

HET ONDERSCHIED WERKMAN/BEDIENDE EEN ONGRONDWETTIGE DISCRIMINATIE IN STRIJD MET DE ARTIKELEN 6 EN 6BIS VAN DE BELGISCHE GRONDWET

I. INLEIDING

De laatste cijfers van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid melden dat er op 30 juni 1990 in de totale particuliere sector ongeveer 2.189.000 werknemers waren tewerkgesteld; 1.203.000 van hen waren handarbeiders; het totaal aantal hoofdarbeiders bedroeg 995.000. Het aantal bedienden in de privé-sector is dus nog steeds kleiner dan het aantal werklieden. Wanneer echter het werknemersbestand in zijn geheel wordt bekeken, inclusief de publieke sector, dan ziet men het aantal bedienden bijna verdubbelen. Het bedraagt dan namelijk 1.847.000. Het totaal aantal handarbeiders neemt door de toevoeging van de publieke sector echter slechts marginaal toe, met 94.000 (93.723) eenheden.

Het aantal vrouwelijke handarbeidsters is vrij beperkt. Slechts 376.000 van de 1.297.355 werklieden zijn vrouwen. In het bediendenbestand zijn vrouwen proportioneel bekeken heel wat beter vertegenwoordigd. Zij maken ongeveer de helft van het totaal aantal hoofdarbeiders uit (880.000 vrouwen vergeleken met 958.000 mannen).

Werklieden en bedienden genieten nog steeds een zeer onderscheiden behandeling in het Belgische arbeidsrecht. Op bepaalde punten is er tussen de statuten van beide groepen werknemers reeds een zekere toenadering tot stand gebracht, onder andere via het optreden van de sociale partners. Deze toenadering is echter nog ver verwijderd van een volledige eenmaking van beide statuten. In het eerste gedeelte van dit artikel worden de belangrijkste verschilpunten tussen de statuten van werkmán en bediende overlopen. Tevens zal in het kort worden verwezen naar het optreden van de sociale partners waardoor de verschilpunten gedeeltelijk zijn weggewerkt.

In het tweede gedeelte wordt de vraag gesteld of het gemaakte onderscheid niet in strijd is met de principes van gelijkheid en non-discriminatie zoals die in de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet zijn vastgelegd. Daarom wordt de vraag gesteld naar de *verantwoording* van het bestaande onderscheid en naar het *onderscheidingscriterium* dat het mogelijk moet maken een werknemer als werkmán of als bediende te classificeren. Daar de indeling in de ene of de andere categorie verdragende gevolgen heeft, zou men bovendien ook mogen verwachten dat een duidelijk criterium tot onderscheid wordt gehanteerd.

Indien men zou vaststellen dat het gemaakte onderscheid geen voldoende rechtvaardigingsgrond heeft en dat het onderscheidingscriterium geen adequaat en pertinent criterium zou zijn, moet men tot de conclusie komen dat het in strijd is met de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet. De vraag zal dan ook gesteld worden in welke mate de rechtsonderhorige op de vaststelling van deze ongrondwet-

tigheid een beroep zal kunnen doen om aan de onderscheiden behandeling een einde te maken. Het zal meteen duidelijk worden dat het Arbitragehof hierin een cruciale rol te spelen heeft.

II. WETTELIJKE VERSCHILLEN IN DE STATUTEN VAN WERKLIEDEN EN BEDIENDEN

De wet op de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978 heeft een aparte titel handelend over de arbeidsovereenkomst voor werklieden en over de arbeidsovereenkomst voor bedienden¹. De verschillen tussen het statuut van werklieden en bedienden blijven echter niet tot de in deze wet alleen gemaakte onderscheidingen beperkt². Verschillen bestaan er op het vlak van de behandeling van de individuele werkmán of bediende. Ook op het collectieve vlak zijn er belangrijke onderscheiden.

A. Verschilpunten op het vlak van de individuele arbeidsovereenkomst

Belangrijke, in het oog springende verschillen zijn er onder andere met betrekking tot de na te leven opzeggingstermijnen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, het proefbeding, de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en het hierbij gewaarborgde loon, inclusief de problematiek van de carensdag en het willekeurig ontslag, dat enkel met betrekking tot werklieden een expliciete wettelijke regeling heeft gekregen.

De opzeggingstermijnen

De *duur* van de in acht te nemen opzeggingstermijnen bij het ontslag van een bediende of een werkmán verschilt grondig. Met betrekking tot werklieden vermeldt de wet dat «de opzeggingstermijn is vastgesteld op achtentwintig dagen wanneer de opzegging van de werkgever uitgaat en op veertien dagen wanneer de opzegging van de werkmán uitgