtlijn 76/207/EEG niet verlangt dat, als sanctie op discriminatie bij gelegenheid van aanwerving, de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, verplicht wordt om met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten⁵⁵. De keuze van sancties op en remedies voor inbreuken op het discriminatieverbod valt in de huidige stand van het gemeenschapsrecht dus binnen de bevoegdheid van de Lid-Staten; het gaat daarbij echter niet om een «zelfstandige», maar wel om een *doelgebonden* bevoegdheid: krachtens artikel 5 EEG zijn de Lid-Staten immers gehouden om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de door een richtlijn voorgeschreven verplichtingen te verzekeren⁵⁶. Dit komt ook tot uiting in de bestaande richtlijnen, die alle bepalen dat het nationale recht aan iemand die zich het slachtoffer acht van discriminatie, de mogelijkheid moet bieden zijn aanspraken in rechte te doen gelden⁵⁷.

Meer bepaald verlangt het gemeenschapsrecht dat de gekozen sanctie een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming verzekert, en dat zij t.a.v. degene die zich schuldig heeft gemaakt aan een verboden discriminatie (bv. de werkgever) een echt afschrikkende werking heeft; immers, «echte gelijkheid van kansen (valt) niet zonder een passende sanctieregeling te verwezenlijken»⁵⁸. Daaruit volgt, dat wanneer een Lid-Staat besluit als sanctie op een inbreuk op

⁵⁰ Zie r.o. 26 en 28 van het arrest (cursivering toegevoegd).

⁵¹ Zie r.o. 8 van het arrest.

⁵² In het arrest *Kolpinghuis* werd bevestigd dat deze verplichting eveneens een grens vindt in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht (zie r.o. 13 van het arrest).

⁵³ Arbeidsgericht Hamm, 6 september 1984, *Der Betrieb*, 1984, 2700. In dezelfde zin gaan twee recente beslissingen van het Britse House of Lords: zie de arresten van 30 juni 1988, *Pickstone v. Freemans*, 3 *Common Market Law Reporter*, 1988, 221 en van 2 februari 1989, *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering*, 2 *Common Market Law Reporter*, 1989, 194, waarin werd teruggekomen op een vroeger arrest dat stelde dat een gemeenschapsrechtsconforme interpretatie was uitgesloten wanneer de bewoordingen van een nationale wet duidelijk onverenigbaar zijn met een richtlijn.

⁵⁴ Een alternatieve benadering, die uit de erkenning van het fundamenteel recht op gelijke behandeling in een aantal internationale verdragen de rechtstreekse inroepbaarheid van dit recht afleidt, ook in horizontale situaties, werd geschetst in de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN van 30 januari 1990 in de zaak *Barber*, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, nrs. 51 e.v., i.h.b. nr. 53. Zie ook S. PRECHAL, o.c., *C.M.Rev.*, 1990, 462-465.

⁵⁵ Zie het arrest *Von Colson en Kamann*, reeds aangehaald in noot 41, r.o. 8-19.

⁵⁶ Zie het arrest van 10 juli 1990 in zaak C-326/88, *Openbaar ministerie/Hansen & Søn*, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, r.o. 17-19, en het arrest van 21 september 1989 in zaak 68/88, *Commissie/Griekenland*, *Jurispr.*, 1989, 2965, r.o. 24.

⁵⁷ Zie artikel 6 van richtlijn 76/207/EEG, artikel 6 van richtlijn 79/7/EEG, artikel 9 van richtlijn 86/613/EEG en (in meer algemene bewoordingen) artikel 6 van richtlijn 75/117/EEG.

⁵⁸ Zie het arrest *Von Colson en Kamann*, reeds aangehaald in noot 41, r.o. 22-23, bevestigd in r.o. 23 van het meteen hierna besproken arrest *Dekker*.

het discriminatieverbod een schadevergoeding toe te kennen, deze vergoeding in elk geval in een passende verhouding tot de schade moet staan; een louter symbolische schadevergoeding (zoals bv. het terugbetalen van de sollicitatiekosten) is onvoldoende⁵⁹.

13. Dat het gemeenschapsrecht in dit verband *inhoudelijke* eisen kan stellen aan het nationale recht werd op trefende wijze verduidelijkt in het recente arrest *Dekker* (1990)⁶⁰. Mevrouw Dekker was een sollicitante die door een stichting als de meest geschikte kandidaat voor een betrekking werd aangewezen, maar uiteindelijk niet in dienst werd genomen wegens het feit dat zij zwanger was. De voornaamste reden die ter rechtvaardiging van die aanwervingsweigering werd ingeroepen was dat de werkgever krachtens de toepasselijke regel van het Nederlandse sociale-zekerheidsrecht (het zgn. Ziekengeldreglement) zelf zou moeten hebben instaan voor de wettelijke vergoedingen waarop zwanere vrouwen aanspraak kunnen maken. Dekker had daarop een vordering tot schadevergoeding ingeleid, in het kader waarvan de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie richtte. De Hoge Raad wenste allereerst te vernemen of het hiervoor beschreven gedrag in overeenstemming is met de richtlijn gelijke behandeling⁶¹. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke aanwervingsweigering een directe⁶² discriminatie uitmaakt die niet kan worden gerechtvaardigd door het ernstige financiële nadeel dat de werkgever oploopt⁶³. Deze interpretatie van de richtlijn zal de Hoge Raad in staat stellen het in de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen⁶⁴ vervatte principiële discriminatieverbod te interpreteren in overeenstemming met de richtlijn gelijke behandeling. De tweede vraag van de Hoge Raad lag moeilijker. Het Gerechtshof van Amsterdam had geoordeeld dat de bewuste aanwervingsweigering weliswaar beschouwd kon worden als in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, maar dat de stichting evenwel geen «schuld» trof, wegens de ernstige financiële gevolgen die een aanwerving zou hebben (de stichting had zelfs aangevoerd dat de financiële gevolgen een hypotheek op haar voortbestaan plaatsten). Daarom vroeg de Hoge Raad of de richtlijn gelijke behandeling er zich tegen verzet dat, in het kader van een vordering tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een inbreuk op het discriminatieverbod, toepassing wordt gemaakt van een regel van nationaal recht krachtens welke zulk een vordering slechts kan worden toegewezen indien naast de inbreuk ook nog de *schuld* van de werkgever wordt aangetoond, en wanneer bovendien vaststaat dat de werkgever geen beroep kan doen op een schulduitsluitings- of rechtvaardigingsgrond. Het Hof van Justitie wees erop dat dergelijke bijkomende vereisten ernstig afbreuk zouden doen zowel aan de daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming van de personen die nadeel ondervinden van een inbreuk op het gemeenschapsrecht, als aan de afschrikkende werking van de op de inbreuk gestelde sanctie. Op

basis daarvan oordeelde het Hof dat, wanneer een Lid-Staat inbreuken op het discriminatieverbod verkiest te sanctioneren in het kader van de burgerlijke aansprakelijkheid, de inbreuk als zodanig reeds moet volstaan voor de volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd; om dezelfde reden kunnen geen eventueel in het nationaal recht voorkomende rechtvaardigingsgronden worden erkend⁶⁵.

In het arrest *Dekker* vloeien twee belangrijke doctrines samen en versterken zij elkaar: de doeltreffende handhaving van het gemeenschapsrecht vereist dat de nationale regels inzake de schadevergoeding voor onrechtmatige daad op gemeenschapsrechtsconforme wijze geïnterpreteerd worden, en wel door de ernstige financiële ontmoediging die het nationale recht oplegt t.a.v. een handelen in overeenstemming met de richtlijn (m.n. de gelijke behandeling van zwanere vrouwen in het aanwervingsproces), *niet* te aanvaarden als een schulduitsluitings- of rechtvaardigingsgrond voor de werkgever. Het gemeenschapsrecht vereist m.a.w. dat de nationale rechter toepassing maakt van een stelsel van *foutloze aansprakelijkheid*, zonder mogelijkheid van rechtvaardiging.

14. Het arrest *Dekker* betrof de vergoeding van de schade die voortvloeit uit de inbreuk op een (inroepbare) regel van een richtlijn. Een verwante (maar toch niet identieke) vraag i.v.m. schadevergoeding rijst wanneer, wegens de *Marshall*-doctrine, een door een richtlijn aan een werkgever opgelegde verplichting *niet* tegen die werkgever kan worden ingeroepen omdat de bewuste richtlijn niet of foutief in nationaal recht is omgezet⁶⁶. Een in de rechtspraak van het Hof vooralsnog onopgeloste kwestie⁶⁷ is of de staat in die omstandigheden aansprakelijk kan worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van zijn (legislatieve) fout of carentie⁶⁸.

De belangrijkste vraag in dit verband is of de aanspraak op schadevergoeding voortvloeit uit het gemeenschapsrecht, dan wel of zij enkel kan worden gebaseerd op het nationaal recht. In een andere hypothese, m.n. wanneer het gaat om de vergoeding van schade die een gevolg is van de schending van een *rechtstreeks werkende* bepaling van gemeenschapsrecht, wordt niet meer betwist dat de eerste opvatting de

⁵⁹ Zie r.o. 25 van het arrest.

⁶⁰ Hier wordt bovendien uitgegaan van de hypothese dat het hiervoor (nrs. 8-10) beschreven jurisprudentieel lapwerk geen uitkomst zal bieden.

⁶¹ Dit probleem wordt aan de orde gesteld in de zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich en Bonifaci/Italië, die het Hof in de loop van 1991 dient te behandelen. Deze zaken gaan over het verzuim van de Italiaanse staat om tijdig de nodige maatregelen te treffen om de omzetting te verzekeren van richtlijn 80/987/EEG, inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (*PB* 1980, L 283, 23), een verzuim waarvoor Italië overigens reeds werd veroordeeld door het Hof in een arrest van 2 februari 1989 (zaak 22/87, Commissie/Italië, *Jurispr.*, 1989, 143). Francovich en Bonifaci zijn werknemers van een insolvente werkgever, die hun niet-betaalde salaris wensen te verhalen op de Italiaanse staat.

⁶² De uitdrukking «legislatieve carentie» verwijst naar elke vorm van normatief optreden die geëigend is om een richtlijn ten uitvoer te leggen; een richtlijn hoeft immers niet noodzakelijk te worden omgezet d.m.v. een wet. Zie bv. het arrest van 23 mei 1985 in zaak 29/84, Commissie/Duitsland, *Jurispr.*, 1985, 1661.

⁵⁹ Zie het arrest *Von Colson en Kamann*, r.o. 23-24.

⁶⁰ Arrest van 8 november 1990 in zaak C-177/88, *Dekker/Stichting VJV-Centrum Plus*, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

⁶¹ Richtlijn 76/207/EEG, hiervoor aangehaald in noot 4.

⁶² Over het onderscheid dat het Hof maakt tussen «directe» en «indirecte» discriminaties, zie hierna, nr. 16 e.v.

⁶³ Zie r.o. 11-14 van het arrest.

⁶⁴ Wet van 1 maart 1980, *Staatsblad*, 1980, 86.

juiste is ⁶⁹. O.i. moet *in beginsel* dezelfde oplossing gelden voor de hier besproken hypothese. De niet-omzetting (of onjuiste omzetting) van een richtlijnbeveling die ertoe strekt een gemeenschapsonderdaan zekere rechten (bv. op gelijke behandeling) toe te kennen, is niet alleen een inbreuk op de door artikel 189 van het EEG-Verdrag aan de Lid-Staten opgelegde verplichting; zij heeft ook tot gevolg dat de gemeenschapsonderdaan rechten die hem krachtens het communautair recht toekomen, niet zal kunnen uitoefenen. Een dergelijke situatie is niet fundamenteel verschillend van die waarin een particulier van de overheid terugbetaling vraagt van (bv.) belastingen die werden geheven in strijd met het communautair recht: in beide situaties gaat het om de vergoeding van de schade die een particulier heeft geleden als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht door de Lid-Staat.

I.v.m. de terugvordering van onwettig geheven belastingen heeft het Hof als regel gesteld dat, zolang op het communautair vlak geen procedures bestaan, de bevoegdheids- en procedureregels van het nationale recht toepassing vinden ⁷⁰. De verwijzing naar nationaal recht is evenwel op een tweevoudige wijze gekwalificeerd: ten eerste mogen de toepasselijke regels niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen ⁷¹; ten tweede mogen de door het nationale recht opgelegde vereisten en termijnen het in de praktijk niet onmogelijk maken een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende aanspraak te handhaven ⁷². Vooral deze laatste kwalificatie lijkt van belang in de Belgische context: hoewel Belgische rechters aanvaarden dat de administratie uit hoofde van een reglementaire handeling (bv. een K.B.) aansprakelijk kan worden gesteld, wordt overheidsaansprakelijkheid uit hoofde van het optreden van de *wetgevende macht* traditioneel uitgesloten geacht ⁷³. Of deze doctrine onverkort houdbaar is ingeval de wetgevende macht een schadeverwekkende inbreuk maakt op een regel van Europees recht, is zeer de vraag: dat zou immers een

— door het gemeenschapsrecht vereiste ⁷⁴ — daadwerkelijke bescherming van de rechten van de gemeenschapsonderdanen in de weg staan. *Mutatis mutandis* kan hier verwezen worden naar het arrest *Factortame* (1990) ⁷⁵ waarin het Hof oordeelde dat, wanneer de daadwerkelijke gelding van het gemeenschapsrecht verhinderd wordt door een regel van nationaal recht (in de zaak *Factortame* ging het erom dat het Engelse *common law* de rechtbanken niet de bevoegdheid verleende om de werking van een wet bij wijze van bewarende maatregel op te schorten), op de nationale rechter de plicht rust om deze nationale regel *ter zijde te schuiven* ⁷⁶.

15. Het voorgaande betekent echter niet dat *elk* normatief optreden van een nationale overheid dat in strijd wordt bevonden met een regel van gemeenschapsrecht, *ipso facto* aanleiding zal geven tot een recht op schadevergoeding. Dat is evenmin het geval voor het normatieve optreden van de gemeenschapsinstellingen. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat wanneer vergoeding wordt gevorderd van de schade die zou zijn veroorzaakt door een normatieve handeling van een gemeenschapsinstelling waarin een economische beleidskeuze is vervat, het foutvereiste alleen dan geacht zal worden te zijn vervuld wanneer zulk een normatieve handeling een *voldoende gekwalificeerde schending* inhoudt van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel. De aansprakelijkheid van de Gemeenschapsinstelling zal dus slechts in uitzonderingsgevallen worden aanvaard, m.n. wanneer zij de grenzen van haar bevoegdheid *kennelijk en in aanzienlijke mate* heeft overschreden ⁷⁷. M.a.w. het Hof houdt rekening met de beoordelingsvrijheid die de normsteller toekomt. Dezelfde oplossing lijkt te moeten gelden wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van de *nationale* wetgevende macht wegens schending van het gemeenschapsrecht ⁷⁸.

Passen we nu het voorgaande toe op de niet of niet-correcte omzetting van een richtlijn, dan betekent dit dat in elk geval aan het foutvereiste is voldaan wanneer en voor zover een Lid-Staat geen beoordelingsvrijheid toekomt ter zake van de omzetting. Dat zal het geval zijn bij de niet- of niet-correcte omzetting van een onvoorwaardelijke en nauwkeurige bepaling van een richtlijn. Dat zal eveneens het geval zijn wanneer een (al dan niet onvoorwaardelijke en nauwkeurige) bepaling van een richtlijn *helemaal niet* in nationaal recht is omgezet. Immers, de discretie van de Lid-Staat ligt in de keuze van de omzettingsmiddelen; de omzetting binnen de gestelde termijn is evenwel een resultaatsverbintenis met betrekking waartoe de Lid-Staat geen beoordelingsvrijheid toekomt. Daarentegen lijkt er wél sprake te zijn van een zekere beoordelingsvrijheid wanneer het gaat om de omzet-

⁶⁹ Zie bv. de analyse van A. BARAV, «Damages in the Domestic Courts for Breach of Community Law by National Public Authorities», in *Non-contractual Liability of the European Communities* (red. H.G. Schermers, T. Heukels en P. Mead), 1988, 149.

⁷⁰ Zie de arresten van 16 december 1976 in zaak 33/76, *Rewe/Landwirtschaftskammer Saarland*, *Jurisp.*, 1976, 1989, r.o. 5, en in zaak 45/76, *Comet/Produktschap voor Siergewassen*, *Jurisp.*, 1976, 2043, r.o. 13.

⁷¹ Zie bv. het arrest van 27 maart 1980 in de gevoegde zaken 66, 127 en 128/79, *Italiaanse Administratie van de Staatsfinanciën/Salumi*, *Jurisp.*, 1980, 1237, r.o. 13-21.

⁷² Zie bv. het arrest van 9 november 1983 in zaak 199/82, *Administratie van de Staatsfinanciën/San Giorgio*, *Jurisp.*, 1983, 3595, r.o. 11-18.

⁷³ In de studie van M. LEROY, «La responsabilité de l'Etat législateur», *J.T.*, 1978, 321, wordt slechts één uitzondering vermeld. De immuniteit van de wetgevende macht werd tot hertoe ook aanvaard in de meeste andere Lid-Staten van de Gemeenschap. Daarover het interessante artikel van F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES en J.M. GODART, «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne», *Rev. trim. dr. europ.*, 1990, 27. Toch is er op dit gebied een zekere evolutie merkbaar. Zo heeft de Brusselse rechtbank van eerste aanleg in een (voorlopig onuitgegeven) vonnis van 9 februari 1990 de aansprakelijkheid aanvaard van de Belgische Staat uit hoofde van de niet-uitvoering van een arrest van het Hof van Justitie.

⁷⁴ Zie bv. het arrest van 9 juli 1985 in zaak 179/84, *Bozetti/Internizzi*, *Jurisp.*, 1985, 2301, r.o. 17.

⁷⁵ Arrest van 19 juni 1990 in zaak C-213/90, *Regina/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, nog niet gepubliceerd in de *Jurisp.*

⁷⁶ Zie r.o. 17-23 van het arrest. Er moet wel rekening mee worden gehouden dat het in deze zaak ging om een conflict tussen een regel van nationaal recht en een *rechtstreeks werkende* (en onroepbare) regel van gemeenschapsrecht.

⁷⁷ Zie bv. het arrest van 15 september 1982 in zaak 106/81, *Kind/EEG*, *Jurisp.*, 1982, 2885, r.o. 12, en de annotatie van K. LENAERTS in *C.M.L.Rev.*, 1983, 825.

⁷⁸ Zie A. BARAV, *o.c.*, 163-165.

ting van een richtlijnbeeping die *niet* kan worden beschouwd als onvoorwaardelijk en nauwkeurig, en dit in twee hypothesen: (i) wanneer de Lid-Staat geen specifieke omzettingsmaatregelen heeft getroffen omdat hij redelijkerwijze van mening was dat het door de richtlijn voorgeschreven resultaat reeds werd verzekerd door de bestaande bepalingen van nationaal recht of (ii) wanneer later een betwisting rijst over de verenigbaarheid van een nationale omzettingsbepaling met een bepaling van de richtlijn.

Ook wanneer het bestaan van een aansprakelijkheidsgenererende fout wordt aanvaard, blijft nog het *oorzakelijk verband* tussen fout en schade te bewijzen. Belangrijk in dit verband zal zijn of krachtens het toepasselijke nationale recht schadevergoeding verschuldigd is voor elke fout die tot het ontstaan van de schade heeft bijgedragen (ook al zijn er nog andere schadeverwekkende factoren⁷⁹), en of ook het verlies van een kans⁸⁰ voor vergoeding in aanmerking komt.

Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie

16. Er is sprake van *directe* discriminatie wanneer een verschil in behandeling is gebaseerd op het geslacht van een persoon. Er is *indirecte* discriminatie wanneer een regeling of handelwijze weliswaar niet het geslacht als onderscheidingscriterium hanteert, maar effecten sorteert die met het verboden onderscheidingscriterium samenvallen – of grosso modo samenvallen⁸¹. Indirecte discriminatie is m.a.w. enkel identificeerbaar aan de hand van de discriminerende effecten van een regeling of handelwijze.

Het onderscheid tussen beide vormen van discriminatie is van belang, omdat zij onderworpen zijn aan een verschillend juridisch regime. Directe discriminaties zullen (op voorwaarde dat zij vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 119 van het EEG-Verdrag of van een van de richtlijnen gelijke behandeling) onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, in beginsel zonder mogelijkheid van rechtvaardiging⁸². De zaken liggen anders wanneer een regeling of

praktijk een indirecte discriminatie inhoudt. In zo'n geval aanvaardt het Hof dat het verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd.

17. Recente voorbeelden van directe discriminatie in de rechtspraak van het Hof zijn te vinden in de zaak *Barber* (1990)⁸³, waarin het ging om een verschil in leeftijdsvoorwaarden tussen man en vrouw wat betreft de toekenning van een bedrijfspensioen, en in de zaken *Dekker* (1990)⁸⁴ en *Hertz* (1990)⁸⁵, waarin werd bevestigd dat een ontslag resp. een weigering tot aanwerving omdat de sollicitante zwanger is, als een directe discriminatie is te beschouwen – ook al heeft geen enkele man gesolliciteerd en ook al stelt de toepasselijke nationale regeling inzake loondervingsvergoedingen zwangerschap gelijk met *ziekte*⁸⁶. Een bijzondere vermelding verdient het arrest *Rouvroy* (1990)⁸⁷, waarin werd geoordeeld dat een uitvoeringsbepaling van het Belgische Sociaal statuut voor zelfstandigen onverenigbaar is met richtlijn 79/7/EEG, die discriminatie verbiedt o.m. wat betreft de werkingssfeer en de toelatingsvoorwaarden in een aantal takken van de sociale zekerheid. De uitvoeringsbepaling waarvan sprake hield een mogelijkheid in van bijdragevrijstelling met behoud van uitkeringsrecht voor getrouwde vrouwen, weduwen en studenten wier beroepsinkomsten beneden een bepaalde drempel vielen. Het bodemgeschil ontstond nadat een sociale kas voor zelfstandigen, in overeenstemming met die regeling, de vrijstelling weigerde aan een man. Het arrest bevestigde dat het hier om een geval van directe discriminatie ging en de man, als gevolg van de rechtstreekse werking van artikel 4 van richtlijn 79/7/EEG, aanspraak kon maken op de hiervoor beschreven preferentiële behandeling. Op te merken valt dat de Belgische preferentiële regeling niet gold voor *alle* vrouwen, en dat *sommige* mannen (m.n. in de hoedanigheid van student) er wél aanspraak op konden maken. Toch aanvaardde het Hof, in navolging van advocaat-generaal Jacobs⁸⁸ terecht het bestaan van een directe discriminatie: de regeling hield immers een principiële uitsluiting in van een bepaalde groep vanwege hun geslacht; het feit dat de regeling niet gold voor alle vrouwen en wel voor een bepaalde (uitzonderings-)categorie mannen, neemt niet weg dat de erin gehanteerde voorwaarden *geslechtsbezogen* en dus ontoelaatbaar waren⁸⁹.

paling (en in afwijking van artikel 5 van de richtlijn) nachtarbeid door vrouwen principieel mag verbieden. Zie de conclusie van advocaat-generaal TESAURO van 24 januari 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

⁸³ Reeds aangehaald in noot 22.

⁸⁴ Reeds aangehaald in noot 60.

⁸⁵ Arrest van 8 november 1990 in zaak C-179/80, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (optredend voor Hertz)/Dansk Arbejdsgiverforening, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

⁸⁶ Zie r.o. 13 en 16-17 van het arrest *Dekker*.

⁸⁷ Reeds aangehaald in noot 17.

⁸⁸ Zie zijn conclusie van 25 oktober 1990, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, i.h.b. nrs. 10 e.v.

⁸⁹ Vgl. met het arrest van 24 maart 1987 in zaak 286/85, McDermott en Cotter/Minister van Sociale Voorzorg en Attorney-General, *Jurispr.*, 1987, 1453, waar het ging om een Ierse regeling die gehuwde vrouwen een lagere werkloosheidsuitkering toekende dan gehuwde mannen en ongehuwde personen. Het arrest lijkt te suggereren dat een dergelijke regeling een *indirecte* discriminatie in-

⁷⁹ Bijvoorbeeld wanneer de schade bestaat in een met de richtlijn gelijke behandeling strijdig ontslag, een ontslag waartegen een werknemer zich niet kan verweren met een beroep op de richtlijn omdat deze niet is omgezet: in een dergelijk geval vloeit de schade voort uit het ontslag én uit het verzuim van omzetting.

⁸⁰ De redenering is hier dat, wanneer de regel van gemeenschapsrecht ingeroepen had kunnen worden, de schade mogelijkerwijze vermeden had kunnen worden: in dergelijke gevallen aanvaarden sommige rechtsstelsels het bestaan van een vergoedingsplicht die proportioneel is aan de kans dat de schade vermeden had kunnen worden.

⁸¹ Zie S. PRECHAL en N. BURROWS, o.c., 8. Voor een meer algemene analyse van de begrippen «gelijkheid» en (directe en indirecte) «discriminatie», zie K. LENAERTS, «L'égalité de traitement et droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples», te verschijnen in *Cah. Dr. eur.*, 1991, i.h.b. nrs. 10 e.v.

⁸² Bijvoorbeeld besliste het Hof in het reeds besproken arrest *Dekker* dat een directe discriminatie niet kon worden gerechtvaardigd door het ernstige financiële nadeel dat zou voortvloeien uit de naleving van het discriminatieverbod (zie hiervoor, nr. 13). Zie weliswaar artikel 2(3) van richtlijn 76/207/EEG, luidens hetwelk de richtlijn geen afbreuk doet «aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft». In zaak C-345/89 (nog aanhangig bij het Hof) staat de vraag aan de orde of een Lid-Staat op grond van deze be-

Een voorlopig nog onbesliste vraag is of het gebruik van verschillende actuariële berekeningselementen voor de berekening van bijdragen of van prestaties (bv. in een pensioenregeling) als een *directe* discriminatie is te beschouwen. Waarschijnlijk is het antwoord bevestigend: het feit dat er verschillende elementen worden gebruikt voor mannen en vrouwen betekent immers dat de berekeningsfactor voor een gegeven persoon wordt gekozen *op grond van het geslacht* van die persoon ⁹⁰.

18. De rechtspraak i.v.m. indirecte discriminatie is door het Hof van Justitie vooral uitgebouwd i.v.m. nationale regelingen inzake deeltijdse werknemers. In de meeste Lid-Staten (dat geldt ook voor België, maar in mindere mate) vertegenwoordigen vrouwen het grootste deel van deze werknemersgroep, zodat regelingen of praktijken die deeltijdse t.o.v. voltijdse werknemers benadelen, problemen doen rijzen. In het richtinggevend arrest *Bilka* (1986) ⁹¹ besliste het Hof dat een bedrijfspensioenregeling die enkel openstaat voor *voltijdse* werknemers in strijd is met artikel 119 EEG wanneer die uitsluiting een aanzienlijk groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoonde dat een dergelijke regeling haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Recente arresten hebben het *Bilka*-principe toegepast t.a.v. een Duitse wet die werkgevers verplicht het loon door te betalen bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, maar die verplichting niet instelt t.a.v. deeltijdse werknemers ⁹², t.a.v. een Nederlandse regeling die aan arbeidsongeschikt geworden werknemers een sociaal minimum garandeert, maar van dat beginsel afwijkt t.a.v. werknemers die voordien in deeltijd hebben gewerkt ⁹³ en t.a.v. een CAO voor ambtenaren die in een afvloeiingsvergoeding voorziet voor voltijdse maar niet voor deeltijdse werknemers ⁹⁴.

Zoals reeds aangegeven volstaat de vaststelling dat het door een gegeven regeling of praktijk toegekende voordeel ten goede komt aan een aanzienlijk lager percentage vrouwen dan mannen (of omgekeerd) niet om het bestaan van een discriminatie te bevestigen. Wél leidt zulk een vaststelling tot een *verschuiving van de bewijslast*: de verweerder (meestal de werkgever of de overheid) zal dienen aan te tonen, ten eerste dat het differentiële impact van de regeling of praktijk kan worden verklaard door factoren of doelstellingen die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht, en ten tweede dat de betwiste regeling geschikt en noodzakelijk is

voor het verwezenlijken van die doelstellingen. M.a.w., in welomschreven gevallen worden de discriminerende effecten gebillijkt door belangen van een hogere orde. Deze benadering roept echo's op van de zgn. *Cassis de Dijon*-rechtspraak op het gebied van het vrij verkeer van goederen: handelsbelemmeringen die voortvloeien uit de dispariteiten tussen de verschillende nationale wetgevingen komen in strijd met het verbod van artikel 30 EEG *tenzij* zij gerechtvaardigd zijn uit hoofde van een «dwingende noodzaak» ⁹⁵. Het verschil tussen beide jurisprudenties is echter dat het Hof van Justitie op het gebied van het vrij verkeer van goederen steeds zelf beslist welke rechtvaardigingsgronden aanvaardbaar zijn en welke niet. Op het gebied van de gelijke behandeling stelt het Hof zich, althans in het kader van prejudiciële procedures, tot nog toe meer tegemoetkomend op: vaak beperkt het zich ertoe te stellen dat het moet gaan om «objectief gerechtvaardigde» en «noodzakelijke» factoren of doelstellingen; de identificatie en de beoordeling ervan wordt evenwel overgelaten aan de nationale rechter. Een aantal recente arresten toont aan dat er op dit punt wel beweging zit in de rechtspraak.

19. In het arrest *Rinner-Kühn* (1989) ⁹⁶ had de Duitse regering voor het Hof betoogd dat de minder gunstige behandeling van deeltijdse werknemers op het stuk van ziektevergoedingen haar rechtvaardiging vond in de omstandigheid dat werknemers die minder dan een bepaald aantal uren per week werken, niet in dezelfde mate in het bedrijf zijn geïntegreerd en van het bedrijf afhankelijk zijn als andere werknemers. Het Hof verwierp deze rechtvaardigingsgrond echter uitdrukkelijk: het betoog van de Duitse regering, aldus het arrest, houdt niet meer in dan generaliserende uitspraken ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers, zonder dat er objectieve criteria uit kunnen worden afgeleid die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. Weliswaar werd de mogelijkheid voor de nationale rechter opengelaten om de differentiële behandeling van deeltijdse werknemers gerechtvaardigd te achten op basis van *andere* factoren ⁹⁷. In het arrest *Ruzius-Wilbrink* (1989) ⁹⁸ stelde het Hof vast dat de enige in het bodemgeschil aangevoerde reden ter rechtvaardiging van de minder gunstige behandeling van deeltijdse werknemers niet kon worden aanvaard, omdat die reden evengoed gold in tal van andere gevallen die echter *niet* aan de minder gunstige regeling onderworpen waren. Ook dit arrest sluit niet uit dat de nationale rechter de regeling toch nog gerechtvaardigd acht op grond van andere gronden ⁹⁹.

Minder duidelijk is het arrest *Kowalska* (1990) ¹⁰⁰ waarin eenvoudig akte wordt genomen van het door de werkgever aangevoerde motief van de uitsluiting van deeltijdse werknemers van het recht op een afvloeiingsvergoeding, en de beoordeling ervan volledig aan de nationale rechter wordt overgelaten ¹⁰¹. Toch leek de beweerde rechtvaardiging in

houdt, omdat het onderscheidingscriterium niet het geslacht maar wel de echtelijke staat is (zie r.o. 13, met verwijzing naar het arrest van 24 juni 1986 in zaak 150/85, *Drake/Chief Adjudication Officer*, *Jurispr.*, 1986, 1995).

⁹⁰ Zie D. CURTIN, «Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and *Barber*», *C.M.L.Rev.*, 1990, (475), 497-498.

⁹¹ Arrest van 13 mei 1986 in zaak 170/84, *Bilka/Weber von Hartz*, *Jurispr.*, 1986, 1607.

⁹² Zie het arrest van 13 juli 1989 in zaak 171/88, *Rinner-Kühn/FWW Spezial Gebäudereinigung*, *Jurispr.*, 1989, 2743, geannoteerd door J. Shaw in *E.L.Rev.*, 1990, 428.

⁹³ Zie het arrest van 13 december 1989 in zaak C-102/88, *Ruzius-Wilbrink/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor overheidsdiensten*, *Jurispr.*, 1989, 4311.

⁹⁴ Zie het arrest *Kowalska*, reeds aangehaald in noot 11.

⁹⁵ Zie het arrest van 20 februari 1979 in zaak 120/78, *Rewe (Cassis de Dijon)*, *Jurispr.*, 1979, 649. Daarover een eerdere bijdrage in *R.W.*, 1989-90, 197.

⁹⁶ Hiervoor aangehaald in noot 92.

⁹⁷ Zie r.o. 13-15 van het arrest.

⁹⁸ Reeds aangehaald in noot 93.

⁹⁹ Zie r.o. 16-17 van het arrest.

¹⁰⁰ Reeds aangehaald in noot 11.

¹⁰¹ Zie r.o. 14-15 van het arrest.

deze zaak niet geloofwaardiger (of minder generaliserend) dan in *Rinner-Kühn* of in *Ruzius-Wilbrink*: deeltijdse werknemers zouden, aldus de werkgever in *Kowalska*, met hun loon alleen niet kunnen zorgen voor hun eigen behoeften en die van hun familie, zodat de ratio van de afvloeiingsvergoeding, het verlenen van steun tijdens de overgangperiode waarin naar een nieuwe betrekking wordt gezocht, volgens hem niet bestond. In het recente arrest *Nimz* (1991)¹⁰² knoopte het Hof, daartoe uitgenodigd door advocaat-generaal Darmon¹⁰³, terug aan bij de uitspraken in *Rinner-Kühn* en *Ruzius-Wilbrink*. In *Nimz* stond een loonsverhogingssysteem aan de orde dat ten nadele werkte van deeltijdse werknemers en dat verdedigd werd met het argument dat voltijdse werknemers sneller ervaring en bekwaamheden zouden verwerven dan werknemers die slechts deeltijds werken. Het Hof verwierp dat argument als slechts een veralgemening t.a.v. bepaalde categorieën werknemers: ook al bestaat er een verband tussen anciënniteit en ervaring, toch kan de objectiviteit van het anciënniteitscriterium slechts geval per geval beoordeeld worden aan de hand van de concrete omstandigheden, zo bv. de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die na een zekere tijd door het vervullen van die functie wordt verworven¹⁰⁴.

Het gaat hier om een algemeen (en fundamenteel) probleem van de prejudiciële procedure: het juiste evenwicht moet worden gevonden tussen enerzijds de bevoegdheid van de nationale rechter om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving uit te leggen en anderzijds de opdracht van het Hof van Justitie de correcte en uniforme interpretatie van het gemeenschapsrecht te verzekeren. M.i. bestaat er een sterk argument voor een minder afstandelijke opstelling van het Hof: net zoals dat het geval is met de hiervoor in herinnering gebrachte rechtspraak inzake het vrij verkeer van goederen, gaat het erom te vermijden dat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in het gedrang wordt gebracht als gevolg van afwijkende beoordelingen door nationale rechters van de aanvaardbaarheid en de noodzakelijkheid van aangevoerde rechtvaardigingsgronden¹⁰⁵. Anderzijds zal het Hof, ook al heeft het op deze punten het laatste woord, terdege rekening dienen te houden met de complexiteit en de onvolledigheid van de informatie die ter beschikking staat over de feitelijke achtergrond en de mogelijke rechtvaardigingsgronden. Dergelijke «prejudiciële evenwichtsoefeningen»¹⁰⁶ zijn voor het Hof een weinig comfortabele maar niettemin essentiële opgave.

20. Het hiervoor besproken probleem rijst niet in het kader van een *rechtstreeks beroep*, omdat het Hof van Justitie dan wel bevoegd is om van de feiten kennis te nemen en de

aanvaardbaarheid van een ingeroepen rechtvaardigingsgrond te beoordelen. Een voorbeeld daarvan is de thans nog aanhangige zaak C-229/89, *Commissie/België*, waarin het gaat om de vraag of de differentiatie tussen mannelijke en vrouwelijke uitkeringsgerechtigden die vervat is in de Belgische regelingen inzake werkloosheid en ziekte- en invaliditeit, in strijd is met richtlijn 79/7/EEG, die discriminatie tussen de geslachten verbiedt op het gebied van de sociale zekerheid. De betwiste Belgische regeling deelt uitkeringsgerechtigden in drie categorieën in: (i) werknemers die met een of meer personen ten laste samenwonen (tot in 1986 «de werknemers-gezinshoofden» genoemd), (ii) alleenwonende werknemers en (iii) personen die samenwonen met iemand die over een beroeps- of vervangingsinkomen beschikt. Niet betwist is dat, rekening houdend met de hoogte en de duur van de verschillende uitkeringen en toeslagen, (i) de best vergoede categorie en (iii) de minst vergoede is. Uit door de Belgische regering overgemaakte statistieken blijkt dat categorie (i) aanzienlijk meer mannen dan vrouwen bevat, terwijl het omgekeerde geldt voor categorie (iii). De Commissie is op grond daarvan van mening dat deze regeling een (indirecte) discriminatie inhoudt tegen vrouwelijke werknemers, die geen aanspraak kan maken op een rechtvaardigingsgrond. In het middelpunt van de betwisting staat m.a.w. het rechtvaardigingsprobleem.

Een belangrijk precedent van deze zaak is het arrest *Teuling* (1987)¹⁰⁷. Daarin ging het om een stelsel van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen dat in toeslagen voorzorg voor personen met gezinslasten. In de lijn van zijn rechtspraak inzake indirecte discriminatie oordeelde het Hof dat, aangezien een aanzienlijk lager percentage vrouwen dan mannen voor de toeslagen in aanmerking kwam, een dergelijk uitkeringsstelsel in strijd is met richtlijn 79/7/EEG wanneer het geen rechtvaardiging vindt in redenen die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten. In het arrest beoordeelde het Hof ook de voor de regeling ingeroepen rechtvaardigingsgrond: de ratio van de toeslagen (die *niet* in verband stonden met voorheen genoten inkomen) bestond erin te voorkomen dat personen met gezinslasten die geen inkomen uit arbeid ter beschikking hebben, slechts een uitkering ter hoogte van het bestaansminimum zouden genieten. Het Hof achtte een dergelijke rechtvaardigingsgrond aanvaardbaar, mede op grond van de overweging dat het garanderen van een bestaansminimum een integrerend onderdeel uitmaakt van het sociale beleid van de Lid-Staten¹⁰⁸. Het liet het aan de nationale rechter over na te gaan of de verhogingen overeenkwamen met de zwaardere lasten die kostwinners in vergelijking met alleenstaanden hebben te dragen, en of zij noodzakelijk waren om dergelijke personen een toereikend bestaansminimum te garanderen¹⁰⁹.

De strekking van de Belgische uitkeringsregeling die in zaak C-229/89 aan de orde staat is minder eenduidig dan die waarover het ging in het arrest *Teuling*: enerzijds genieten alle uitkeringsgerechtigden een basisbedrag dat een bepaald percentage bedraagt van het voorheen genoten beroepsinkomen (weliswaar begrensd op een zekere hoogte); ander-

¹⁰² Reeds aangehaald in noot 21.

¹⁰³ Zie zijn conclusie van 13 november 1990, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, i.h.b. nrs. 9 e.v.

¹⁰⁴ Zie r.o. 13-14 van het arrest.

¹⁰⁵ Dit punt wordt in de context van het vrij verkeer van goederen behandeld in de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN van 22 november 1990 in zaak C-312/89, CGT/Conforama e.a. en in zaak C-332/89, Strafzaak tegen Marchandise e.a., nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, i.h.b. nrs. 7 e.v.

¹⁰⁶ De uitdrukking is ontleend aan K. LENAERTS, «Toegewezen bevoegdheden en prejudiciële evenwichtsoefeningen in de rechtsorde van de Europese Gemeenschap. Een perspectiefbeeld», *R.W.*, 1983-84, 130.

¹⁰⁷ Arrest van 11 juni 1987 in zaak 30/85, *Teuling/Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie*, *Jurispr.*, 1987, 2497.

¹⁰⁸ Zie r.o. 11-17 van het arrest.

¹⁰⁹ Zie r.o. 19 van het arrest.

zijds worden de uitkeringen gemoduleerd (door het toekennen van toeslagen, het begrenzen van de duur van bepaalde uitkeringen en het toekennen van een soort van «minimum-toeslag»), wat resulteert in de hiervoor aangegeven differentiatie. Naar de mening van de Commissie kan een uitkeringsstelsel dat *de facto* ten nadele van vrouwen werkt, *enkel* in overeenstemming worden geacht met richtlijn 79/7/EEG wanneer de differentiatie in de uitkeringen noodzakelijk is om een bestaansminimum te verzekeren; zij verzoekt het Hof dan ook de Belgische regeling te veroordelen. Advocaat-generaal Darmon is het evenwel niet eens met de Commissie ¹¹⁰: volgens hem kan een stelsel waarvan de uitkeringen rekening houden met het voorheen genoten inkomen wel degelijk aan het discriminatieverbod ontsnappen wanneer de toeslagen (die aan de basis liggen van de discriminerende effecten) overeenkomen met de bijkomende kosten die voortvloeien uit de aanwezigheid van een echtgenoot/echtgenote en/of kinderen ten laste ¹¹¹. Dat volgt naar zijn mening uit het gegeven dat de Lid-Staten in de huidige stand van het gemeenschapsrecht bevoegd blijven om te beslissen over de *omvang* van de sociale bescherming die zij verlenen.

21. Zonder op het arrest van het Hof te willen vooruitlopen moet toch worden vastgesteld dat de conclusie van advocaat-generaal Darmon niet alle twijfels wegneemt, hoofdzakelijk wegens het hybride karakter van de Belgische regeling. Ten eerste: kunnen er in het kader van een stelsel van *vervangingsinkomens* toeslagen wegens gezinslasten worden toegekend wanneer het vroegere inkomen daar *niet* op was gebaseerd? Ten tweede: wanneer men aanneemt dat dergelijke toeslagen in principe aanvaardbaar zijn, is het dan te rechtvaardigen dat zij (grotendeels) gerelateerd zijn aan het voorheen genoten inkomen en niet aan de *werkelijke* bijkomende gezinslasten — m.a.w. zijn dergelijke toeslagen wel *noodzakelijk* om die bijkomende lasten te bestrijden? Een alternatief voor inkomensgebonden toeslagen die structureel ten nadele van vrouwelijke uitkeringsgerechtigden werken, zou bestaan in het toekennen van *forfaitaire* toeslagen (die wél in een noodzakelijkheidsverband zouden staan met de bijkomende lasten).

22. Een laatste punt dat verdient te worden vermeld, betreft de *gevolgen* van een (directe of indirecte) discriminatie. Reeds in het arrest *Defrenne II* ¹¹² onderstreepte het Hof (weliswaar in de context van artikel 119 EEG) dat de uitschakeling van discriminatie niet mocht geschieden door het «penaliseren» van de meest begunstigde groep: «wanneer men artikel 119 in verband brengt met de onderlinge aanpassing van de arbeidsvoorwaarden op de weg van de vooruitgang, (moet) de tegenwerping dat deze bepaling ook op andere wijze dan door verhoging van de laagste lonen kan worden nageleefd, van de hand (...) worden gewezen» ¹¹³. In overeenstemming daarmee werd in het arrest *FNV* (1986) ¹¹⁴ geoordeeld dat, zolang een uitkeringsregeling die mannen gunstiger behandelt dan vrouwen, niet in overeenstemming wordt gebracht met het gelijkheidsbeginsel, vrouwen recht

hebben op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren. Immers, zolang die uitkeringsregeling niet is aangepast aan de eisen van het gemeenschapsrecht, blijft zij het enig bruikbare referentiekader, zodat de benadeelde groep op grond van de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht aanspraak kan maken op het gunstigste regime. Wel te verstaan geldt het recht op de meest gunstige regeling met inachtneming van de verschillende situaties waarin de twee groepen zich eventueel bevinden. Zo werd in het arrest *Kowalska* (1990) ¹¹⁵ bevestigd dat deeltijdwerknemers evengoed als voltijdwerknemers aanspraak konden maken op een afvloeiingsvergoeding (ten bedrage van maximaal vier maanden van het voorheen genoten salaris), maar dan wel *pro rata* van de door hen gewerkte tijd.

Het principe van het arrest FNV, dat werd gesteld t.a.v. een uitkeringsregeling die een *directe* discriminatie inhield, werd uitgewerkt in een drietal recente arresten van het Hof. In het arrest *Ruzius-Wilbrink* (1989) ¹¹⁶ werd uitgemaakt dat dit principe evengoed geldt in het geval van een *indirect* discriminerende uitkeringsregeling ¹¹⁷. In het arrest *Kowalska* (1990) ¹¹⁸ werd geoordeeld dat de aanspraak op het meest gunstige regime eveneens geldt wanneer de (indirecte) discriminatie niet voortvloeit uit een regeling inzake sociale zekerheid, maar uit een collectieve arbeidsovereenkomst — althans wanneer het gaat om een bepaling van deze overeenkomst die onder het verbod van artikel 119 komt ¹¹⁹. In het arrest *Cotter en Mc Dermott* (1991) ¹²⁰ ten slotte oordeelde het Hof, in verband met de toekenning van bepaalde sociale zekerheidstoelagen, dat een navordering die voortvloeit uit de aanspraak op het meest gunstige regime, moet worden toegekend zelfs wanneer dat tot gevolg zou hebben dat de bewuste toeslagen in bepaalde gezinnen zowel aan de man als aan de vrouw zouden worden toegekend ¹²¹. Evenmin kan zulk een navordering worden afgewezen op basis van nationaalrechtelijke regelen zoals die i.v.m. de verrijking zonder oorzaak; anders redeneren zou ertoe leiden dat een Lid-Staat voordeel haalt uit zijn eigen wederrechtelijk gedrag ¹²².

Bewijs van loondiscriminaties in de arbeidsverhouding

23. Hoewel het geen twijfel lijdt dat artikel 119 (als verduidelijkt door richtlijn 75/117/EEG inzake gelijke beloning)

¹¹⁵ Reeds aangehaald in noot 11.

¹¹⁶ Reeds aangehaald in noot 93.

¹¹⁷ Zie r.o. 20 van het arrest.

¹¹⁸ Reeds aangehaald in noot 11.

¹¹⁹ Zie r.o. 20 van het arrest en de conclusie van advocaat-generaal DARMON, nr. 20. Zie ook het arrest *Nimz*, reeds aangehaald in noot 21, r.o. 16-21. In *Kowalska* en *Nimz* ging het telkens om een «verticale» situatie (de werkgever was een overheidsorgaan), maar de toepasselijkheid van het ook horizontaal rechtstreeks werkende artikel 119 EEG impliceert dat de in deze arresten gegeven oplossing eveneens zal gelden voor collectieve arbeidsovereenkomsten in de privé-sector.

¹²⁰ Arrest van 13 maart 1991, zaak C-377/89, Cotter en Mc Dermott/Minister for Social Welfare en Attorney General, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

¹²¹ Zie r.o. 14-22 van het arrest.

¹²² Zie r.o. 23-27 van het arrest.

¹¹⁰ Zie zijn conclusie van 20 november 1990, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

¹¹¹ Zie nrs. 14 e.v. en i.h.b. nr. 19 van zijn conclusie.

¹¹² Reeds aangehaald in noot 10.

¹¹³ R.o. 15 van het arrest.

¹¹⁴ Arrest van 4 december 1986 in zaak 71/85, Nederland/Federatie Nederlandse Vakbeweging, *Jurispr.*, 1986, 3855.

ook gelijke beloning vereist voor *gelijkwaardige* arbeid, zal het bewijs van het discriminatoire karakter van een loonstelsel in praktijk vaak erg moeilijk uitvallen. Een recent arrest van het Hof van Justitie is in dit verband van groot belang. De zaak *Danfoss* (1989)¹²³ was een geding dat door de Deense Bond van handels- en kantoorpersoneel was aangespannen tegen de onderneming Danfoss, die verweten werd een beloningspraktijk te volgen die een (directe dan wel indirecte) discriminatie op grond van geslacht inhield. Danfoss betaalde aan werknemers in dezelfde loongroep hetzelfde basisloon, maar kende overeenkomstig een landelijke CAO ook individuele toeslagen toe, met name op basis van hun flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit. Uit statistische gegevens bleek nu dat binnen dezelfde loongroep het gemiddelde loon voor mannen 6,85% hoger was dan voor vrouwen. Een sluitend bewijs van de oorzaken van dit verschil en m.a.w. van het eventuele bestaan van een directe of een indirecte discriminatie ten nadele van vrouwelijke werknemers kon echter niet geleverd worden, wegens het volstrekt gebrek aan doorzichtigheid van het bezoldigingsstelsel. Een vrouwelijke werknemer kon immers onmogelijk de oorzaken achterhalen van voornoemd verschil in beloning, omdat zij niet wist of kon achterhalen welke toeslagcriteria t.a.v. haar en haar mannelijke collega's werden toegepast en hoe die criteria werden toegepast.

Het Hof van Justitie oordeelde dat de richtlijn gelijke beloning aldus moet worden uitgelegd, dat wanneer een onderneming een dergelijk stelsel van beloning toepast, de werkgever dient te bewijzen dat zijn beloningspraktijk niet discriminerend is, indien een vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoonde, dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager is dan die voor mannelijke werknemers. Meer bepaald zal de werkgever dienen aan te geven hoe hij de criteria voor de individuele toeslagen heeft toegepast, zodat hij genoodzaakt zal worden zijn beloningsstelsel doorzichtig te maken¹²⁴. Deze oplossing baseerde het Hof op de overweging dat, wanneer een stelsel van individuele loontoeslagen volstrekt ondoorzichtig is, vrouwelijke werknemers slechts kunnen bewijzen dat er een verschil bestaat tussen de gemiddelde beloningen. Welnu, zij zouden over geen enkel doeltreffend middel beschikken om de inachtneming van het beginsel van gelijke beloning voor de nationale rechter af te dwingen, indien dat «statistische» bewijs niet de verplichting voor de werkgever zou meebrengen om op zijn beurt te bewijzen dat zijn beloningspraktijk in werkelijkheid niet discriminerend is¹²⁵.

24. Deze omkering van de bewijslast inzake loondiscriminaties is een rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht (meer bepaald artikel 119 EEG) voortvloeiend recht. In overeenstemming daarmee benadrukt het arrest dat de werkgever

zich in de hiervoor omschreven situatie niet zal kunnen verweren met een beroep op de klassieke bewijsregels van het nationale recht. Het Hof wees in dit verband op artikel 6 van de richtlijn gelijke beloning, die de Lid-Staten de verplichting oplegt om de toepassing van het beginsel van gelijke beloning te waarborgen, en er zich van te «vergewissen» dat er doeltreffende middelen bestaan om de naleving van dit beginsel af te dwingen. Het aan deze bepaling ten grondslag liggende streven naar doeltreffendheid impliceert volgens het Hof dat de nationale bewijsregels moeten worden gewijzigd in de bijzondere situaties waarin zulks voor een doeltreffende toepassing van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk is¹²⁶. Voor het Belgisch recht impliceert dit dat de algemene regel van artikel 870 Ger.W., volgens welke iedere partij het bewijs moet leveren van feiten die zij aanvoert, desnoods ter zijde zal moeten worden geschoven¹²⁷. In een aantal gevallen zal de bewijslastomkering echter reeds mogelijk zijn op basis van artikel 871 Ger.W., dat de rechter toelaat om aan een gedingvoerende partij te bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen en/of op grond van de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve onderzoeksmaatregelen te gelasten¹²⁸ en zijn oordeel te vormen op grond van de feitelijke resultaten daarvan. Ten slotte kan eventueel ook een beroep worden gedaan op de bepalingen van een wet of zelfs een CAO die een dergelijke omkering gelast¹²⁹.

25. De in *Danfoss* aanvaarde omkering van de bewijslast als gevolg van de produktie van statistische gegevens leidt tot een versterkte slagkracht van het in artikel 119 vervatte discriminatieverbod. Wel moet goed voor ogen worden gehouden dat de regel van *Danfoss* beperkt is tot situaties waarin een onderneming een remuneratiestelsel toepast dat gekenmerkt wordt door een «volstrekt» gebrek aan ondoorzichtigheid, en waarin met betrekking tot «relatief groot aantal» loontrekkenden¹³⁰ is aangetoond dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager is dan voor mannelijke werknemers. Onduidelijk is ook of de statistische gegevens een zekere tijdsperiode moeten bestrijken vooraleer zij relevant kunnen worden geacht¹³¹. Deze problemen worden op meer integrale wijze benaderd in het op 27 mei 1988 ingediende maar nog steeds niet goedgekeurde voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning voor en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen¹³². Dit voorstel zou voor alle situaties die worden bestreken door de richtlijnen gelijke behandeling, het beginsel invoeren dat, wanneer door personen die zich benadeeld achten door een schending van het discriminatiegevoel «gronden worden aangevoerd voor een rechtsvermoeden

¹²⁶ Zie r.o. 14 van het arrest.

¹²⁷ Zie het arrest *Factortame*, reeds aangehaald in noot 75.

¹²⁸ Zie D. DE VOS, «La preuve du contraire», *J.T.*, 1990, 196, 197, met verwijzing naar Cass., 15 juni 1967, *Pas.*, 1967, I, 1228.

¹²⁹ Zie D. DE VOS, o.c., noten 20 en 21, en Arbrb. Antwerpen, 3 juni 1988, *E.W.*, 1988-89, 305, met noot M. RIGAUX en P. HUMBLET.

¹³⁰ Men kan zich daarbij afvragen of dit vereiste beoordeeld moet worden volgens de grootte van de onderneming, zodat een kleinere steekproef zou volstaan in het geval van een onderneming met weinig werknemers.

¹³¹ Zie J. SHAW, o.c., *E.L.Rev.*, 1990, (260), 265.

¹³² COM(88) 269 def., PB 1988, C 176, 5.

¹²³ Arrest van 17 oktober 1989 in zaak 109/88, Handels- og Konforfunktionærernes Forbund i Danmark/Dans Arbejdsgiverforening, optredend voor Danfoss, *Jurisp.*, 1989, 3199. Besprekingen van dit arrest die reeds verschenen: E. SZYSZCZAK, «European Court Rulings on Discrimination and Part-Time Work and the Burden of Proof in Equal Pay Claims», *Industrial Law Journal*, 1990, 114, en J. SHAW, «The burden of proof and the legality of supplementary payments in equal pay cases», *E.L.Rev.*, 1990, 260.

¹²⁴ Zie r.o. 15-16 van het arrest.

¹²⁵ Zie r.o. 13 van het arrest.

van discriminatie, de gedaagde moet bewijzen dat er niet in strijd met het beginsel van gelijkheid is gehandeld. Alle resterende twijfel wordt in het voordeel van de eisende partij uitgelegd»¹³³. Luidens artikel 3(2) van het voorstel bestaat er een «rechtsvermoeden van discriminatie» wanneer een eisende partij een feit of een aantal feiten aantoont die, zo zij niet zouden worden weerlegd, rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie zouden betekenen».

In afwachting van (of in de plaats van ?) de aanvaarding van het Commissievoorstel is het verleidelijk om de oplossing van *Danfoss* eveneens toe te passen op andere aspecten van de arbeidsrelatie dan de bezoldiging – denk bv. aan promotie- of aanwervingspraktijken. Immers, de toepasselijke richtlijnen op deze gebieden bevatten bepalingen die analoog zijn aan artikel 6 van de richtlijn gelijke beloning¹³⁴. Men moet er echter rekening mee houden dat de regels van communautair recht op dit gebied (vnl. richtlijn 76/207/EEG) als gevolg van het arrest *Marshall*¹³⁵ geen horizontale rechtstreekse werking bezitten. Bij gebreke aan omzettingbepalingen op nationaal vlak zal een eventuele toepassing per analogie van het arrest *Danfoss* t.a.v. discriminaties op het vlak van gelijke behandeling dus enkel mogelijk zijn in arbeidsrelaties met staatsorganen.

Toelaatbare en niet-toelaatbare loontoeslagcriteria

26. De door het arrest *Danfoss* geboden omkering van de bewijslast kan het bestaan van een directe discriminatie aan het licht brengen. Als daarentegen blijkt dat de (bij hypothese neutrale) *toepassing* van toeslagcriteria zoals flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit stelselmatig in het nadeel speelt van vrouwelijke werknemers (indirecte discriminatie), dan rijst de vraag in welke mate het gebruik van zulke criteria kan worden *gerechtvaardigd*. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag voor elk van voornoemde criteria afzonderlijk.

27. Wat betreft het *flexibiliteitscriterium* maakte het Hof een onderscheid tussen het geval waarin het wordt gebruikt om de kwaliteit van de door de individuele werknemer verrichte arbeid te belonen, en het geval waarin het wordt aangewend om het vermogen van de werknemer om zich aan te passen aan variabele werktijden en arbeidsplaatsen, te honoreren. In het eerste geval, aldus het Hof, is het criterium onbetwistbaar geslachtsneutraal. Wanneer de toepassing ervan leidt tot stelselmatige benadeling van vrouwelijke werknemers kan zulks derhalve enkel toe te schrijven zijn aan het feit dat de werkgever het oneigenlijk heeft gebruikt; het kan dan ook niet als rechtvaardigingsgrond worden ingeroepen¹³⁶. In het tweede geval ligt de zaak anders: het aldus uitgelegde criterium zal doorgaans mannelijke werknemers bevoordelen t.a.v. vrouwelijke werknemers. Vrouwelijke

werknemers zullen namelijk veelal nog moeten zorgen voor huishoudelijke taken en gezinsverplichtingen, en hun werktijden daarom minder gemakkelijk kunnen aanpassen. Een dergelijke indirecte discriminatie kan volgens het Hof wél worden gerechtvaardigd wanneer de aldus begrepen flexibiliteit van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden¹³⁷. Van belang is hier de term «specifiek»: generaliserende overwegingen i.v.m. het belang van «mobiliteit en paraatheid» zullen niet volstaan.

28. Het Hof aanvaardde dat gebruik van het criterium van de *beroepsopleiding* eveneens tot een indirecte discriminatie van vrouwelijke werknemers kan leiden, omdat zij minder opleidingskansen hebben gekregen of die kansen in mindere mate hebben kunnen benutten. Ook deze indirecte discriminatie kan volgens het Hof worden gerechtvaardigd wanneer de werkgever aantoont dat zij van belang is voor uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden¹³⁸.

29. Ook het gebruik van het *anciënniteitscriterium* kan volgens het Hof in het nadeel spelen van vrouwelijke werknemers, voor zover vrouwen hun intrede op de arbeidsmarkt later doen dan mannen of hun loopbaan vaker moeten onderbreken. Aangezien anciënniteit en beroepservaring evenwel hand in hand gaan en een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, aanvaardde het Hof dat de werkgever anciënniteit mag belonen *zonder* dat hij behoeft aan te tonen wat het belang ervan is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden¹³⁹.

Leeftijdscriteria in pensioenstelsels

30. In het hiervoor reeds besproken arrest *Barber* (1990)¹⁴⁰ werd bevestigd dat uitkeringen uit hoofde van bedrijfspensioenregelingen onder artikel 119 vallen, en dat een verschil in pensioenleeftijd in dergelijke regelingen een ongeoorloofde *loondiscriminatie* uitmaakt. Aan dat besluit staan volgens het Hof niet in de weg de omstandigheid dat een dergelijke regeling gedeeltelijk in de plaats treedt van de wettelijke pensioenregeling (in het bodemgeschil stond een zgn. «contracted out» regeling aan de orde)¹⁴¹, en evenmin de omstandigheid dat het verschil in leeftijd in overeenstemming is met een door de nationale wettelijke pensioen-

¹³⁷ Zie r.o. 21-22 van het arrest.

¹³⁸ Zie r.o. 23 van het arrest.

¹³⁹ Zie r.o. 24 van het arrest. Zie evenwel voor wat betreft de toepassing van dit criterium op deeltijdse werknemers, het arrest *Nimz*, hiervoor, nr. 21.

¹⁴⁰ Reeds aangehaald in noot 22.

¹⁴¹ Zie r.o. 21-30 van het arrest. In de zaak *Barber* was de pensioenregeling een zgn. «contracted out» regeling van een Brits bedrijf. Het Hof merkt op dat zij uit een afspraak tussen werkgever en werknemers voortvloeide en in geen dele door de overheid werd gefinancierd (al gaf zij wel aanleiding tot fiscale aftrekken); zij was dus te beschouwen als een element van beloning. Voorts stelde het Hof vast dat de aansluiting bij de regeling niet werd opgelegd bij wet, maar voortvloeide uit de arbeidsverhouding met een bepaalde werknemer; de beloning werd m.a.w. toegekend uit hoofde van de dienstbetrekking.

¹³³ Art. 3(1) van het voorstel, dat luidens artikel 2(2) echter niet van toepassing is op strafrechtelijke procedures.

¹³⁴ Richtlijn 76/207/EEG (reeds aangehaald in noot 4) bepaalt dat personen die menen te zijn benadeeld, het recht hebben hun «rechten voor het gerecht te doen gelden» (zie artikel 6 van de richtlijn, dat overeenkomt met artikel 6 van richtlijn 75/117/EEG waarin het luidt dat er «doeltreffende middelen» moeten bestaan om op de naleving van het beginsel van gelijke beloning toe te zien).

¹³⁵ Zie hiervoor, nr. 4.

¹³⁶ Zie r.o. 20 van het arrest.

regeling toegepast leeftijdsverschil ¹⁴². Zoals vermeld is artikel 119 EEG rechtstreeks inroepbaar, ook in horizontale situaties, zodat het gevolg van de uitspraak in *Barber* is dat, in bedrijfspensioenregelingen die een verschillende pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen inhouden, mannen voortaan om de toekenning van een bedrijfspensioen kunnen verzoeken op dezelfde leeftijd als vrouwen; immers, zolang de discriminatoire regeling blijft bestaan, kan de benadeelde groep aanspraak maken op het meest gunstige regime ¹⁴³. Maar ook mannelijke werknemers die vóór de datum van het arrest *Barber* reeds (op een latere leeftijd dan hun vrouwelijke collega's) een bedrijfspensioen kregen kunnen m.i. op basis van artikel 119 EEG een navordering instellen – althans met inachtneming van de toepasselijke verjaringstermijnen. Weliswaar heeft het Hof van Justitie de inroepbaarheid van de in *Barber* gegeven interpretatie van artikel 119 EEG in de tijd beperkt: punt 5 van het *dictum* van het arrest zegt dat de uitspraak van het Hof *niet* geldt voor «pensioenen» die werden toegekend vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van het arrest ¹⁴⁴. Hoewel het *dictum* van het arrest niet duidelijk is, blijkt deze beperking in de tijd bij aandachtige lezing van de tekst van het arrest *enkel* te gelden voor *contracted out* regelingen ¹⁴⁵, wat impliceert dat de beperking in de tijd niet geldt t.a.v. «zuiver particuliere» bedrijfspensioenregelingen, die m.a.w. onverkort aan artikel 119 EEG kunnen worden getoetst ¹⁴⁶.

De uitspraak in *Barber* houdt een impliciete ongeldigverklaring in van artikel 9(a) van richtlijn 86/378/EEG ¹⁴⁷, dat de Lid-Staten toestaat de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling uit te stellen «met betrekking tot de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd voor de toekenning van het ouderdoms- of rustpensioen en de eventuele gevolgen daarvan voor andere prestaties». Het arrest *Barber* doet eveneens twijfel rijzen over de geldigheid van een aantal andere bepalingen van richtlijn 86/378/EEG. Zo bijvoorbeeld artikel 9(2) van de richtlijn, dat een uitzondering inhoudt voor «pensioenen van nagelaten betrekkingen». Wanneer zulke pensioenen in het kader van een bedrijfsregeling worden toegekend en aldus onder het toepassingsgebied van artikel 119 EEG komen, zal deze uitzondering onverbindend zijn ¹⁴⁸. Een soortgelijke beschouwing kan worden gemaakt m.b.t. artikel 9(3) van de richtlijn, dat (tot 1999) toestaat premies of bijdragen voor mannen en vrouwen te berekenen op basis van verschillende actuariële be-

rekeningselementen. Immers, in *Barber* werd met nadruk verklaard dat, om redenen van doorzichtigheid en doeltreffende controle mogelijkheden, het in artikel 119 vervatte gelijkheidsbeginsel vereist dat het beginsel van gelijke beloning *op elk onderdeel* van de aan mannelijke en vrouwelijke werknemers toegekende beloning wordt toegepast ¹⁴⁹. Ten slotte lijkt het ook moeilijk betwistbaar dat artikel 119 van toepassing is op «facultatieve bepalingen» van ondernemings- of sectoriële regelingen die de deelnemers ervan individueel worden aangeboden ten einde hun de keuze te waarborgen van het tijdstip waarop de normale prestaties zullen ingaan (zie artikel 2(2)(d) van de richtlijn) ¹⁵⁰.

31. De uitspraak in *Barber* is m.i. ook relevant t.a.v. CAO's waarin bepalingen zijn opgenomen m.b.t. bruggpensioenen. De door de werkgever krachtens zulke CAO's bovenop de werkloosheidsuitkeringen te betalen «supplementen» moeten op grond van *Barber* immers worden aangemerkt als «beloning» in de zin van artikel 119 EEG, zodat voor mannelijke en vrouwelijke werknemers geen verschillende leeftijd kan worden gesteld vanaf welke op zulke supplementen aanspraak kan worden gemaakt. De parallel tussen zulke supplementen en de in *Barber* aan de orde staande bedrijfspensioenuitkeringen lijkt me nl. erg sterk: de supplementaire betalingen vloeien voort uit een afspraak tussen de sociale partners (nl. een CAO) en worden geheel door de werkgever (en niet door de overheid) gefinancierd ¹⁵¹; de aanspraak op die betalingen veronderstelt noodzakelijkerwijs het bestaan van een arbeidsbetrekking ¹⁵², en bovendien worden die betalingen beheerst door eigen toekenningsregels (d.w.z. de regels voor de toekenning van het «supplement» enerzijds en de werkloosheidsuitkering anderzijds zijn *autonoom* t.o.v. elkaar) ¹⁵³.

32. Blijft nog de vraag naar de toelaatbaarheid van leeftijdsdiscriminaties in het kader van *wettelijke pensioenstelsels*. In het arrest *Defrenne I* (1971) ¹⁵⁴ werd uitgemaakt dat uitkeringen in het kader van de sociale zekerheid niet te beschouwen zijn als «beloning» in de zin van artikel 119 EEG, zodat een in wettelijke pensioenstelsels vervat leeftijdsverschil niet op die basis kan worden aangevochten. Later werd richtlijn 79/7/EEG ¹⁵⁵ vastgesteld, die weliswaar discriminatie op grond van geslacht verbiedt met betrekking tot «de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen» (artikel 4, lid 1), maar de Lid-Staten toch toelaat het beginsel van gelijke behandeling *niet* toe te passen t.a.v. «de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties» (artikel 7, lid 1-a).

In België heeft echter een belangrijke evolutie plaatsgegrepen: ingevolge de wet van 20 juli 1990 «tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van

¹⁴² Zie r.o. 31-32 van het arrest. Op dit punt houdt *Barber* een impliciete herroeping in van het arrest van 16 februari 1982 in zaak 19/81, *Burton/British Railways Board*, *Jurispr.*, 1982, 555, waarin het leeftijdsverschil in een bedrijfspensioenstelsel als een «toegangsvoorwaarde» werd beschouwd die niet binnen het toepassingsgebied van artikel 119 EEG komt. Zie hierover de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN, nrs. 24 e.v.

¹⁴³ Zie de arresten besproken in nr. 22.

¹⁴⁴ Zie r.o. 40-44 van het arrest en de kritische noot van S. HONEYBALL EN J. SHAW, «Sex, law and the retiring man», *E.L.Rev.*, 1991, (47), 56-58.

¹⁴⁵ Vergelijk punt 5 van het *dictum* met r.o. 42 en 43.

¹⁴⁶ De toepasselijkheid van het discriminatieverbod van artikel 119 op dergelijke pensioenregelingen stond immers al vast sinds het arrest *Bilka* (reeds aangehaald in noot 91). In die zin ook de kritische noot van D. CURTIN, o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, (475), 485 e.v.

¹⁴⁷ Reeds aangehaald in noot 5.

¹⁴⁸ D. CURTIN o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 491-492.

¹⁴⁹ Zie r.o. 33-34 van het arrest en de analyse van D. CURTIN, o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 492-496.

¹⁵⁰ Zie D. CURTIN, o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 498-499.

¹⁵¹ Vgl. r.o. 25 van het arrest *Barber*.

¹⁵² Vgl. r.o. 26 van het arrest *Barber*.

¹⁵³ Vgl. r.o. 26 *in fine* van het arrest *Barber*.

¹⁵⁴ Arrest van 25 mei 1971 in zaak 80/70, *Defrenne/Sabena*, *Jurispr.*, 1971, 445, r.o. 7-9.

¹⁵⁵ Reeds aangehaald in noot 5.

het algemeen welzijn¹⁵⁶ hebben thans mannelijke zowel als vrouwelijke werknemers het recht om hun rustpensioen aan te vragen vanaf de leeftijd van 60 jaar. De *berekeningsregels* bleven evenwel behouden: terwijl mannen 45 loopbaan jaren dienen te bewijzen om aanspraak te kunnen maken op een volledig pensioen, hoeven vrouwen slechts 40 loopbaan jaren te bewijzen. Is dat in overeenstemming met richtlijn 79/7/EEG? De staatssecretaris van pensioenen meende van wel¹⁵⁷: volgens hem is de «pensioenleeftijd» onder de nieuwe wetgeving de *leeftijd waarop men recht heeft op een volledig pensioen* — wat ten gevolge van de geldende berekeningsregels verschillend kan zijn voor mannen en vrouwen. Een dergelijk verschil is volgens de staatssecretaris geoorloofd: aangezien richtlijn 79/7/EEG de Lid-Staten toestaat een verschillende pensioengerechtigde leeftijd in te stellen, zouden verschillen in de berekeningsregels eveneens toelaatbaar zijn. Helemaal overtuigend is die argumentatie evenwel niet. Artikel 7 van richtlijn 79/7/EEG staat de Lid-Staten vooralsnog toe een ongelijke behandeling te handhaven m.b.t. de pensioengerechtigde leeftijd (d.w.z. de leeftijd vanaf welke iedere werknemer het *recht* op een ouderdomspensioen verkrijgt, ongeacht de berekeningsregels die worden toegepast om de grootte van het pensioen te bepalen); die bepaling heeft het daarentegen *niet* over de leeftijd waarop een *bepaalde persoon* daadwerkelijk ophoudt met werken (en met pensioen *gaat*). De staatssecretaris blijkt het begrip «pensioengerechtigde leeftijd» evenwel ook te willen «individualiseren»: hij leest het als «de leeftijd waarop een bepaald persoon een voldoende aantal loopbaan jaren heeft vervuld om aanspraak te kunnen maken op een *volledig* pensioen». Deze interpretatie impliceert dat de pensioengerechtigde leeftijd voor elk individu apart moet worden bepaald, en onderstelt in feite dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG de Lid-Staten een *tweevoudige* discriminatie in hun pensioenstelsels toestaat: zij zouden niet alleen een verschillende pensioengerechtigde leeftijd (d.w.z. de leeftijd vanaf welke iedereen recht heeft op *een* pensioen) mogen vaststellen, maar zij zouden ook verschillende *berekeningswijzen* mogen toepassen voor het berekenen van de uitkeringen. In die optiek, aldus de stellingname van de staatssecretaris, stond het de Belgische wetgever, die met de wet van 20 juli 1990 slechts een eerste stap naar de verwezenlijking van het gelijkheidsbeginsel wilde zetten, vrij om één van beide discriminaties te behouden.

Ik meen echter niet dat deze opvatting in overeenstemming is met richtlijn 79/7/EEG¹⁵⁸. De belangrijkste overweging in dit verband lijkt mij te zijn dat artikel 7, lid 1-a, van de richtlijn, als uitzondering op het fundamentele gelijk-

heidsbeginsel, restrictief moet worden geïnterpreteerd¹⁵⁹. Welnu, de bewoordingen van artikel 7 zijn duidelijk: lid 1-a heeft het niet over berekeningsregels voor pensioenuitkeringen, maar staat enkel een uitzondering toe voor «de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd (...) en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor *andere* prestaties» (cursivering toegevoegd). Bovendien verbiedt de richtlijn (zie artikel 4, lid 1) juist uitdrukkelijk discriminaties m.b.t. «de berekening van de prestaties»; de enige uitzondering die de richtlijn daarop toestaat is vervat in artikel 7, lid 1-b (t.v.v. personen, meestal vrouwen, die loopbaan jaren hebben verloren omdat zij kinderen hebben opgevoed). Overigens hoeven discriminaties inzake pensioengerechtigde leeftijd niet noodzakelijk samen te gaan met discriminaties inzake berekeningsregels: in Frankrijk bv. bestond wel gedurende lange tijd een discriminatie qua pensioenleeftijd, maar nooit qua loopbaanvereisten.

Het besluit moet dan ook luiden dat discriminerende berekeningsregels uit hoofde van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG verboden zijn. Dit laatste verbod heeft sinds het verstrijken van de termijn voor de omzetting van de richtlijn (23 december 1984) rechtstreekse werking¹⁶⁰, wat m.i. inhoudt dat, ondanks de Belgische pensioenwetgeving, mannelijke pensioengerechtigde werknemers met een loopbaan van 40 jaar aanspraak kunnen maken op een volledig pensioen. Op het betoog van de staatssecretaris dat het paradoxaal zou zijn dat een wet die zich toelegt op de geleidelijke verwezenlijking van het gelijkheidsprincipe, strijdig zou worden bevonden met dat principe, kan slechts geantwoord worden dat richtlijn 79/7/EEG reeds de gelijke behandeling van mannen en vrouwen *in alle opzichten* eist, en *alleen* ter zake van de pensioengerechtigde leeftijd een tijdelijke afwijking van het gelijkheidsbeginsel gedoogt.

33. Een andere ongelijkheid die niet wordt opgeheven door de wet van 20 juli bestaat hierin, dat de sociale-zekerheidssectoren (met uitzondering van de pensioensector) ophouden vergoedingen uit te keren aan vrouwen vanaf 60 jaar (tegenover 65 jaar voor mannen). M.a.w. ook al heeft een vrouw onder de nieuwe wetgeving theoretisch het recht om haar pensioen *niet* aan te vragen wanneer zij 60 jaar wordt en (maximaal 5 jaar) verder te werken, in de praktijk zal die beslissing tot gevolg hebben dat zij gedurende haar verlengde beroepsloopbaan *niet langer beschermd wordt door de sociale zekerheid* (men denke bv. aan werkloosheids- en aan ziekte- en invaliditeitsuitkeringen...) ¹⁶¹. Het komt me voor dat ook deze discriminatie verboden wordt door richtlijn

¹⁵⁹ Zie het arrest *Marshall*, reeds aangehaald in noot 14, r.o. 36, en het arrest van 26 februari 1986, zaak 262/84, Beets-Propert, *Jurispr.*, 1986, 773, r.o. 38. De door de staatssecretaris voorgestane interpretatie van het begrip «pensioengerechtigde leeftijd» zou m.i. juist tot een ontoelaatbare uitbreiding van de aan de Lid-Staten gelaten afwijkingsmogelijkheden leiden.

¹⁶⁰ Zie het arrest *Rouvroy*, reeds aangehaald in noot 17, r.o. 12, en het arrest *FNV*, reeds aangehaald in noot 114, r.o. 24-25.

¹⁶¹ Aangezien bovendien het systeem van de «retroactieve aanvragen» (dat toestond een pensioen met retroactieve werking toe te kennen indien het werd aangevraagd binnen 12 maanden na de pensioengerechtigde leeftijd) werd afgeschaft, zou dit tot gevolg hebben dat een invalide of werkloze vrouw die vergeet haar pensioen op haar 60e verjaardag aan te vragen, gedurende een zekere periode *helemaal geen* uitkeringen zal genieten.

¹⁵⁶ B.S., 15 augustus 1990, 15.875.

¹⁵⁷ Zie het verslag namens de Commissie voor Sociale Zaken, *Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1175/7-89/90, i.h.b. op blz. 7-9; zie ook het advies van de Raad van State van 12 juni 1990.

¹⁵⁸ Klarheid in dit verband zal mogelijkerwijze door het Hof van Justitie worden geschapen in zaak C-9/91, waarin een Brits rechter de vraag heeft gesteld of een Lid-Staat die in toepassing van artikel 7 van richtlijn 79/7/EEG een verschil van vijf jaar behoudt tussen de pensioengerechtigde leeftijd van mannen en vrouwen, mannen eveneens mag verplichten vijf jaar langer te werken voor hetzelfde pensioenbedrag.

79/7/EEG. Zoals reeds is vermeld, staat artikel 7, lid 1-a, van de richtlijn weliswaar discriminaties toe wat betreft «de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties»; nu echter, zoals we hebben gezien (hiervoor, nr. 32), de pensioengerechtigde leeftijd in België is gelijkgeschakeld, zijn deze «afgeleide discriminaties» logischerwijze ook niet meer toegelaten. In plaats daarvan vindt de algemene regel van artikel 4, lid 1, van de richtlijn toepassing. Die bepaling verbiedt o.m. discriminaties m.b.t. «de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen» en m.b.t. «de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op de prestaties». Wegens de

rechtstreekse werking van het in deze bepaling vervatte discriminatieverbod kunnen vrouwen onder de huidige regeling, net zoals mannen, tot de leeftijd van 65 jaar aanspraak maken op uitkeringen.

Hans GILLIAMS ¹⁶²

¹⁶² Referendaris bij het Hof van Justitie van de E.G. Dit artikel vertolkt enkel persoonlijke standpunten. Ik ben bijzondere dank verschuldigd aan Rudi Delarue voor zijn opmerkingen en suggesties bij een eerdere versie van de tekst.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 5 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Dassesse en Simont

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Recht op uitkeringen – Arbeidsongeschiktheid – Prestaties – Weigering – Opzettelijke fout – Begrip

De prestaties van de Z.I.-uitkeringsverzekering moeten worden geweigerd wanneer de fout waardoor de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt, door de gerechtigde opzettelijk is gepleegd, ook al heeft hij de gevolgen ervan niet gewild.

N.V. S.M. t/ R.I.Z.I.V. en S.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 juni 1989 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 76bis (vroeger 70, § 3, tweede lid) van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, zoals zij is gewijzigd bij de wet van 8 juli 1987, opnieuw genummerd bij de wet van 30 december 1988 (...)

Overwegende dat krachtens artikel 1 van de wet van 8 juli 1987 tot wijziging van artikel 70, § 3, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, dat nummer 76bis van de wet van 30 december 1988 heeft gekregen, de toekenning van de in titel IV van de wet bedoelde prestaties wordt geweigerd ingeval de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een door de gerechtigde opzettelijk gepleegde fout (in het Frans: «faute provoquée délibérée»);

Overwegende dat uit die wetbepaling volgt dat de prestaties van de vergoedingsverzekering moeten worden geweig-

gerd, wanneer de fout waardoor de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt, door de gerechtigde opzettelijk (in het Frans: «intentionnellement») is gepleegd, ook al heeft hij de gevolgen ervan niet gewild;

Overwegende dat het arrest, met overneming van de redenen van het vonnis van de Correctionele Rechtbank van 30 september 1976, oordeelt dat S. «zelf, op 2 november 1972, door zijn agressieve en uitdagende houding jegens de verbruikers die zich daar bevonden en er rustig iets dronken vóór hij binnenkwam, willens de vechtpartij heeft uitgelokt waaruit de door hem geleden schade is voortgevloeid; dat kan worden volstaan met de vaststelling dat S. willens een vechtpartij heeft uitgelokt, ook al heeft hij de gevolgen ervan niet gewild, hetgeen niets ter zake doet»;

Overwegende dat het arbeidshof derhalve kennelijk oordeelt dat de vechtpartij die de verzekerde van eiser had uitgelokt, een opzettelijke fout was die tot de arbeidsongeschiktheid heeft geleid, en zijn beslissing naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 NOVEMBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont

1. Voorrechten – Saldo uit opbrengst tegeldemaking van onroerend goed – Voorrechten van art. 19 Hypw. – Belastingsschuld – 2. Huwelijksvermogensstelsels – Gemeenschappelijke schuld – In het belang van het gemeenschappelijk vermogen

1. Op het voorrecht van de fiscus (inkomstenbelastingen, B.T.W.) vindt art. 19, laatste lid, Hypw. geen toepassing. Wanneer het gaat om de verkoopprijs van de onroerende goederen,

staat de fiscus op gelijke voet met de gewone schuldeisers, als hij zich tegen hen niet kan beroepen op zijn wettelijke hypotheek.

2. In het wettelijk huwelijksvermogensstelsel is gemeenschappelijk de schuld uit hoofde van een verbintenis die door de man als hoofdelijke schuldenaar samen met een vennootschap was aangegaan, wanneer de vrouw daarmee heeft ingestemd, de oorzaak van de verbintenis te vinden was in de uitoefening van het beroep van de man, bestuurder-zaakvoerder van die vennootschap, waarin de vrouw eveneens aandelen bezat, en die persoonlijke zekerheid noodzakelijk was voor het verder blijven bestaan van de vennootschap.

Belgische Staat t/ N.V. H.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 mei 1989 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 15, 19, laatste lid, van de Hypotheekwet van 16 december 1851, 86, 87 van de wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde, 313 en 314 van het koninklijk besluit van 26 februari 1964 houdende coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, zegt dat artikel 19, in fine, van de Hypotheekwet, dat voorziet in de aanwending bij voorrang, tot voldoening van de op alle roerende goederen bevoorrechte schuldvorderingen, van het gedeelte van de prijs van de onroerende goederen dat niet is opgebruikt voor de bevoorrechte en hypothecaire schuldvorderingen, geen toepassing vindt op de op roerende goederen bevoorrechte schuldvorderingen van de Staatskas, op grond dat enerzijds uit de voorbereiding van de Hypotheekwet volgt dat deze de voorrechten van de Staatskas niet regelt, en dat anderzijds artikel 15 van voornoemde wet bepaalt dat die voorrechten bij de desbetreffende wetten worden geregeld, terwijl de fiscale teksten over die voorrechten geen bepaling als die van artikel 19, in fine, van de wet van 1851 inhouden, en uitdrukkelijk verklaren dat het voorrecht van de fiscus komt na de voorrechten bedoeld in de artikelen 19 en 20 van de Hypotheekwet, en na die vermeld in artikel 23 van boek II van het Wetboek van Koophandel; dat het arrest eraan toevoegt «dat de toepassing naar analogie van artikel 19, in fine, geen steun vindt in de zin waarin moeten worden begrepen de teksten inzake voorrechten, die strikt en dus op beperkende wijze moeten worden uitgelegd, noch vooral in de geschiedenis van de bewuste teksten»,

...

Overwegende dat, enerzijds, artikel 15, eerste lid, van de Hypotheekwet van 16 december 1851 bepaalt dat het voorrecht, verbonden aan de rechten van de Staatskas en de orde waarin het wordt uitgeoefend, geregeld worden door de desbetreffende wetten, waaruit volgt dat het voorrecht van de Staatskas niet onder de toepassing van de Hypotheekwet valt en dat ter zake moet worden teruggevallen op de bepalingen van de belastingwetten, inzonderheid, volgens de onderhavige gegevens, op de artikelen 313 en 314 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, alsmede de artikelen 86 en 87 van de wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde;

Overwegende dat de artikelen 313 en 314 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, houdende vaststelling van de grondslag en van de rang van het in het eerste lid van artikel 313 gevestigde voorrecht, niet verwijzen naar artikel 19, laatste lid, van de Hypotheekwet en geen daarmee overeenstemmende bepalingen bevatten; dat artikel 314 trouwens enkel spreekt van het voorrecht van de Staatskas dat onmiddellijk rang inneemt na die vermeld in de artikelen 19 en 20 van de wet van 16 december 1851, alsmede in artikel 23 van boek II van het Wetboek van Koophandel, waaruit blijkt dat volgens de wet het voorrecht van de fiscus geen verband houdt met die bepalingen van de Hypotheekwet; dat evenzo artikel 87 van de wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde in dezelfde bewoordingen als artikel 214 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat het bij artikel 86 van die wet vastgestelde voorrecht rang inneemt onmiddellijk na die vermeld in de artikelen 19 en 20 van de wet van 16 december 1851 en in artikel 23 van boek II van het Wetboek van Koophandel;

Overwegende dat, anderzijds, artikel 19, laatste lid, van de Hypotheekwet bepaalt dat, wanneer niet de gehele waarde van de onroerende goederen is opgebruikt voor de bevoorrechte of hypothecaire schuldvorderingen, het nog verschuldigde gedeelte van de prijs bij voorrang wordt aangewend tot voldoening van de erin vermelde schuldvorderingen; dat in die bepaling geen sprake is van het voorrecht van de Staatskas, zoals het is gevestigd bij de artikelen 313 en 314 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, alsmede bij de artikelen 86 en 87 van de wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde; dat de teksten betreffende de voorrechten eng moeten worden uitgelegd; dat bovendien het voorrecht van de Staatskas niet van dezelfde aard is als die welke vermeld zijn in artikel 19 van de Hypotheekwet;

Overwegende dat daaruit valt af te leiden dat, wanneer het gaat om de verkoopprijs van de onroerende goederen, de administratie der belastingen op gelijke voet staat met de gewone schuldeisers, als zij zich tegen hen niet kan beroepen op haar wettelijke hypotheek;

Dat het hof van beroep zodoende zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1319, 1320, 1322 en 1407 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest vaststelt dat de schuld van H. jegens verweerster een gemeenschappelijke schuld van de echtgenoten H. is en dat verweerster het gemeenschappelijk vermogen, waarvan het verkochte onroerend goed deel uitmaakt, tot waarborg heeft, op grond: «dat vaststaat dat H. bestuurder-zaakvoerder was van de N.V. S., waarin zijn vrouw ook aandelen bezat, en dat de inkomsten van hun gezin hoofdzakelijk, zoniet uitsluitend voortkwamen uit dat beroep», dat de verbintenis die jegens verweerster door H., als hoofdelijke medeschuldenaar van de vennootschap S. was aangegaan, een persoonlijke zekerheid was, in de zin van artikel 1216 van het Burgerlijk Wetboek, nu die verbintenis enkel was aangegaan tot waarborg van de voldoening door de vennootschap S. van haar eigen schuld, en dat, hoewel volgens artikel 1407 van het Burgerlijk Wetboek onder

andere eigen schulden zijn de schulden ontstaan uit een persoonlijke zekerheid door een van de echtgenoten gesteld in een ander belang dan dat van het gemeenschappelijk vermogen, echter duidelijk blijkt dat de betwiste zekerheid niet in een ander belang dan dat van het gemeenschappelijk vermogen is gesteld, aangezien «erop dient te worden gewezen, enerzijds, dat niet is betwist dat de inkomsten van het gezin hoofdzakelijk voortkwamen uit het beroepsinkomen van H.; dat anderzijds mevr. L. zich niet tegen de verrichting heeft verzet en van de in artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde vordering tot nietigverklaring uitdrukkelijk afstand heeft gedaan»,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, de appelrechter vaststelt dat de schuld van H. een persoonlijke zekerheid was, omdat ze «enkel was aangegaan tot waarborg van de voldoening door de N.V. S. van haar eigen schuld»; dat die overweging nopens het voorwerp van de door H. jegens verweerster aangegane verbintenis impliceert dat de zekerheid in het belang van de vennootschap S. is gesteld; voorts de rechter uit de enkele overwegingen dat de inkomsten van het gezin hoofdzakelijk voortkwamen uit het beroepsinkomen van H. als bestuurder-zaakvoerder van de vennootschap S. en dat mevr. L. zich niet tegen de verrichting heeft verzet en van de in artikel 224 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde vordering tot nietigheid afstand heeft gedaan, niet kon afleiden dat de persoonlijke zekerheid niet in een ander belang dan dat van het gemeenschappelijk vermogen was gesteld; daaruit volgt dat de appelrechter zijn beslissing dat de betwiste schuld als een gemeenschappelijke schuld van de echtgenoten H.-L. en niet als een eigen schuld van H. moet worden beschouwd, niet naar recht verantwoordt (schending van artikel 1407 van het Burgerlijk Wetboek);

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, blijkens de artikelen 1407 en 1408 van het Burgerlijk Wetboek, in het wettelijk huwelijksvermogensstelsel enerzijds, eigen zijn de schulden ontstaan uit een persoonlijke of zakelijke zekerheid door een der echtgenoten gesteld in een ander belang dan dat van het gemeenschappelijk vermogen, en anderzijds gemeenschappelijk zijn de schulden waarvan niet bewezen is dat zij aan een der echtgenoten eigen zijn ingevolge enige wetsbepaling;

Overwegende dat het hof van beroep, door te zeggen dat mevr. L. met de verbintenis van haar man als hoofdelijke schuldenaar van de vennootschap S. jegens de verwerende vennootschap had ingestemd, de oorzaak van die verbintenis te vinden was in de uitoefening van het beroep van Michel H., bestuurder-zaakvoerder van de vennootschap S., waarin zijn echtgenote eveneens aandelen bezat en dat die persoonlijke zekerheid noodzakelijk was voor het verder bestaan van die vennootschap, zijn beslissing dat zodanige schuld een gemeenschappelijke schuld was, naar recht verantwoordt;

...

NOOT – Zie Christine Van Heuverswyn, «De civielrechtelijke waarborgen tot inning van de personenbelasting: het voorrecht en de wettelijke hypotheek van de Schatkist», *R.W.*, 1989-1990, 833 e.v.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 3 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont

Internationaal privaatrecht – Vreemd recht – Inhoud en draagwijdte – Taak van de rechter

De rechter die beslist dat de wet van een vreemde staat toepasselijk is op de verjaring van de vordering, dient na te gaan en te bepalen wat de inhoud en de draagwijdte van die vreemde wet is.

V. t/ N.V. D.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 maart 1988 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

...

Over het derde middel: schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 5 en 870 van het Gerechtelijk Wetboek en miskenning van de algemene rechtsbeginselen inzake het ambt van de rechter, het tegensprekelijk karakter van de debatten en de eerbiediging van het recht van verdediging,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, beslist dat eisers rechtsvordering verjaard is ingevolge artikel VI van de federale Arbeidswet nr. 8 van de Verenigde Arabische Emiraten, die van kracht is in de Staat Abu Dhabi, waarvan de wet toepasselijk is op de verjaring van de genoemde rechtsvordering; dat het arrest vaststelt dat dit artikel VI een verjaringstermijn van een jaar bepaalt, te rekenen van het ontstaan van het recht waarop de rechtsvordering gegrond is, dat meer dan een jaar is verlopen tussen het ontstaan van het recht op de verschillende door eiser gevorderde bedragen en het instellen van zijn rechtsvordering op 28 oktober 1983, en dat de stuiting van de verjaring die, volgens eiser, zou volgen uit een door verweerster op 30 november 1982 opgestelde afrekening, en die een schuldbekentenis uitmaakt, niet in aanmerking kan worden genomen, op grond: «dat (eiser) met geen woord rept over de oorzaken van schorsing of stuiting in de wetgeving van het Emiraat (Abu Dhabi); dat hij zulks diende te doen aangezien hij betoogt dat de verjaring bedoeld in artikel VI van de in Abu Dhabi toepasselijke wet, is gestuit; dat (eiser) niet aantoonde dat de verjaring bepaald in voornoemd artikel VI gestuit of geschorst is»,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser bij conclusie betoogde dat de op 30 november 1982 door verweerster opgestelde afrekening een schuldbekentenis uitmaakte en bijgevolg de verjaring had gestuit;

Overwegende dat het arbeidshof, nu het beslist dat de wet van de Staat Abu Dhabi toepasselijk is op de verjaring van de vordering, dient na te gaan en te bepalen wat de inhoud en de draagwijdte van die vreemde wet is;

Dat het arrest, nu het op grond van de in het middel overgenomen redenen beslist dat eiser de oorzaken van stuiting

of schorsing die in de genoemde wet zouden bestaan, moet aantonen, het ambt van de rechter miskent en het onderzoek en de vaststelling van de inhoud en de draagwijdte van de toepasselijke wet doet afhangen van de regels inzake de bewijslast, welke regels alleen op de feiten van de zaak toepasselijk zijn;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 DECEMBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Kirkpatrick

1. Algemene rechtsbeginselen – Toepassing – 2. Mensenrechten – Middelbaar onderwijs – Kosteloosheid – Discriminatie

1. *Algemene rechtsbeginselen mogen door de rechter niet worden toegepast in een bepaalde zaak, wanneer die toepassing onverenigbaar zou zijn met de vaste wil van de wetgever.*

2. *Art. 13, lid 2, b, I.V.E.S.C.R., naar luid waarvan het middelbaar onderwijs door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs, voor een ieder beschikbaar en algemeen toegankelijk dient te worden gemaakt, heeft geen onmiddellijke gevolgen en doet aan de zijde van de justitiabelen geen individuele rechten ontstaan die de nationale rechterlijke instanties zouden moeten vrijwaren.*

Art. 63, eerste lid, van de wet van 21 juni 1985, naar luid waarvan het schoolgeld of bijkomend inschrijvingsgeld geïnd tussen 1 september 1976 en 31 december 1984, in geen geval wordt terugbetaald, bevat geen door art. 14 E.V.R.M. verboden discriminatie.

Belgische Staat en Franse Gemeenschap van België t/ N.

Gelet op het bestreden vonnis, op 1 maart 1989 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik;

...

Overwegende dat luidens artikel 63, eerste lid, van de wet van 21 juni 1985 «het schoolgeld of bijkomend inschrijvingsgeld geïnd tussen 1 september 1976 en 31 december 1984, in geen geval wordt terugbetaald»;

Overwegende dat het vonnis vaststelt dat verweerder op 10 juni 1983 het litigieuze schoolgeld heeft betaald aan het «Institut communal des industries du cuir et de l'habillement»;

Overwegende dat, volgens het vonnis, de wet van 21 juni 1985 niet mag worden toegepast, aangezien zij in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel dat de onrechtmatige verrijking verbiedt en de terugvordering van het onverschuldigd ontvangene gebiedt, en die wet indruist tegen artikel 13 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, alsook tegen artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de funda-

mentele vrijheden en artikel 2 van het aanvullend protocol nr. 1 bij dit verdrag;

Overwegende dat, enerzijds, de algemene rechtsbeginselen door de rechter in een bepaalde zaak niet mogen worden toegepast wanneer die toepassing onverenigbaar zou zijn met de vaste wil van de wetgever;

Overwegende dat, anderzijds, luidens artikel 13, lid 2, b, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten het middelbaar onderwijs, door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs, voor een ieder beschikbaar en algemeen toegankelijk dient te worden gemaakt; dat luidens artikel 2, lid 1, van het verdrag, de Staten die partij zijn bij dit verdrag zich verbinden te waarborgen dat de in dit verdrag opgesomde rechten geleidelijk, zonder discriminatie zullen kunnen worden uitgeoefend;

Dat artikel 13, lid 1, b, van het verdrag dus geen onmiddellijke gevolgen heeft en aan de zijde van de justitiabelen geen individuele rechten doet ontstaan die de nationale rechterlijke instanties zouden moeten vrijwaren;

Overwegende dat het vonnis weliswaar beslist dat eerstgenoemde eiser niet zonder het verdrag te schenden «daarop kon terugkomen»; dat evenwel reeds een wet van vóór de inwerkingtreding van het verdrag in België bepalingen bevatte die een gelijkenis vertoonden met de litigieuze bepalingen, zodat de wet van 21 juni 1985 niet minder conform het verdrag was dan de wet van vóór de inwerkingtreding van dat verdrag;

Overwegende dat ten slotte niet als een door artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden verboden discriminatie kan worden aangemerkt een verschil in behandeling van bepaalde categorieën van personen, voor zover daarvoor een objectieve en redelijke grondslag voorhanden is; dat bij deze beoordeling gelet moet worden op het doel en de gevolgen van de overwogen maatregel, alsook op het bestaan van een redelijke verhouding tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel;

Dat bij de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 juni 1985 onder meer als grond is aangevoerd dat het voordeel van kosteloos middelbaar onderwijs enkel mag worden toegekend aan de kinderen wier ouders in beginsel onderworpen zijn aan de personenbelasting en derhalve bijdragen in de begroting van Nationale Opvoeding;

Dat de bekritiseerde bepalingen van de wet van 21 juni 1985 geen door artikel 14 van het verdrag verboden discriminatie bevatten;

Dat de rechtbank haar beslissing waarbij die wet niet van toepassing wordt verklaard, niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 24 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Bützler

Paritair comité – Bevoegdheidsfeer – Criterium – Onderneming – Hoofdactiviteit

Het ressort van een paritair comité wordt in beginsel bepaald door de hoofdactiviteit van de betrokken onderneming, tenzij uit het oprichtingsbesluit een ander criterium blijkt, zoals de gewone of normale activiteit van de onderneming.

P.V.B.A. E. t/ I.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 september 1989 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen ;

...

Overwegende dat het resort van een paritair comité in beginsel wordt bepaald door de hoofdactiviteit van de betrokken onderneming, tenzij uit het oprichtingsbesluit een ander criterium blijkt, zoals de gewone of normale activiteit van de onderneming ;

Overwegende dat artikel 1, 1°, van het koninklijk besluit van 26 maart 1974 tot oprichting en tot vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het Paritair Comité voor het drukkerij-, grafische kunst- en dagbladbedrijf, als gewijzigd bij koninklijk besluit van 1 juli 1974, bepaalt dat bedoeld paritair comité bevoegd is voor «de ondernemingen met als bedrijvigheid een of meer soorten van zetten en/of drukken»;

Overwegende dat, aangezien voormeld koninklijk besluit niet bepaalt dat onder het opgerichte paritaire comité ressorteren de ondernemingen wier gewone of normale bedrijvigheid bestaat in zetten of drukken, enkel de ondernemingen waarvan de hoofdactiviteit bestaat in zetten en/of drukken, onder de bevoegdheid van het paritair comité vallen ;

Dat het arrest derhalve de beslissing dat eiseres onder het bedoelde paritair comité ressorteert, niet naar recht verantwoordt op grond dat ze als normale maar bijkomstige activiteit een soort van drukken heeft ;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 4 DECEMBER 1990

Voorzitter : de h. Lievens

Advocaten : mrs. Decramer en Werbrouck

1. Overeenkomst – Voorwaarden – Dagtekening – Bewijs – 2. Lastgeving – Vastgoedmakelaar – Kwalificatie – Gevolgen – Herroepbaarheid – Matiging loon

1. De dagtekening van een overeenkomst is geen wezenlijke voorwaarde voor het totstandkomen ervan. Ze kan in de verhouding tussen de contractanten bewezen worden door alle middelen rechtens.

2. De vastgoedmakelaar die tevens de bevoegdheid heeft om namens zijn opdrachtgever rechtshandelingen te stellen, moet worden beschouwd als een lasthebber. Hieruit vloeit voort dat het mandaat steeds herroepbaar is en dat het loon van de mandataris door de rechter kan worden gematigd.

N.V. H. t/ B. en C.

De betwisting onder partijen – gerechtelijk ingeleid door appellante als oorspronkelijke eiseres bij dagvaardingsexploot van 4 juni 1986 ter opvordering van 62.455 fr. (49.725 fr. hoofdsom, factuur nr. 224 van 30 juni 1985 + 5.271 fr. moratoire interest van 14 oktober 1985 tot 14 mei 1986 + 7.459 fr. forfaitaire schadevergoeding) – betreft in wezen de problematiek van de verbreking, door de opdrachtgever, van een makelaarsovereenkomst.

Centraal staan twee gegevens :

a) In 1985 hadden de echtgenoten A.B. en H.C. een bouwgrond te koop. Na een bezoek aan de Bouwbeurs te Roeselare (begin maart 1985) ondertekenden zij, te hunnen huize, met de heer F.W. (optredend voor de N.V. H.) een makelaarsovereenkomst waarvan het formulier de titel draagt «Opdracht tot tekoopstelling».

Dit formulier draagt nergens een datum.

Dit formulier bevat de aanduiding van de oppervlakte van de bouwgrond (884,83 m²) en de voorgestelde basisprijs (850.000 fr.).

Het gaat duidelijk om een exclusiviteitsovereenkomst, waarin, tegen betaling van een forfaitair commissieloon vastgesteld op vijf procent van de verkoopprijs (artikel 5), aan het Agentschap opdracht wordt gegeven, voor een principiële duur van twaalf maanden «lopende vanaf de datum van heden» (artikel 4) en «met uitsluiting van de opdrachtgevers» (artikel 2) gegadigden op te zoeken, de plaats te laten bezoeken, met alle gegadigden te handelen, iedere onderhandse verkoopakte te ondertekenen (artt. 2, 3 en 7) en de voorschotten op de verkoopprijs te innen (art. 2).

b) Bij brief van 5 juli 1985 laat appellante aan geïntimeerden weten : «Wij vernemen dat bovenvermelde bouwgrond werd verkocht aan de heer R.» – wat blijkens de conclusies juist is ; de prijs was 800.000 fr. – en appellante stuurt hun de commissiefactuur nr. 224 van 30 juni 1985 ten bedrage van 49.725 fr. (inclusief 17% BTW). Daar geen reactie volgt, stuurt appellante een rappelbrief op 14 oktober 1985, gevolgd door een aangetekende ingebrekestelling op 26 december 1985. Op 5 januari 1986 – blijkens de stukken is deze aangetekende brief verstuurd op 6 januari 1986 – nemen geïntimeerden stelling : zij betalen niets omdat «het door U opgemaakte kontrakt ongeldig is (geen datum)».

In het bestreden vonnis heeft de eerste rechter de stelling van geïntimeerden gevolgd ; de datering van de overeenkomst is van essentieel belang om het vertrekpunt, en dus de duur van de overeenkomst te kennen (cf. artikel 4) ; derhalve wordt de vordering ontvankelijk verklaard doch afgewezen als ongegrond, en de eiseres wordt verwezen in de kosten van het geding.

De N.V. H., appellante, voert aan dat de eerste rechter zich vergist heeft.

...

Beoordeling

1. Het «negotium» en het «instrumentum» van de overeenkomst

In afwijking van het Romeinse recht geldt in ons Burgerlijk Wetboek de regel van het consensualisme : alle contracten, waarvoor de wetgever geen bijzondere vormen bepaalt – en bijzondere vormen zijn bepaald in de zogenaamde vor-

melijke of solemnele contracten (huwelijk, schenking, hypotheekstelling enz.) – zijn consensuele contracten = de contractuele verbintenis ontstaat door de enkele wilsovereenstemming = «Solus consensus obligat»; contracten ontstaan dus door de enkele wilsovereenstemming («solo consensu»), en die toestemming kan principieel op onverschillig welke wijze worden gegeven (schriftelijk; mondeling; zelfs door gebaren, bv. het teken doen aan een taxichauffeur).

Met andere woorden, voor het ontstaan van het contract als negotium (= rechtshandeling) is een geschrift niet vereist («ad formationem»); het eventueel opgesteld geschrift dient enkel tot bewijs (= «ad probationem»).

In casu is overduidelijk dat het ontstaan van het contract tussen partijen niet geloofwaardig kan worden: er is de notitie op de bouwbeursfiche, er is de ondertekening van de tekst, en er is het metingsplan dat door geïntimeerden aan appellante werd overhandigd.

Het contract is dus op geldige wijze ontstaan, en het heeft zonder twijfel ook een geldig bestaan gehad, daar geen enkele van de vier in artikel 1108 B.W. gestelde voorwaarden (toestemming/bekwaamheid/voorwerp/oorzaak) inter partes wordt betwist.

Ongetwijfeld is het instrumentum (= het schriftelijk bewijsstuk) niet gedagtekend.

De eerste rechter meent, volkomen ten onrechte, dat aldus een essentieel element ontbreekt.

Immers, het voorliggende instrumentum is een onderhandse akte, en de vorm waarin de onderhandse akte wordt opgemaakt is in principe volkomen vrij: alleen de geschreven handtekening (die in casu niet betwist wordt) is in dit verband de enige doch essentiële voorwaarde voor de geldigheid ervan (cf. Cass., 13 november 1930, *Pas.*, 1930, I, 356).

Hoe belangrijk in feite ook, de datum van ondertekening en de plaats van ondertekening moeten niet noodzakelijk vermeld worden, tenzij een bijzondere wetgeving (bv. eigenhandig testament/wisselbrief/orderbriefje) zulks vereist (cf. De Page, III, nr. 744).

Geïntimeerden hebben nooit ingeroepen of beweerd dat de rechtstreekse verkoop, buiten tussenkomst van appellante, aan de heer R. zou zijn gebeurd buiten de opdrachtperiode van twaalf maanden; anderzijds toont appellante aan dat de voorbesprekingen hebben plaatsgehad ten tijde van de bouwbeurs te Roeselare (begin maart 1985) en reeds op 5 juli 1985 laat appellante aan geïntimeerden weten dat zij kennis heeft van de rechtstreekse verkoop, door de opdrachtgevers, aan de heer R.

Appellante toont dus, decisief hoewel indirect, aan dat de verbreking van de overeenkomst in elk geval is geschied binnen de periode van twaalf maanden. De door de eerste rechter opgeworpen moeilijkheid – het bepalen van het vertrekpunt en de duur van de overeenkomst – is in geen enkel opzicht relevant aangezien vaststaat dat de verbreking tot stand is gekomen binnen de duur van de gelding van de initiële overeenkomst.

Dus rijst de vraag naar de sanctionering van die verbreking.

2. De juridische aard van de overeenkomst

De N.V. H. is ongetwijfeld opgetreden als makelaar.

Het makelaarscontract – zijnde de overeenkomst waarbij de vastgoedhandelaar een opdracht aanvaardt (verkoop, aankoop en verhuring zijn de typische taken van de make-

larij) tegen betaling van een loon (makelaarsloon, commissieloon) – is juridisch een verbintenis om iets te doen, een wederkerig en consensueel contract (= het opmaken van een geschrift is dus geen vormvereiste, maar enkel een bewijsvoeringselement en bovendien voor de makelaar een deontologische verplichting), een inspanningsverbintenis (de makelaar waarborgt dus geen resultaat, hij verbindt er zich enkel toe zo goed mogelijk en zoveel mogelijk zich in te zetten om het resultaat te bereiken), die doorgaans intuitu personae wordt gesloten (= met inachtneming van de vakbekwaamheid van de makelaar) en die essentieel een tijdelijke overeenkomst is (het is immers ondenkbaar dat contracten die verband houden met eigendomsrechten zonder beperking in de tijd zouden worden aangegaan).

Makelaars zijn tussenpersonen in het handelsverkeer; normaliter brengen zij enkel de partijen bij elkaar en het zijn dan die partijen die dan rechtstreeks de verrichting sluiten (dat is trouwens het wezenlijk kenmerk van de makelarij, dat de makelarij onderscheidt van de commissie); daaruit volgt dat makelaars in beginsel slechts bemiddelaars zijn zonder vertegenwoordigingsrecht (cf. Cass., 31 oktober 1940, *Pas.*, 1940, I, 274).

Indien de makelaar slechts tot opdracht heeft de partijen bij elkaar te brengen (dus bv. het aanbrengen van een aspirant-koper of huurder) is het contract dat de makelaar sluit met zijn opdrachtgever(s) in beginsel een huur van diensten en kan de makelaarsovereenkomst slechts worden beëindigd hetzij door een wederzijdse toestemming, hetzij op basis van een opzegging.

Indien echter – zoals in casu (zie de artikelen 2, 3 en 7 van de overeenkomst) – de makelaar, op grond van de overeenkomst, het recht heeft om in naam én voor rekening van zijn opdrachtgever(s) rechtshandelingen te verrichten (bv. de redactie van een optie, van een koopcompromis, van een huurcontract enz.) is het makelaarscontract een lastgeving, en de makelaar mag dan nooit vergeten dat, krachtens artikel 1134, tweede lid, in fine, van het Burgerlijk Wetboek (= eenzijdige herroeping op gronden door de wet erkend), de lastgeving – die essentieel een kwestie van vertrouwen is – eenzijdig («ad nutum») door de lastgever (en ook door de lasthebber) kan worden herroepen (zie de artt. 2003 en 2004 B.W.).

Hetzelfde geldt trouwens voor een aannemingscontract (cf. artikel 1794 B.W.).

3. Het makelaarsloon

Wanneer dus de essentie van een makelaarsovereenkomst wijst in de richting van een mandaat (quod in casu) – en dus niet kan worden gekwalificeerd als een huur van diensten – kan zelfs de exclusiviteit van de opdracht (die de opdrachtgever enkel bindt in deze zin dat hij, tijdens de duur van de opdracht, met betrekking tot hetzelfde voorwerp geen andere makelaarsovereenkomst mag sluiten) de eigenaar niet verhinderen zijn eigen goed rechtstreeks te verkopen: hij stelt dan een daad die ondubbelzinnig en noodzakelijk de wil includeert tot herroeping van het mandaat.

Die herroeping van het mandaat moet echter ter kennis worden gebracht van de lasthebber (artt. 2005 en 2006 B.W.) – hetgeen in casu zeker niet is gebeurd – en verhindert uiteraard niet dat de makelaar recht heeft op loon voor de door hem gepresteerde diensten; de conventionele bepaling – in casu het vierde lid van artikel 5 – dat het commissieloon in alle geval (dus in zijn volle omvang) verschuldigd

is wanneer de opdrachtgever zelf zijn eigendom verkoopt tijdens de duur van de opdracht, moet wegens zijn overdreven karakter en zijn bestraffingsaard als een conventioneel strafbeding worden afgewezen.

Appellante roept wel in dat zij contact heeft opgenomen met gegadigden en publiciteit heeft gemaakt, maar bewijst dit niet (cf. artt. 14 en 16 van het beroepsplichtenreglement: de opdrachtgever moet daarvan kennis krijgen); dat de eigenlijke koper zou zijn aangetreden door bemiddeling van appellante wordt tegengesproken door het attest van de heer R. van 23 september 1987. Men vergeet trouwens evenmin dat de bewijslast daarvan rust op de makelaar (cf. art. 870 van het Gerechtelijk Wetboek).

Er rest dus geen andere mogelijkheid dan het toekennen van een schadevergoeding ex aequo et bono (20.000 fr., inclusief BTW).

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 17 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Trekker en Janssens

Advocaten: mrs. Maes en Vermeulen

Arbeidsovereenkomst — Einde — Overmacht — Begrip — Brand — Verzekering — Vergoeding — Weigering te investeren — Gevolg

Wanneer de werkgever, na een brand in zijn bedrijf, weigert om door middel van de brandvergoeding die hij van de verzekeraar ontving, zijn onderneming opnieuw op gang te brengen, vormt de brand in kwestie geen blijvende overmacht waardoor de geschorste arbeidsovereenkomst van een werknemer wordt beëindigd.

S. t/ V.

1. De feiten

Overwegende dat geïntimeerde, volgens schriftelijke bediendenovereenkomst van 10 juni 1980, met ingang van 1 juli 1980 als deeltijdse bediende (verkoopster) werkzaam was in de winkel uitgebaat door appellante, aansluitend op een vroegere, gelijksoortige overeenkomst tussen partijen van 1 september 1978;

Overwegende dat geïntimeerde op 1 juli 1982 technisch werkloos werd ten gevolge van een brand in de winkel waarin zij als verkoopster werkte, waarbij aanzienlijke schade werd veroorzaakt aan de winkelinstallatie en aan de in de winkel aanwezige goederen;

Overwegende dat er geen betwisting bestaat omtrent het feit dat appellante ter zake een vergoeding heeft ontvangen van de brandverzekeringsmaatschappij ten belope van 867.958 fr.; dat evenmin betwist is dat appellante de winkel op 28 april 1983 verkocht heeft voor de prijs van 1.500.000 fr.;

Overwegende dat, volgens de individuele rekening 1983, geïntimeerde in dienst is gebleven van appellante tot 31 maart 1983, weliswaar met schorsing van de uitvoering van de bediendenovereenkomst; dat in het vakantieattest, afgegeven door appellante op 25 november 1986, tevens is ver-

klaard dat geïntimeerde in dienst is gebleven tot 31 maart 1983;

2. Geen definitieve beëindiging van de bediendenovereenkomst door overmacht

Overwegende dat, zoals blijkt uit de artikelen 26, eerste lid, en 31, 5°, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, de door overmacht ontstane gebeurtenissen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet tot gevolg hebben wanneer zij slechts tijdelijk de uitvoering van de overeenkomst schorsen;

Overwegende dat brand op zichzelf geen overmacht uitmaakt; dat, opdat brand als overmacht kan worden beschouwd, er alleszins geen fout mag zijn aan de zijde van de schuldenaar en het brandrisico niet zodanig groot mag zijn geweest dat de brand niet onvoorzienbaar was; dat partijen echter desaan gaande geen stelling hebben ingenomen in hun conclusies;

Overwegende dat ter zake niet betwist wordt dat de brand in de winkel van appellante op 1 juli 1982 de verdere uitvoering van de arbeidsovereenkomst op dat ogenblik onmogelijk maakte; dat er wel betwisting bestaat tussen partijen omtrent het al dan niet tijdelijk karakter van die onmogelijkheid;

Overwegende dat in beginsel mag worden aanvaard dat de brand in de winkel van appellante, waartegen deze zich had verzekerd, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met geïntimeerde enkel tijdelijk onmogelijk maakte, dit wil zeggen totdat de winkel opnieuw ingericht was; dat de uitgekeerde verzekeringsvergoeding in beginsel bedoeld was om geïnvesteerd te worden in de vernietigde winkel en om de verhinderde bedrijfsactiviteit op relatief korte termijn te laten hervatten; dat de mogelijkheid die appellante had om de winkel met de verzekeringsvergoeding weer op te bouwen haar verhindert de brand als overmacht met definitieve gevolgen in te roepen;

Overwegende dat de voorgaande overweging niet impliceert dat appellante verplicht was de verzekeringsvergoeding opnieuw in haar bedrijf te investeren; dat echter, waar appellante na ontvangst van de verzekeringsvergoeding haar bedrijf niet opnieuw startte, maar een beroep op overmacht, de arbeidsovereenkomst beëindigde, het einde van de arbeidsovereenkomst niet veroorzaakt werd door overmacht, maar door de eigen beslissing van appellante, voortspruitend uit haar weigering de beschikbare middelen terug in haar bedrijf te investeren; dat zij alzo de arbeidsovereenkomst eenzijdig en onrechtmatig beëindigde op 31 maart 1983, nadat deze overeenkomst tevoren geschorst was in de uitvoering ervan sedert de brand op 1 juli 1982;

Overwegende dat appellante de blijvende onmogelijkheid om, na de brand van 1 juli 1982, haar winkelbedrijf opnieuw op te richten met behulp van de verzekeringsvergoeding en opnieuw te exploiteren, niet aantoonde;

Overwegende dat appellante weliswaar stelt dat zij zich reeds in maart 1982 virtueel in staat van faillissement bevond (zie de overgelegde stukken waaruit blijkt dat appellante zich in maart 1982 had moeten aanbieden bij de Dienst onderzoeken faillissement van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen) en zij dan ook verplicht was de verzekeringsvergoeding integraal aan te wenden om haar schulden ten aanzien van leveranciers te betalen, zodat er geen sprake kon zijn van een heropbouw van haar winkelbedrijf; dat zij

bovendien tot delging van een hypothecaire schuld en een belastingsschuld de winkel verkocht heeft voor 1.500.000 fr., waaruit blijkt dat de handelszaak niet totaal vernietigd was; dat hieruit blijkt dat niet de brand van 1 juli 1982 de werkelijke reden was van de definitieve stopzetting van de winkelexploitatie en van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met geïntimeerde, maar de eenzijdige beslissing van appellante, wegens haar quasi-faillissement, haar schulden te betalen door tegeldemaking van de activa van haar winkelzaak, waardoor het haar onmogelijk werd geïntimeerde verder tewerk te stellen; dat, in zoverre appellante haar toestand van quasi-faillissement als overmacht inroept, deze omstandigheid luidens artikel 26, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 in ieder geval op zichzelf geen geval van overmacht uitmaakt dat een einde maakt aan de verplichtingen der partijen;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht de stelling van appellante verworpen heeft luidens welke de arbeidsovereenkomst tussen partijen ten gevolge van overmacht was beëindigd; dat appellante, nadat de arbeidsovereenkomst tussen partijen in haar uitvoering was geschorst vanaf 1 juli 1982, eenzijdig deze overeenkomst verbroken heeft op 31 maart 1983, toen zij de beslissing had genomen de ontvangen verzekeringsvergoeding niet aan te wenden tot de heroprichting van haar winkelbedrijf, waarvoor deze vergoeding in beginsel bestemd was, maar het winkelbedrijf te verkopen om met de verzekeringsvergoeding en de opbrengst van voormelde verkoop haar schulden te delgen; dat appellante, volgens de voormelde door haar afgeleverde sociale documenten, geïntimeerde op 31 maart 1983 eenzijdig uit dienst heeft gesteld;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 28 NOVEMBER 1988

Rechter: de h. Vandorpe

Advocaten: mrs. Landuyt, Feys en Van Severen

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Ouders voor hun minderjarige kinderen – Vermoeden van aansprakelijkheid – Grondslag – Ouders uit de echt gescheiden – Vierjarig kind dat plots de rijbaan oversteeft – Tegenbewijs van fout in het toezicht door ouder bij wie het kind niet verbleef op het tijdstip van het ongeval

Het op de ouders rustende weerlegbare aansprakelijkheidsvermoeden voor de handelingen van hun minderjarige kinderen berust hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht: de aanwezigheid van beide fouten is niet vereist.

Noch de feitelijke scheiding noch de echtscheiding stellen principieel een van de ouders vrij van de op hen rustende aansprakelijkheid.

Het plotseling de rijbaan oversteken door een vierjarig kind is als een objectief onrechtmatige daad te beschouwen. De ouder bij wie het kind niet verbleef ten tijde van het ongeval, levert aldus het tegenbewijs van het op hem rustende vermoeden van fout in het toezicht.

C. t/ S.

Eiser tekent verzet aan tegen het verstekvonnis van 9 maart 1987 waarbij hij en zijn echtgenote, Marie B. *in solidum* werden veroordeeld, in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers over de persoon en de goederen van de minderjarige Kevin C. tot betaling aan verweerder van de som van 49.026 frank, te vermeerderen met de vergoedende rente vanaf 23 april 1986, de gerechtelijke rente en de gedingskosten (9.235 frank). Voormeld bedrag vertegenwoordigde de aan verweerder toekomende schadevergoeding voor de gevolgen van een verkeersongeval op 23 april 1986, waarvoor voornoemde Kevin C. aansprakelijk werd gehouden.

Eiser op verzet is van oordeel dat op grond van artikel 40.2 van het Wegverkeersreglement verweerder volledig, minstens gedeeltelijk aansprakelijk is voor het ongeval op 23 april 1986. Daarenboven beweert eiser op verzet dat hem geen enkele fout in de opvoeding, noch in het toezicht kan worden verweten. Immers, het kind verbleef op het tijdstip van de feiten bij Marie B. en haar levensgezel Eddy B.

Beoordeling

Ten onrechte beroept eiser op verzet zich op artikel 40.2 van het Wegverkeersreglement om de aansprakelijkheid, geheel of gedeeltelijk, af te schuiven op verweerder. Eiser verliest hierbij uit het oog dat verweerder wel degelijk voorzichtig was, aangezien hij een aanrijding met het kind, dat plotseling de rijbaan overstak, alsnog kon vermijden.

Het plotseling de rijbaan oversteken door een vierjarig kind is als een objectief onrechtmatige daad te beschouwen.

Eiser op verzet is de vader van Kevin C., minstens staat tot op heden de afstamming in rechte vast. Op grond van artikel 1384, tweede lid, B.W. rust zowel op de vader als op de moeder een weerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden voor de handelingen van hun minderjarige kinderen. Dit vermoeden van aansprakelijkheid berust, hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht. De aanwezigheid van beide fouten is niet vereist. De ware grond van de aansprakelijkheid van artikel 1384, tweede lid, B.W. ligt in de ouderlijke macht, waaruit dan voor de ouders de plicht tot opvoeding en toezicht voortvloeit. Noch de feitelijke scheiding, noch de echtscheiding ontheffen principieel één der ouders van zijn wettelijke aansprakelijkheid.

Bij het weerleggen van de verantwoordelijkheid hebben de ouders het recht zich op allerlei feitelijke omstandigheden te beroepen, omdat via het tegenbewijs de regel van artikel 1384, tweede lid B.W. aan de concrete situatie moet worden aangepast.

Wat het tegenbewijs van goede opvoeding betreft, moet worden vastgesteld dat uit niets blijkt dat er met dit vierjarig kind iets abnormaals aan de hand was, m.a.w. dat er zou zijn te kort geschoten in de ouderlijke opvoedingsplicht. *In casu* betreft het schuldvermoeden uitsluitend een fout in de bewaking.

Uit de feitelijke gegevens blijkt ontegenzeggelijk dat, op het tijdstip der feiten, Kevin C. uitsluitend onder het toezicht stond van Marie B. Eiser op verzet woont immers minstens sinds eind 1981 niet meer met voornoemde B. samen.

Uit het voorafgaande volgt dat eiser de objectief onrechtmatige daad van Kevin C. niet heeft kunnen beletten en hij

dientengevolge niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de schadelijke gevolgen ervan.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE KORTRIJK

4 DECEMBER 1989

Voorzitter : de h. Gyselinck

Advocaten : mrs. Biancato en Deceuninck

Handelspraktijken – Handelsbenaming – Bescherming – Verwarringsgevaar – Criteria

Voor de artt. 23, 3°, en 54 Handelspraktijkenwet komen in aanmerking om verwarringsgevaar te doen ophouden dat dreigt door het naast elkaar bestaan van op elkaar gelijkende handelsnamen.

De beoordeling van het verwarringsrisico gebeurt aan de hand van de volgende criteria : de gekozen benaming ; de afstand tussen de ondernemingen ; de aard van de uitgeoefende activiteit.

Van P. en D. t/ L.

Met dagvaarding van 11 september 1989 vorderen eisende partijen dat wij jegens verweerster een overtreding vaststellen van de artikelen 20, 3°, en 54 W.H.P. en dat wij haar bevelen daarmee op te houden onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 fr. per dag vertraging in de naleving van ons bevel tot staken, nl. elk gebruik van de handelsbenaming «Le Pacha» voor haar restaurant te M., alsook elke handelsreclame met die benaming.

Ter pleitzitting van 27 november 1989 verklaarde verweerster bij monde van haar raadsman niet te betwisten dat tweede eiser de eerste van de partijen was om voornoemde handelsbenaming te gebruiken. De anterioriteit van het gebruik staat derhalve vast.

Artikel 8 van het Unieverdrag van Parijs verplicht de aangesloten staten tot het beschermen van de handelsnaam van een onderneming, zonder verplichting van depot of inschrijving en dit onverschillig of hij al dan niet deel uitmaakt van een fabrieks- of handelsmerk. België heeft dit verdrag geratificeerd door de wet van 26 september 1974 en in ons recht komt vooral art. 20, 3°, en 54 W.H.P. in aanmerking om verwarringsgevaar te doen ophouden dat dreigt door het naast elkaar bestaan van op elkaar gelijkende handelsnamen (cf. noot Ballon, *R.W.*, 1984-85, 1937).

De mogelijkheid tot verwarring is niet afhankelijk van een al dan niet «origineel», zoniet banaal karakter van de handelsnaam. Het gaat hier immers niet over een scheppingsrecht doch over een recht van inbezitneming (cf. P. De Vroede, *T.P.R.*, 1976, 665, nr. 70, Hof Antwerpen, 3 juni 1975, *B.R.H.*, 1975, 371 + instemmende noot De Caluwé, p. 376; Hof Antwerpen, 21 januari 1980, *B.R.H.*, 1981, 321). De handelsbenaming «Le Pacha» is voldoende onderscheiden zodat het publiek deze benaming met de handelszaak van eisende partijen gaat associëren.

Anders dan voor de vordering die door de gemene rechter wordt gestoeld op grond van artikel 1382 B.W., is het bestaan van schade niet vereist voor de vordering tot staken. Artikel 20 W.H.P. is immers enerzijds een «pers se»-norm (Van den Bergh, *R.W.*, 1978-79, 1760, nr. 13). De loutere

«mogelijkheid» tot het ontstaan van verwarring anderzijds volstaat voor de toepassing van artikel 54 W.H.P. (De Caluwé, Delcorde, Leurquin, *Les pratiques du commerce*, blz. 700, nr. 623).

Het oogmerk te schaden hoeft niet te worden bewezen (cf. Hof Antwerpen, 3 juni 1975, *B.R.H.*, 1977, 119; zie ook Hof Bergen, 12 november 1979, *Ing. Conseil*, 1980, 38). Algemeen wordt aangenomen dat de overtreding van de bepalingen van de handelspraktijkenwet ook te goeder trouw kunnen worden begaan (cf. De Vroede en Ballon, *Handb. Handelspraktijken*, blz. 531, laatste alinea voor nr. 1104 met verwijzing naar menigvuldige rechtspraak in voetnoot 25).

Dat derden eventueel benamingen laten bestaan die voor hen eveneens gelijkkluidend kunnen zijn, verandert niets aan de eventuele overtreding van verweerster en kan in geen geval gelden als bevrijdingsgrond (cf. *R.C.J.B.*, 1982, 70, nr. 9, eerste alinea).

De beoordeling van het verwarringsrisico gebeurt volgens de volgende criteria (cf. Ballon, «Verwarringstichtende handelsnamen», *R.W.*, 1984-85, 1937, nr. 2, b): de gekozen benaming; de afstand tussen de ondernemingen; de aard van de uitgeoefende activiteit.

Dat er ter zake verwarringsmogelijkheid bestaat tussen beide handelsbenamingen, kan hier niet ernstig worden betwist aangezien de benaming van verweerster dezelfde is als die van eisende partijen.

M.b.t. de afstand blijkt dat beide restaurants gelegen zijn aan de grens op gelijke afstand van het dicht bevolkte centrum Roubaix – Tourcoing (± 10 km). Het publiek dat wordt aangetrokken door dergelijke Noordafrikaanse restaurants aan de grens wordt helemaal niet beïnvloed door de geringe afstand tussen beide (cf. voor restaurant : Hof Antwerpen, 4 december 1984, *R.W.*, 1984-85, 1935).

Eisende partijen tonen trouwens aan dat verweerster handelsreclame maakt in hun streek, terwijl haar bewering dat dit slechts toevallig was door niets wordt bewezen. Het euvel is trouwens hoe dan ook geschied.

Tweede eiser is ingeschreven in het handelsregister te Doornik met als opgegeven handelswerkzaamheid : «restaurant», terwijl ook verweerster als zodanig is ingeschreven te Kortrijk. De potentiële aard van de handelsactiviteit van tweede eiser is derhalve dezelfde. Beide handelszaken zijn trouwens zogenaamde Noordafrikaanse couscous-restaurants en het lokale publiek maakt daarbij niet noodzakelijk een onderscheid tussen eventuele Marokkaanse of Tunesische couscous.

Het gebruik door verweerster van dezelfde handelsbenaming kan bovendien de verwatering tot gevolg hebben van de benaming, gebruikt door tweede eiser, door een ruimere verspreiding ervan binnen een zelfde grensstreek, waaronder directe associatie van de benaming, gebruikt door tweede eiser, bij het publiek kan teloorgaan (cf. Hof Brussel, 30 november 1955, *Rev.Dr.Intell.*, 1956, 167).

Het publiek kan ook de mening toegedaan zijn dat verweerster een door eisende partijen opgerichte dochter- of zustervennootschap is met bovendien het gevaar dat de manier van handel drijven van de ene eventueel de faam van de andere in het gedrang kan brengen.

Uit het voorgaande blijkt dat de beroepsbelangen van eisende partijen kunnen worden geschaad door voornoemde met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad, zodat de overtreding van artikel 54 W.H.P. vaststaat en, gelet op de

gevoerde handelsreclame en de daaruit voortvloeiende mogelijke verwarring, is er tevens een overtreding van artikel 20, 3°, W.H.P.

De ervaring heeft uitgewezen dat een bevel tot staken, uitgevaardigd op grond van de wet op de handelspraktijken, vaak dode letter blijft indien het niet gepaard gaat met een dwangsom, welke wij te dezen om die reden begroten op 5.000 fr. per dag vertraging in de naleving van ons bevel vanaf dertig dagen, volgend op de betekening van dit vonnis. Verweerster moet immers de tijd worden gegund om zich in regel te stellen met onze beslissing.

De kosten van het geding moeten ten laste worden gelegd van verweerster die de overtreding van de wet op de handelspraktijken, zij het al dan niet te goeder trouw (zie boven) heeft gepleegd.

NOOT – Bovenstaand vonnis werd bevestigd door Hof Gent, 4 oktober 1990.

VREDEGERECHT TE DIEST

24 SEPTEMBER 1990

Rechter: de h. Tudts

Advocaten: mrs. Stevens loco Reynders

Huur – Vervreemding van het verhuurde goed – Huur met vaste dagtekening en uitzettingsclausule – Wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning

Als een huurovereenkomst met vaste dagtekening een uitzettingsclausule bevat, kan de huurder, in geval van vervreemding van het verhuurde goed, zich t.a.v. de verkrijger van dat goed niet beroepen op de verlenging van de huurovereenkomst krachtens artikel 2 van de wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning, omdat deze bepaling de artikelen 1743 e.v. B.W. niet tijdelijk heeft opgeheven of opgeschort.

F. en C. t/ J. en V.

Overwegende dat verweerders sedert 1 mei 1986 van de echtelingen Louis S. en Stephanie P. een woonhuis te Diest in huur hebben;

Dat de verhuring werd aangegaan voor 3-6-9 jaar en dat contractueel verhuurders en huurder «vooropzeg» konden geven met aangetekend schrijven minstens drie maanden vóór het verstrijken van elke driejarige periode;

Dat eisers het voormelde goed kochten van de echtelingen S.-P. en dat zulks gebeurde bij akte van mr. B., verleden op 22 maart 1990;

Dat het effectief om een verkoop gaat;

Dat eisers bij aangetekend schrijven van 22 maart 1990, verzonden op 26 maart 1990, beide verweerders verzochten hun eigendom te verlaten tegen 30 september 1990 en dat zij verweerders zodoende ruim zes maanden op voorhand verwittigden;

Dat in het huurcontract dat verweerders en de huidige verhuurders (zijnde de eisers) bindt, uitdrukkelijk het volgende is bedongen: «In geval van verkoop van het onroerend goed aan derden kan de nieuwe verhuurder een einde maken aan het huurcontract met een «vooropzeg» van drie

maanden als deze gebeurt binnen een termijn van drie maanden na de verkoopdatum en het goed door hemzelf of zijn kinderen (bedoeld is de nieuwe eigenaar) betrokken zal worden. In dit geval kan de huurder geen enkele schadevergoeding eisen van de huidige, noch van de nieuwe verhuurder»;

Overwegende dat uit het voorgaande blijkt dat partijen uitdrukkelijk hebben verwezen naar de artikelen 1743 en 1744 en volgende van het Burgerlijk Wetboek;

Dat verweerders, die inderdaad een geregistreerd huurcontract bezitten, ten onrechte het laatste lid van art. 2 van de wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning inroepen en stellen dat de eisers als nieuwe verhuurders hun huurcontract moeten naleven tot 30 september 1991 en zelfs tot 30 april 1992;

Dat zij met andere woorden stellen dat art. 2 van de wet van 22 december 1989 de artt. 1743 e.v. van het B.W. tijdelijk zou hebben afgeschaft of opgeschort;

Dat zulks uit niets blijkt;

Dat indien zulks het geval ware geweest, de wetgever dit uitdrukkelijk had moeten opnemen in art. 2 van de wet van 22 december 1989, hetgeen niet werd gedaan en waaruit zodoende volgt dat art. 1743 e.v. B.W. integraal van toepassing blijven (zie *R.W.*, nr. 27 van 3 maart 1990, blz. 899 en «De nieuwe wet op de bescherming van de gezinswoning» van prof. J. Herbots tijdens studiedagen in de K.U.L. Leuven van 23 mei 1990, en verder «De verkoop van het verhuurde goed – tegenwerpelijkheid van de verlenging en opzeg voor persoonlijk gebruik» van Dirk Meulemans tijdens dezelfde studiedagen aan de K.U. Leuven);

Dat bepaalde rechtsleer ten onrechte anders oordeelt;

Dat het mechanisme van de wet van 22 december 1989 pas in werking treedt en de wettelijke huurverlenging tot stand brengt na opzegging door de verhuurder;

Dat bij toepassing van art. 1743 B.W. degene die een verhuurde eigendom aankoopt en zich kan beroepen op een uitzettingsclausule in het huurcontract, dat zelfs geregistreerd is, juridisch geen opzegging uitbrengt, maar alleen een waarschuwing (de Franse tekst zegt duidelijk «tenu d'avertir le locataire») moet verzenden, welke daarbij voldoende op voorhand moet worden verstuurd als ter plaatse voor «opzeggingen» gebruikelijk is;

Dat art. 1748 B.W. dus zelf het fundamenteel onderscheid maakt tussen een «waarschuwing» bij toepassing van art. 1743 B.W. en een «opzegging» waarover de wet van 22 december 1989 het alleen heeft;

Dat eisers dus verkeerdelijk van «opzegging» spreken, maar dat een rechter niet gebonden is door een verkeerde juridische kwalificatie die partijen aan bepaalde rechtshandelingen of akten geven;

Dat kortom de verweerders zich *in casu* niet op de wet van 22 december 1989 op wettelijke huurverlenging kunnen beroepen;

Dat de verweerders het pand van eisers dan ook moeten ontruimen;

Dat hun evenwel voldoende tijd moet worden gegund om een ander gepast onderkomen te vinden;

Dat pas nadat verweerders het huurpand zullen hebben verlaten, kan worden uitgemaakt of zij recht hebben op de terugbetaling van de huurwaarborg;

...

NOOT – Zie in *andere* zin een nagenoeg unanieme doctrine (Hubeau, B., Lanckswert, E. en Vande Lanotte, J., *De Tijdelijke Huurwet 1990*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 32-35, nrs. 42-45; Dambre, M., «Commentaar bij de tijdelijke huurwet van 22 december 1989», *T.Vred.*, 1990, (53), 56, nr. 14; Vankerckhove, J., «La loi du 22 décembre 1989 relative à la protection du logement familial», *J.T.*, 1990, (121), 125, nr. 15; Van Oevelen, A., «De wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning (deel 2)», *T.B.B.R.*, 1990, (269), 276-277, nr. 26).

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 31 januari 1991

Pacht – Landbouwbedrijf – Bedrijfsmatige exploitatie – Voor verkoop bestemde produkten – Paardenfokkerij

Het bestreden vonnis (Rb. Bergen, 2 juni 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat ingevolge artikel 1, vervat in artikel 1 van de wet van 4 november 1969, dat is afdeling 3 van hoofdstuk II van titel VIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, pacht betrekking heeft op onroerende goederen die hoofdzakelijk in een landbouwbedrijf worden gebruikt;

«Dat het begrip landbouwbedrijf in de zin van die bepaling onderstelt, enerzijds, dat het gaat om een bedrijfsmatige exploitatie en, anderzijds, dat de produkten van het bedrijf voor verkoop bestemd zijn;

«Overwegende dat het appelgerecht, zoals blijkt uit de in het antwoord op het eerste onderdeel weergegeven vermeldingen, alleen heeft vastgesteld, enerzijds, dat de Belgische Staat in 1975 had geoordeeld dat verweerders activiteit 'onvolledig aan de landbouw was gewijd', en, anderzijds, dat verweerder het beroep van paardenfokker uitoefende, wat hij deed 'in het kader van een landbouwbedrijf waarvoor een forfaitaire aanslag per hectare werd gevestigd, en onder toezicht van het Ministerie van Landbouw'; dat het, niettegenstaande de betwistingen van de Belgische Staat, niet heeft nagegaan of verweerders activiteit in overeenstemming was met het begrip landbouwbedrijf in de zin van artikel 1 van de Pachtwet; dat het aldus zijn beslissing dat verweerder recht had op de bij artikel 46 van die wet bepaalde vergoedingen, niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: Franse Gemeenschap en Belgische Staat t/ D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 31 januari 1991

Verzekering – Motorrijtuigen – Rechtstreekse vordering van de benadeelde of van de in zijn rechten getreden persoon tegen de verzekeraar – Wet van 1 juli 1956, art. 10, toepasselijk voor de verjaring van de vordering en de stuiting – Al gaat het om een vordering ex delicto

De verzekerde van eiseres bracht bij een verkeersongeval lichamelijke schade toe aan een werknemer die daarvoor vergoed werd door verweerster, arbeidsongevallenverzekeraar. Het bestreden arrest (Hof Bergen, 23 januari 1989) oordeelt dat op de vordering van verweerster tegen eiseres de verjaringstermijn van drie jaar van art. 10 van de wet van 1 juli 1956 toepasselijk is, dat die termijn door onderhandelingen gestuit werd, dat daardoor een nieuwe termijn van drie jaar begon te lopen en dat dientengevolge de vordering van verweerster tijdig was ingesteld. Eiseres voert daartegen aan dat de verjaring van art. 26 van de wet van 17 november 1878 toegepast moet worden omdat de vordering op een misdrijf gegrond is.

«Overwegende dat naar luid van artikel 10, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, iedere uit deze wet voortvloeiende rechtsovereenkomst van de benadeelde tegen de verzekeraar verjaart door verloop van drie jaren te rekenen van het feit waaruit de schade is ontstaan; dat de uitdrukkingen 'iedere rechtsovereenkomst' en 'feit waaruit de schade is ontstaan' een algemene draagwijdte hebben en dat hun toepassing niet kan worden uitgesloten in het geval van een rechtstreekse vordering van de benadeelde wiens schade is ontstaan uit een feit dat een strafrechtelijk misdrijf is; dat dezelfde regel van toepassing is op de rechtsovereenkomst van de in de plaats van de getroffen gestelde persoon, die alleen maar diens rechtsovereenkomst uitoefent;

«Overwegende dat, ingevolge een derde lid van dat artikel, de verjaring ten opzichte van een verzekeraar wordt gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde, of degene die in zijn plaats is getreden;

«Overwegende dat het arrest, nu het op grond van de feitelijke gegevens die het vaststelt, te weten de tussen de partijen gevoerde briefwisseling, aanneemt dat de stuitende kracht van de tussen hen gevoerde onderhandelingen heeft bestaan tot de dag waarop verweerster haar rechtsovereenkomst tegen eiseres heeft ingesteld, daaruit naar recht afleidt dat die rechtsovereenkomst niet verjaard was.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaten: mrs. De Bruyn en Houtekier – In de zaak: N.V. R. t/ De S.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 februari 1991

Inkomstenbelastingen – In 1984 geheven belasting – Aanslagbiljet bezorgd op 25 juni 1985 – Bezwaar – Termijn – Uiterlijk 26 december 1985

Het bestreden arrest (Hof Luik, 12 april 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat uit het arrest blijkt dat het eerste, op 27 december 1984 afgeleverde aanslagbiljet niet regelmatig was, omdat het 'naar een verkeerd adres' was gestuurd, dat op 25 juni 1985 een tweede aanslagbiljet aan de verwerende vennootschap is bezorgd en dat verweerster, bij de ontvangst van dat tweede biljet, kennis heeft kunnen nemen van haar belastingschuld; dat het arrest oordeelt dat, 'gelet op de eigen omstandigheden van de zaak', de termijnen voor het indienen van een bezwaarschrift zijn beginnen te lopen op de

dag na de aflevering van dat tweede aanslagbiljet, dat weerster aldus een bezwaarschrift kon indienen tot 20 april 1986 en dat bijgevolg haar bezwaarschrift van 28 april 1986, dat daadwerkelijk is ontvangen op 30 april van dat jaar, ontvankelijk is;

«Overwegende dat, naar luid van artikel 272 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de bezwaarschriften op straffe van verval moeten worden ingediend uiterlijk op 30 april van het jaar dat volgt op datgene waarin de belasting is gevestigd, zonder dat de termijn nochtans minder dan zes maanden mag bedragen vanaf de datum van het aanslagbiljet of van de kennisgeving van de aanslag of vanaf de datum van de inning der belastingen op een andere wijze dan per kohier;

«Overwegende dat het hof van beroep, nu het heeft vastgesteld, enerzijds, dat de litigieuze belasting in 1984 was gevestigd, anderzijds, dat het enige regelmatige aanslagbiljet op 25 juni 1985 aan de verwerende vennootschap was bezorgd, daaruit had moeten afleiden dat zij haar bezwaarschrift uiterlijk op 26 december 1985 had moeten indienen;

«Dat het hof van beroep, nu het oordeelt dat het door weerster op 28 april 1986 ingediende bezwaarschrift ontvankelijk was, het in het middel aangewezen artikel 272 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – In de zaak: Belgische Staat t/ C.V. L.)

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van het departement rechten van de U.I.A.

Aan het nazien van het Belgisch Staatsblad van augustus 1990 verleenden hun medewerking: W. Lambrechts (coördinator), R. Janvier, J. Laenens, B. Peeters en G. Smaers

Programmawetten juli 1990

Een drietal programmawetten werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 1 augustus 1990.

1. De wet van 16 juli 1990 houdende begrotingsbepalingen bevat maatregelen die zorgen voor de uitvoering van de beslissingen die werden genomen tijdens de begrotingscontrole van februari 1990.

Zonder verder in details te treden zij toch aangestipt dat het K.B. van 25 januari 1989 betreffende de rechten bestemd om de kosten te dekken van de keuringen, gezondheidsonderzoeken en controles van slachtvlees, vlees van gevogelte en vis waarmee het Instituut voor Veterinaire Keuring belast is, werd aangevochten voor de Raad van State. Om het voortbestaan van de werking van het I.V.K. te verzekeren, heeft de wetgever het K.B. bekrachtigd. Het risico bestond dat dit K.B. zou worden vernietigd wegens miskenning van procedurevoorschriften.

2. De wet van 20 juli 1990 houdende sociale bepalingen heeft tot doel de reconversie in de psychiatrische sector te verzekeren en een reeks bepalingen van technische aard tot

stand te brengen. Deze laatste willen tegemoet komen aan opmerkingen die door het Rekenhof werden geformuleerd, of de wetgeving in overeenstemming brengen met de E.G.-reglementering en bestaande teksten technisch aanpassen om de goede uitvoering ervan te waarborgen.

3. De wet van 20 juli 1990 houdende economische en fiscale bepalingen telt drie titels. Titel I bevat de wettelijke bepalingen inzake de directe en indirecte belastingen. Zij beoogt de wettelijke bekrachtiging van de koninklijke besluiten tot verhoging van de accijnzen op benzol, minerale olie en bier, alsook de wijziging van sommige artikelen van het Wetboek van de Belasting over de Toegevoegde Waarde, van het Wetboek der met het zegel gelijkgestelde taksen, van het Wetboek der Registratie- Hypotheek- en Griffierechten, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en van het Wetboek der met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde taksen. De laatstgenoemde wijziging strekt ertoe fiscale stimuli in te voeren ter bevordering van de aankoop van katalysatoren voor voertuigen met een cilinderinhoud kleiner dan 1400 cm³ (25.000 fr.) en voor wagens met een cilinderinhoud tussen 1400 en 2000 cm³ (20.000 fr.). Het gaat om tijdelijke maatregelen tussen 1 juli 1990 en 30 juni 1992.

Titel II heeft tot doel in de wet het beginsel op te nemen van de toekenning, door de Staat, van steun, ten belope van een vooraf bepaald bedrag, aan de betalingsbalans van vreemde Staten.

Titel III bevat bepalingen van diverse aard.

W.L. en B.P.

Statuut leden griffies en parketten

De gunstige benoemingsvoorwaarden vervat in de artt. 25 en 27 van art. 4 van de overgangsbepalingen van het Gerechtelijk Wetboek waren slechts van toepassing voor personeelsleden die vóór 15 februari 1970 een ambt uitoefenden in een griffie of een parket en niet voor personeelsleden die zorgden voor de uitvoering van de administratieve taken in de rechtsprekende commissies.

De wet van 26 juli 1990 (B.S., 2 augustus 1990) wil een volledig identieke regeling invoeren voor alle personeelsleden van de griffies en parketten.

W.L.

Arbeidsrechtbank

Ingevolge de wet van 26 juli 1990 (B.S., 7 augustus 1990) moet de kamer van de arbeidsrechtbank die in de geschillen betreffende de aangelegenheden bedoeld in art. 581 Ger. W. en voor de toepassing van de in art. 583 Ger. W. bedoelde administratieve sancties op zelfstandigen uitspraak moet doen, niet meer bestaan uit twee rechters in de arbeidsrechtbank en uit één rechter in sociale zaken die benoemd is als zelfstandige. De wet beoogt inzonderheid de taak van de kleinere arbeidsgerechten te verlichten door slechts een beroep te doen op één beroepsmagistraat. Aldus kan de eventuele gerechtelijke achterstand eveneens verholpen worden (*Parl. St., Kamer*, 1988-89, 909/1). De kamer bestaat thans uit één rechter in de arbeidsrechtbank en twee rechters in sociale zaken die benoemd zijn als zelfstandigen. Het risico van partijdigheid achtte de minister van Justitie klein (bijvoorbeeld wat de administratieve geldboete betreft). De budgettaire gevolgen (met name het presentiegeld voor de

rechters in sociale zaken) leken hem vrij gering (*Parl. St., Kamer*, 1988-89, 909/2, blz. 2). Op te merken valt dat het advies van de Hoge Raad van de Middenstand zeer gunstig was (*Parl. St., Kamer*, 1988-89, 909/2, bijlage, blz. 6-8). Waarom heeft de wetgever de gelijklopende bepaling inzake het arbeidshof in art. 104, zesde lid, Ger. W. niet aangepast?

J.L.

Krijgsmacht – Personeel

Twee wetten van 21 juli 1990, beide gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 8 augustus 1990, hebben betrekking op een deel van het personeel van de Krijgsmacht.

De ene wet verplicht het Ministerie van Landsverdediging diegenen die de ouderlijke macht uitoefenen over minderjarige militairen op de hoogte te brengen ingeval deze laatst definitief van hun ambt worden ontheven.

De andere wet wijzigt art. 51 van de wet van 30 juli 1976 en strekt ertoe zwangere vrouwen vrij te stellen van afzondering in een gesloten lokaal in geval van straf of ondertoezichtplaatsing.

W.L.

Terbeschikkingstelling van de regering van recidivisten en gewoontemisdadigers

De wet van 17 juli 1990 (*B.S.*, 9 augustus 1990) wijzigt de artikelen uit de Wet Bescherming Maatschappij van 1 juli 1964 die betrekking hebben op de internering van recidivisten en gewoontemisdadigers die ter beschikking van de regering zijn gesteld. Deze wetswijziging is een rechtstreeks, zij het enigszins laat gevolg van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in *de zaak Van Droogenbroeck*, dat dateert van 24 juli 1982. In deze zaak werd de Belgische Staat veroordeeld wegens schending van art. 5.4 E.V.R.M., dat aan een ieder die van zijn vrijheid is beroofd, het recht toekent om voorziening te vragen bij de rechter, opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt indien de gevangenhouding onrechtmatig is. Aangezien de beslissing tot internering, die tot de discretionaire bevoegdheid van de minister van Justitie behoort (art. 25 W.B.M.), een administratieve beslissing is, moet de geïnterneerde de mogelijkheid hebben om zich tot een rechtbank te wenden om de regelmatigheid van zijn internering te laten toetsen. Bovendien moet de verdere handhaving van de internering, die voornamelijk afhangt van de ontwikkeling in het gedrag van de betrokkene, met redelijke tussenpozen door een rechtbank worden gecontroleerd (zie, voor een gedetailleerde bespreking van deze zaak, Lemmens, P., «De terbeschikkingstelling van de regering van recidivisten en gewoontemisdadigers», *R.W.*, 1982-83, 1072-1077).

Naast de instelling van een rechterlijke controle op de internering omschrijft de nieuwe wet uitdrukkelijk de bevoegdheden van de minister van Justitie, en worden wijzigingen aangebracht in de reeds bestaande procedure i.v.m. de ontheffing van de gevolgen van de terbeschikkingstelling van de regering.

Artikel 25 W.B.M. bepaalt uitdrukkelijk dat de *minister van Justitie* na afloop van de gevangenisstraf de keuze heeft tussen invrijheidstelling onder bepaalde voorwaarden (d.i. de vrijheid onder toezicht) of internering. De internering

kan slechts op twee gronden worden gelast (art. 25bis W.B.M.): enerzijds wanneer na afloop van de vrijheidsstraf de reclassering van de betrokkene onmogelijk blijkt te zijn; anderzijds wanneer de vrijgelaten veroordeelde een gevaar oplevert voor de maatschappij, wat o.m. kan blijken uit de niet-naleving van de opgelegde voorwaarden. De beslissing tot internering moet in concreto worden gemotiveerd, met vermelding van de feitelijke omstandigheden eigen aan het geval, en zij moet aan de betrokkene ter kennis worden gebracht d.m.v. de afgifte van een afschrift.

De geïnterneerde recidivist of gewoontemisdadiger kan jaarlijks bij de minister van Justitie een *verzoek tot invrijheidstelling* indienen (art. 25quater W.B.M.). De afwijzing van dit verzoek is onderworpen aan dezelfde materiële en formele voorwaarden als de oorspronkelijke beslissing tot internering: hetzelfde criterium (reclassering nog steeds onmogelijk) en dezelfde motiverings- en kennisgevingsplicht gelden. De minister moet beslissen binnen een maand na de indiening van het verzoek. Het overschrijden van deze termijn wordt gesanctioneerd met de invrijheidstelling van de betrokkene.

Ter uitvoering van het arrest Van Droogenbroeck voorziet de nieuwe wet vervolgens in een *rechterlijke controle op de wettigheid van de internering* die door de minister van Justitie wordt bevolen t.a.v. veroordeelden die ter beschikking van de regering zijn gesteld. Zowel tegen de oorspronkelijke beslissing tot internering (art. 25ter W.B.M.), als tegen de afwijzing van het verzoek tot invrijheidstelling (art. 25quater W.B.M.) staat beroep bij de rechter open. Een periodieke (nl. jaarlijkse) rechterlijke controle wordt dus gegarandeerd.

De procedure is geïnspireerd op de procedure inzake voorlopige hechtenis, met dit verschil dat de periodieke controle niet automatisch plaatsvindt, doch slechts op verzoek van de betrokkene. Het bevoegde rechtscollege is de *raadkamer* van de rechtbank van eerste aanleg die de T.B.R. heeft uitgesproken of die de zaak in eerste aanleg heeft behandeld. De aanvraag moet worden ingediend binnen vijftien dagen na de kennisgeving van de ministeriële beslissing. De rechtspleging voor de raadkamer verloopt volledig contradictoir: de aanvrager moet persoonlijk verschijnen en kan zich laten bijstaan door een advocaat; de aanvrager en zijn raadsman worden gehoord en zij hebben recht op inzage van het dossier gedurende ten minste vijf dagen vóór de terechtzitting. Op verzoek van de betrokkene is de terechtzitting openbaar. De raadkamer doet uitspraak binnen een maand na de indiening van de aanvraag. Opnieuw wordt de niet-naleving van deze termijn gesanctioneerd met de invrijheidstelling van de betrokkene. De termijn van een maand kan evenwel worden verlengd, hetzij door de raadkamer zelf, wanneer zij in een beschikking vaststelt dat het dossier onvolledig is, hetzij wanneer de aanvrager of zijn raadsman om uitstel verzoeken.

De raadkamer oefent enkel een *wettigheidscontrole* uit op de beslissing van de minister, geen opportuiniteitscontrole. Zowel de externe als de interne wettigheid worden echter getoetst: de raadkamer moet dus niet alleen nagaan of de vormvoorwaarden in acht genomen zijn (motiverings- en kennisgevingsplicht), zij dient eveneens te controleren of de wettelijke voorwaarden voor internering vervuld zijn en of de aangevoerde motieven werkelijk aanwezig zijn.

Tegen de beschikking van de raadkamer staat *hogere beroep* open bij de kamer van inbeschuldigingstelling binnen een

termijn van 24 uur (art. 26bis W.B.M.). De terechtzitting is openbaar indien de betrokkene hierom verzoekt. Wanneer geen uitspraak is gedaan binnen 15 dagen nadat het beroep is ingesteld, wordt de geïnterneerde in vrijheid gesteld.

Het derde deel van de nieuwe wet regelt de voorziening bij de rechter tegen de beslissing tot T.B.R. zelf (ongeacht of de betrokkene al dan niet van zijn vrijheid is beroofd), d.i. het *verzoek tot ontheffing van de gevolgen van de T.B.R.* (art. 26 W.B.M.). Volgens de oude regeling, die geïnspireerd was op de procedure inzake herstel in eer en rechten, moest de aanvraag hiertoe worden gericht tot de procureur-generaal bij het hof van beroep, die het dossier samen met zijn vorderingen aan het hof van beroep onderwierp. Om de rechtspleging enigszins te uniformiseren en ook om een dubbele aanleg mogelijk te maken, bepaalt het nieuwe art. 26 dat het bevoegde rechtscollege thans de *raadkamer* is en dat de aanvraag bijgevolg tot de procureur des Konings bij de rechtbank van eerste aanleg moet worden gericht. De zaak kan eveneens met open deuren worden behandeld, op voorwaarde dat de aanvrager hierom verzoekt. De aanvraag kan worden ingediend om de drie jaar of om de vijf jaar, al naargelang de opgelegde T.B.R. minder of meer dan tien jaar bedraagt. Voor de uitspraak is geen termijn bepaald. Wel kan tegen de beschikking van de raadkamer hoger beroep worden ingesteld bij de K.I. op grond van art. 26bis W.B.M. G.S.

De nieuwe wet inzake voorlopige hechtenis

De veroordeling van België door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Lamy heeft de discussie i.v.m. de wijziging van de Voorlopige-Hechteniswet in een stroomversnelling gebracht. In ijltempo werd een volledig nieuwe wet tot stand gebracht, waarin bijna alle aspecten van de aanhouding en voorlopige hechtenis in strafzaken worden geregeld: alleen de voorlopige hechtenis inzake douane en accijnzen en de voorlopige hechtenis van militairen en van minderjarigen maken nog het voorwerp uit van een aparte regeling. Verder worden de bepalingen inzake de vergoeding wegens onwerkdadige of onrechtmatige hechtenis uit de Voorlopige-Hechteniswet gelicht en ondergebracht in een afzonderlijke wet met het opschrift «Wet van 13 maart 1973 betreffende de vergoeding voor onwerkbare voorlopige hechtenis». Ten slotte worden een aantal materies die niet in de Voorlopige-Hechteniswet thuishoorden (zoals de delegatiebevoegdheid van de onderzoeksrechter inzake huiszoeking en het onderzoek aan het lichaam) overgeheveld naar het Wetboek van Strafvordering.

De nieuwe wet inzake de voorlopige hechtenis (W. 20 juli 1990, B.S., 14 augustus 1990, als aangevuld door de W. 28 november 1990, B.S., 1 december 1990) streeft hoofdzakelijk een dubbel doel na: enerzijds de *beperking van de toepassing van de voorlopige hechtenis*, o.m. door de invoering van alternatieve maatregelen, anderzijds de *verbetering van de rechtspositie van de voorlopig gehechte*. De belangrijkste wijzigingen kunnen als volgt worden samengevat: wettelijke regeling van de politiearrestatie en van de termijn van 24 uur, verhoging van de toepassingsdrempel, verscherping en veralgemening van de motiveringsverplichting, grotere autonomie voor de onderzoeksrechter en minder inspraak van het openbaar ministerie, invoering van alternatieven voor de voorlopige hechtenis, betere informatie van de verdachte,

verbetering van de contacten tussen de verdachte en zijn raadsman o.m. door de afschaffing van het verbod van vrij verkeer met de advocaat, opname van bepaalde elementen van de strafrechtspleging op tegenspraak, en invoering van een snelle cassatieprocedure. De nieuwe wet trad in werking op 1 december 1990.

Voor een meer gedetailleerd commentaar op deze wet kan worden verwezen naar de volgende publikaties: Dejemeppe, B., «La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive», *J.T.*, 1990, 581-592 en 601-606; Mennes, I., «De wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis», *R.W.*, 1990-91, 377-386 en 417-426; Quarre, P., «La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive», *Journal des Procès*, 1990, nr. 177, 18-21; Van den Wyngaert, C., «De nieuwe wet op de voorlopige hechtenis kritisch doorgelicht», *Panopticon*, 1991, 111-135; Bosly, H.-D. en Vandermeersch, D., «La nouvelle loi belge sur la détention préventive (20 juillet 1990)», *R.D.P.*, 1991, 163-224; Erdman, F., «De nieuwe wet betreffende de voorlopige hechtenis: een nieuwe taak voor de verdediging», in het Liber Amicorum M. Châtel. Zie ook het verslag van de studiemiddag georganiseerd door het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten van de U.I.A. op 18 januari 1991, gepubliceerd in *R.W.*, 1990-91, 934-936, en het verslagboek van de studiedag georganiseerd door het Instituut voor Strafrecht van de K.U.L. op 23 februari 1991 (nog niet gepubliceerd).

G.S.

Witwassen van uit een misdrijf verkregen goederen of waarden

De wet van 17 juli 1990 (B.S., 15 augustus 1990) verschaft de gerechtelijke instanties een nieuw wapen in de strijd tegen de grootschalige, lucratieve criminaliteit. Enerzijds maakt zij de verbeurdverklaring mogelijk van de uit een misdrijf verkregen winsten, anderzijds voert zij een specifieke strafbaarstelling in voor het «witwassen», dit zijn alle handelingen die de omschakeling en het beheer van die onrechtmatige winsten tot doel hebben. De nieuwe wet heeft een algemene strekking: zij is niet alleen toepasselijk op de drughandel, maar geldt ook voor alle misdrijven, dus ook de sociale, economische, fiscale enz.

Tot voor de wetswijziging kon de *verbeurdverklaring* overeenkomstig art. 42 Sw. slechts worden toegepast op het voorwerp en de instrumenten van het misdrijf, en op de producten ervan. Het begrip «zaken die uit het misdrijf voortkomen» werd echter zeer beperkend geïnterpreteerd: men oordeelde dat het slechts betrekking had op wat het misdrijf op materieel gebied oplevert (bv. vals geld), terwijl de eigenlijke opbrengsten van het misdrijf (bv. gestolen goederen) erbuiten vielen.

Voortaan kunnen alle opbrengsten die rechtstreeks of indirect uit een misdrijf verkregen zijn, worden verbeurdverklaard. Artikel 42, 3°, Sw. maakt onderscheid tussen de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen (de zgn. *primaire voordelen*), de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld (de zgn. *vervangingsgoederen*) en de *inkomsten* uit de belegde voordelen (bv. bankrenten, dividenden en opbrengsten van allerlei aard). De aard van de goederen (roerend of onroerend, lichamelijk of onlichamelijk) is irrelevant, alleen de band tussen de goederen en het misdrijf is van belang. Indien de zaken echter

niet kunnen worden teruggevonden in het vermogen van de veroordeelde, kan de rechter de verbeurdverklaring van een gelijkwaardig bedrag uitspreken (art. 43bis, tweede lid, Sw.). Aangezien de wet in de vrijwaring van de rechten van slachtoffers en van andere derden voorziet (art. 43bis, derde en vierde lid, Sw.), is ook de vraag of de goederen eigendom zijn van de veroordeelde, irrelevant. In tegenstelling tot de verbeurdverklaring op grond van art. 41, 1° en 2°, Sw. heeft de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen een *facultatief* karakter (art. 43bis, eerste lid, Sw.). De beoordelingsvrijheid van de rechter vormt aldus een correctief op het ruime toepassingsgebied van de nieuwe sanctie. Gelet op het sui-generis-karakter van de nieuwe sanctie, die nog weinig overeenkomst vertoont met de traditionele verbeurdverklaring, zou men haar veeleer als een vorm van «voordeelsontneming» kunnen omschrijven (zie hierover de rechtsvergelijkende studie onder redactie van Groenhuijsen, M.S. en Van Kalmthout, A.M., *Voordeelsontneming in het strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1989, 224 pp.).

De strafbaarstelling van *het witwassen* van uit een misdrijf verkregen goederen of waarden is ondergebracht bij de bepalingen inzake heling (art. 505 Sw.). Het misdrijf vereist enerzijds een positieve daad t.a.v. de uit een misdrijf verkregen winsten, die evenwel zeer ruim wordt opgevat: zo valt ook het beheer of de bewaring bij een rechtspersoon door een niet-eigenaar onder de nieuwe kwalificatie. Anderzijds moet de onrechtmatige oorsprong van de goederen of waarden bekend zijn. Voor de interpretatie van deze laatste voorwaarde kan worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake heling. Verder wordt – zowel voor heling als voor witwassen – de maximumgeldboete verhoogd van 500 fr. tot 100.000 fr. De geldboete en de gevangenisstraf kunnen voortaan afzonderlijk worden opgelegd.

Ten slotte is bepaald dat de geheelde of witgewassen zaken het voorwerp van het misdrijf uitmaken in de zin van art. 42, 1°, Sw., en dat ze verplicht moeten worden verbeurdverklaard, zelfs indien zij geen eigendom zijn van de veroordeelde.

Voor verdere commentaar op de nieuwe wet, zie Vervaele, J., «Witwassen (blanchiment – money laundering): betekent strafbaar ook bestraffing?», *Panopticon*, 1990, 365-368, en De Swaef, M., «De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven», *R.W.*, 1990-91, 491-493.

G.S.

Flexibele pensioenleeftijd

De wet van 20 juli 1990 (B.S., 15 augustus 1990) tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn streeft een tweevoudig doel na zoals uit de titel van de wet blijkt.

I.v.m. de flexibele pensioenleeftijd gelden de volgende beginselen:

- een flexibele pensioenleeftijd voor de actieve mannen en vrouwen tussen de leeftijd van 60 en 65 jaar wordt ingevoerd;
- de berekening in 45-sten voor mannen en in 40-sten voor vrouwen wordt behouden, overeenkomstig de thans geldende modaliteiten;

– de verminderingscoëfficiënt van 5% per jaar vervroeging wordt afgeschaft, waardoor het huidige stelsel van brugrustpensioen met vervangingsplicht overbodig wordt;

– de mannelijke invaliden en werklozen kunnen kiezen tussen het behoud van hun respectieve regelingen en de overgang naar het pensioen op de leeftijd van 60 jaar, zonder inhouding van 5% per jaar vervroeging;

– de mannelijke bruggepensioneerden worden verplicht om tot de leeftijd van 65 jaar in hun regeling te blijven.

W.L. en R.J.

Basiseducatie laaggeschoolde volwassenen

Het decreet van de Vlaamse Raad van 12 juli 1990 houdende de regeling van basiseducatie voor laaggeschoolde volwassenen (B.S., 15 augustus 1990, Err. B.S., 12 september 1990) licht deze educatieve activiteiten uit het toepassingsgebied van het decreet van 27 juni 1985 houdende de subsidieregeling van projecten en organisaties inzake het Nederlandstalig ontwikkelingswerk voor volwassenen. Aan de Vlaamse Executieve wordt de bevoegdheid toegewezen om de overgang van het decreet van 27 juni 1985 naar dit decreet te regelen.

W.L.

Onderwijsdecreet II

Het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II, het zogeheten Lentedecreet, werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 18 augustus 1990. Het bevat 203 artikelen.

In het kader van deze rubriek is het onbegonnen werk zelfs maar een summier opsomming te geven van allerlei regelingen die werden genomen. Het bevat bepalingen i.v.m. de werkmiddelen voor het gemeenschapsonderwijs en voor het gesubsidieerd onderwijs, voorschriften i.v.m. de onroerende investeringen in het onderwijs, een regeling voor het voltijds secundair onderwijs, voorschriften i.v.m. de eerste stappen tot de realisatie van eigen inspraakstructuur in het gesubsidieerd onderwijs, regelingen i.v.m. deeltijds kunstonderwijs en regelen i.v.m. de oprichting van de Vlaamse Onderwijsraad. Het decreet wordt afgerond met diverse bepalingen.

W.L.

Misdrijven tegen de veiligheid van de Staat

De wet van 26 juli 1990 schaft de besluitwet van 26 mei 1944 af die betrekking had op de bevoegdheid en rechtspleging inzake misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de Staat (B.S., 20 augustus 1990). De werkzaamheden van de bijzondere kamers bij de Krijgsraad en het Militair Gerechtshof, ingesteld na de oorlogsgebeurtenissen, waren sinds enkele jaren zodanig afgenomen dat hun bestaan niet verder verantwoord was.

W.L.

Accreditatie van certificatie- en keuringsinstellingen en van beproevingslaboratoria

De wet van 20 juli 1990 (B.S., 22 augustus 1990) is een kaderwet die de algemene regels vastlegt met betrekking tot

de accreditatie van certificatie- en keuringsinstellingen en van beproevingslaboratoria. Zij moet de mogelijkheid bieden tegemoet te komen aan de bepalingen van o.m. de resolutie van de E.E.G.-Raad van 7 mei 1985 en acties ondernomen op het communautaire vlak inzake certificatie. Zij zou de Europese integratie van ons land moeten vergemakkelijken met het oog op het vrije verkeer van produkten dat overeenkomstig de Europese Akte in 1993 tot stand moet zijn gebracht.

Accreditatie is de formele erkenning, door de bevoegde overheden van de bekwaamheid van een certificatie-instelling, van een keuringsinstelling of een beproevingslaboratorium waardoor het deze mogelijk wordt in een bepaald gebied en op basis van een enquête of een evaluatie, labels, merken of certificaten toe te kennen of verslagen op te stellen. Deze wet behoeft een uitvoeringsbesluit.

W.L.

Geneesheren-specialisten – Pensioenen

Art. 33 van de wet van 9 juli 1969 bepaalt dat in de vereffening van de burgerlijke rustpensioenen ten laste van de openbare schatkist «de diploma's van universitair en niet-universitair hoger onderwijs en van hoger technisch, zeevaart- of kunstonderwijs met volledig leerplan die overeenstemmen met studies van een duur die gelijk is aan of hoger dan drie jaar, de toekenning met zich brengen van een tijdsbonificatie, indien het bezit van die diploma's een voorwaarde was waaraan de betrokkene heeft moeten voldoen, hetzij bij zijn aanwerving, hetzij bij een latere benoeming».

De wet van 18 juli 1990 wil die bepalingen ook toepasbaar maken voor de geneesheren-specialisten die door een overheidsinstantie worden tewerkgesteld o.m. in de O.C.M.W.'s-ziekenhuizen (B.S., 23 augustus 1990).

W.L. en R.J.

BOEKEN

D.W.F. VERKADE, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer, Kluwer, 1990, 48 pp., ISBN 90 268 2101 8

De voorbije jaren bereiken ons vanuit Nederland steeds vaker dunne maar uiterst interessante boekjes, t.w. de publikaties van oraties bij de aanvaarding van het hoogleraarschap. Ook de academische rede van Verkade, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van «hoogleraar in het informatierecht en het recht van de intellectuele eigendom, in het bijzonder het auteursrecht» aan de Rijksuniversiteit te Leiden, is weer zo een tintelend frisse en tegelijk toch een zeer academische tekst.

In deze oratie schetst Verkade als aanloop de kenmerken van de actuele tendensen die bepalend zijn voor de ontwikkeling van het informatierecht. Hij noemt de regelverdichting («van de zo gepredikte deregulering is niets terecht gekomen»), de Europeanisering (Europese Verdragen en EG-Richtlijnen), de informatisering van de samenleving zelf en de grondig gewijzigde context van het mediabestel (nieuwe media, commercialisering...).

Verkade gaat vervolgens dieper in op een van de thema's die centraal staan in de studie van het informatierecht, t.w. het spanningsveld tussen informatievrijheid en informatiebescherming, het antagonisme tussen de «free flow of information» en de persoonlijkheids- en vermogensrechtelijke bescherming van informatie. Inderdaad een «traditioneel» leerstuk in het informatierecht, maar Verkade slaagt erin een aantal actuele rechtsonwikkelingen vanuit dit perspectief met elkaar te verbinden c.q. met elkaar in conflict te

brengen. Verkade brengt m.n. het media- en informatierecht en het mededingingsrecht met elkaar in verbinding en gaat daarbij uit van een dubbele vaststelling. Enerzijds is een beweging aanwijsbaar ten aanzien van de uitbreiding van immateriële prestaties: het rechtsobject van de intellectuele eigendomsrechten deint steeds verder uit (zoals bv. in het auteursrecht) en ook de beschermingsomvang reikt steeds verder (bv. in het merkenrecht). Verkade sluit zich hierbij aan bij de analyse van Spoor (*De gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle, 1990). Anderzijds is er het grondrechtelijk verankerde principe van de informatievrijheid en is er de noodzaak vanuit de informatiesamenleving voor een maximale beschikbaarheid van informatie als geestelijk en economisch produkt.

Als centraal analyse-instrument voor deze elkaar tegenwerkende en in essentie tegenstrijdige tendensen, hanteert Verkade art. 10 E.V.R.M., waarin het grondrecht van de expressie- en informatievrijheid is gewaarborgd, behoudens mogelijke restricties ter bescherming van o.a. «de rechten van anderen». Mede op basis van de jurisprudentie van het E.H.R.M. omtrent art. 10 E.V.R.M. (zie o.a. Sunday Times, Barthold, Lingens, Muller, Barfod, Markt Intern, Groppera Radio, Autronic, Weber...) past Verkade op een systematische wijze deze beschermingsconstructie van de informatievrijheid toe op de problematiek van de begrenzing van de intellectuele eigendomsrechten. De intellectuele eigendomsrechten worden hierbij beschouwd als beperkingsgronden en restricties op de informatievrijheid, die bijgevolg moeten voldoen aan de toetsingscriteria van art. 10, lid 2, E.V.R.M. De belangrijkste vaststelling van Verkade is dat zowel de Nederlandse wetgever als de Nederlandse rechter onvoldoende aandacht blijken te hebben voor deze vanzelfsprekende, onvermijdelijke en gewenste doorwerking van art. 10 E.V.R.M. M.n. op het terrein van de vergelijkende reclame, de reclamebeperkingen op radio en televisie, de prestatieontlening, het auteursrecht en het merkenrecht meent Verkade een aantal restricties op de informatievrijheid te kunnen aanwijzen die niet blijken tegemoet te komen aan de eis van de «dwingende sociale noodzakelijkheid» (i.e. de zgn. proportionaliteitseis die volgens Verkade overigens moet kunnen rekenen op een «volle» toetsing door de nationale overheden).

Met dit boekje levert Verkade, in navolging van het Markt Intern-arrest van het E.H.R.M. (zie bespreking R.W., 1990-91, 696 e.v.), een interessante bijdrage in het onderzoek naar de rol die is weggelegd voor de expressie- en informatievrijheid en voor art. 10 E.V.R.M. in het bijzonder, in het intellectuele eigendomsrecht en het recht van de ongeoorloofde mededinging. Het is ook een typisch voorbeeld van spanning en symbiose binnen een leerstuk waarin publiekrechtelijke en privaatrechtelijke basiscomponenten zich tegenover elkaar verhouden. Verkade is zich bewust van dit geslingerd zijn tussen een civielrechtelijke en een staatsrechtelijke benadering van de voorliggende problematiek. «Het zal mij niet verbazen», besluit Verkade, «als ik van menig privatist te horen krijg dat ik in deze rede veel te veel gezegd heb, en van menig publiekrechtbeoefenaar: veel te weinig.»

Dirk Voorhoof

J. DOOMEN, *De hollende kleurling. Het Nederlandse strafrecht in negen verhalen*, Uitgeverij Contact, Amsterdam, 1990 (2e druk 1991), 206 pp.

De deur gaat open. De reiskoffer klappt dicht. Te laat. Van onder zwembroeken en snorkels haalt de partner onverbidde weg wat niet mee mag: dat laatste dossier, dat dikke boek over niet-contractuele aansprakelijkheid en een tiental ongelezen nummers van uw favoriet tijdschrift over onroerend goed. «Maar», sputtert u ont-daan, «nu heb ik niets meer te lezen!» «Neem dan die Eco mee die je voor je kerst hebt gekregen.» «Maar wie leest dat nu?»

Doomens boekje kan een oplossing bieden voor dit bekende probleem (cijfermateriaal: Malliet, C., *De Belgische jurist en het boek-bedrijf*, Jura Falconis, 1990-91, 311 e.v.). De prettige kaft is verrijkt met een mooie tekening, de schrijfter glimlacht ons vanop de achterflap spottend sensueel toe en de referentie-esthetiek wil sober heten... kortom in niets doet dit werkje aan de huidige rechtsliteratuur denken. Of toch. De ondertitel luidt «Het Nederlandse strafrecht in negen verhalen», maar de kans dat uw partner daarbij stil staat — een uur voor het vertrek — is gering. Er zijn nu eenmaal weinig van dit soort boekjes, we verwachten zoiets niet.

Maar hoe zit dat met die verhalen? Bericht de wijsbegeerte niet over het einde van «de grote verhalen», en valt «het recht» daar ook niet onder (dus a fortiori wanneer je je negen keer herhaalt)? Die ondertitel is slecht gekozen, in feite bezorgt docente en rechtbank-verslaggeefster Doomen ons duizend en één verhaaltjes (rechtszaken), maar ze serveert ze thematisch («dwangmiddelen», «schuld», «bewijs», enz.). Haar aanpak (schijnwerper op de rechtspraak) is legitiem. De lessen recht worden meestal van de verveling gered door de door docenten vroeger opgedane praktijkervaring. Hoe heilzaam schijnt de warme zon van de Straatsburgse casuïstiek op ons verdord continentaal systeemdenken. Legitiem, want zegt geschrijf over «de rechtstaat» niets over die rechtstaat, maar alles over de gebruiker van dat begrip, met een arrest ligt dat anders. We leggen aan de rechter niet de «rechtstaat» voor, wel onze eigen zaak, onze eigen werkelijkheid. Deze draaft al eens verschillen van die van de tegenpartij en om dat op te lossen, creëert het recht een «juridische werkelijkheid», gekenmerkt, niet door enige werkelijkheidspretentie, wel door een aantal afspraken (fair trial, vermoeden van onschuld, etc.). Het recht als theater dat iets over de werkelijkheid wil zeggen ('t Hart, A.C., *Recht als schild van Perseus*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1991). De requisieten (pruiken, terminologie...) nemen we er graag bij.

Dat die juridische werkelijkheid aan afspraken gebonden is, illustreert het titelverhaal (Hof Amsterdam, 3 juni 1977, *N.J.*, 1978, 601). De feiten roepen om een veroordeling (hij «holde» rond met heroïne), maar de afspraken leidden tot vrijspraak (aan «rondholten» is niets verdachts, dus moest die man ook niet aangehouden worden en mocht hij in een agent bijten). Datzelfde verhaaltje had in België een ander einde gekend en wel via het truukje voor het eerst gehanteerd door het Hof van Beroep te Brussel (Brussel, 1 april 1949, *J.T.*, 512, met noot). Men roept dan niet de waarheidsvinding maar de ordehandhaving in, wat tot gevolg zou hebben dat de voorwaarden van het Wetboek van Strafvordering niet toepasbaar zijn. Dit werken met begrippenparen (het kan niet x zijn, omdat het y is) is niet onopgemerkt gebleven (Dorien Pessers, interview, *Ars Acqui*, 1991, 27-35). Pessers noemt het kenmerkend voor een «te mannelijk» recht, en haar «dichotomie-kritiek» snijdt goed hout. Zo lezen we bij Doomen (p. 26) over het bestaan van een dwangmiddel «huiszoeking» en een dwangmiddel «binnentreden». De verwarring die zoiets schept, staat garant voor narratief knutselwerk. Pas sinds 1985 «weten» de Nederlanders zelf, waarin het verschil bestaat (het *keukenkastje-arrest*, H.R., 28 mei 1985, *N.J.*, 1985, 822) hoewel de echte specialisten nog niet alles «begrepen» hebben (Wöretshofer, J., «Inbeslagneming in een woning», *D.D.*, 1989, 19-30). Dat er een verschil bestaat tussen weten en begrijpen, tussen rechtsgeleerdheid en rechtswetenschap blijkt goed uit het vijfde verhaal «*de etalageruit*». Er zijn nogal wat Nederlandse rechtszaken over *etierschedels*. Dat zijn abnormaal dunne menselijke schedels. Maar ook deze mensen maken wel eens ruzie. Ontevredenheid met zo iemand waarbij argumenten worden ondersteund met pantoffels of koperen buizen, leidt tot belangrijke arresten, waarbij rechtsgeleerden een of andere causaliteitstheorie bedenken om de vaak onwetende schedelbreker al dan niet strafrechtelijk aansprakelijk te maken. Gemakkelijk is dat niet, want een normale schedel verdraagt pantoffels en daar richten we ons naar. Ook problematisch is wat gebeurde met die etalageruit uit de titel (H.R. 13 januari 1970, *N.J.*, 1970, 144). Uw wagon slipt, kantelt en raakt een voetganger. Deze vliegt weg, maar wordt in zijn vlucht gehinderd door een etalageruit. Het rondvliegend glas veroorzaakt de dood van een derde. Kan zoiets redelijk voorzien worden? Bent u strafrechtelijk verantwoordelijk? Een rechtsgeleerde geeft met trots een overzicht van de arresten waarin deze of gene causaliteitstheorie wordt gehonoreerd (de «conditione sine qua non»-leer, de leer van de subjectieve of deze van de objectieve adequatie, de redelijke toerekening...). Maar wat doet hij met het volgend citaat van Bronkhorst (p. 105): «Theorieën als die van causaliteit en voorwaardelijk opzet brengen geen verheldering, (...) Dergelijke theorieën scheppen een schijn van wetenschappelijkheid en bieden eerder aanknopingspunten tot dat soort verweren waaraan de juristen een minder goede naam hebben te wijten...»? Zou hij met Wittgenstein tegenwerpen dat de fascinatie voor causale verklaringen, alsmede het verstrikt geraken in schijnproblemen een universeel probleem is, dat bijgevolg niet alleen juristen treft? Soms zou men ook Vlaanderen meer aandacht toewensen voor *juridische reflexie*.

Doomen beperkt zich niet tot een louter beschrijven. In het voor-

laatste verhaal (over onrechtmatig verkregen bewijs) vraagt de journalist aandacht voor de receptie bij de publieke opinie voor het fenomeen van «vrijspraken omwille van procedurefouten». Moet een vrouwenslavenhandelaar vrijgesproken worden, omdat Straatsburg problemen heeft met de anonimiteit van een getuigeverhoor (H.R., 2 juli 1990, *N.J.B.*, 1990, 1098)? Er steekt nog meer verbazing in dit boekje, maar het zou flauw zijn te onthullen hoe *de Hoomse taart* juridisch gedegusteerd werd, en hoe de belangstelling van een politiecommissaris voor *the Fabulous Rosina* leidde tot een afzwakking van dat onware, maar zinvolle axioma «ieder wordt geacht de wet te kennen». Tuk op deze parels?, weet dan dat ze ook ten lande te rapen zijn (o.a. *De Wulpse Deerne van Café Jagershof*, Arbrb. Tongeren, 13 februari 1990, *Limb. Rechtsl.*, 1990, 229-232).

Dit boekje maakt het *allen* mogelijk kennis te nemen van de rechtspleging én er kritiek op te leveren, wat in een rechtsstaat niet onbelangrijk is (Van de Pol, U., *Openbaar terecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1986, 583). Mocht ook uw partner het lezen, dan komt dat ook grotere samenlevingsverbanden dan de relatie ten goede. Wanneer een Belgisch boekje?

Paul De Hert
V.U.B.

MEDEDELINGEN

Studiedag: «Bouwen: actuele evolutie in burgerlijk-, straf- en administratief recht»

De Conferentie van de Jonge Balie te Brugge organiseert deze studiedag op 8 juni 1991 in het Casino van Knokke-Heist.

Programma:

- 9u00 Inleiding door mr. E. Aspee, voorzitter van de Conferentie van de Jonge Balie te Brugge
- 9u15 De onderaanneming door mr. R. Volckaert
- 10u00 Evolutie in de rechtspraak over aansprakelijkheid? door de heer D. Floren, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge
- 11u00 Uit de praktijk gegrepen:
Wat kan de bouwheer doen indien de aannemer de uitvoering vertraagt of stopzet? Wat moet de aannemer doen als hem gevraagd wordt de regels van de kunst te overtreden? Kan de bouwpromotor zelf de architect aanstellen en betalen? door mr. L. Delacourt
- 14u15 De bouwvergunning. Procedure en verhaal door mr. K. Bouve
- 15u30 Het bouw misdrijf en de herstelmaatregelen door mr. J. Kolijn
Inlichtingen: mr. J. Kolijn, tel 050/34.10.76; fax: 050/34.18.02.

Studiedag: «Het vervolgingsbeleid als onderdeel van een strafbeleid»

Het Studie- en Documentatiecentrum Emile Vandervelde-Instituut (S.E.V.I.), organiseert op vrijdag 14 juni 1991 in de Universitaire Stichting, Marsveldstraat 30, 1050 Brussel, een studiedag over «Het vervolgingsbeleid als onderdeel van een strafbeleid».

Programma:

- 9u45 Verwelkoming en inleiding door de heer F. Vandenbroucke (voorzitter S.P.)
- 10u15 Het beleid van het O.M. en het overleg met andere betrokken instanties door prof. L. Dupont (K.U.Leuven)
- 10u45 De parlementaire controle ten aanzien van het vervolgingsbeleid door prof. F. Tulkens (U.C.L.)
- 14u00 De democratische controle ten aanzien van het vervolgingsbeleid door prof. J. Vervaele (R.U. Utrecht)
- 14u30 De rechten van het individu en het vervolgingsbeleid door mr. P. Van Eeckhout
- 15u30 Discussie en verslag werkgroepen door de rapporteurs
- 16u45 Slotwoord door senator F. Erdman, voorzitter werkgroep strafrecht.

Inlichtingen: de heer Eric Torrekens, S.E.V.I., Grasmarkt 105 bus 47, 1000 Brussel (tel. 02/513.18.27).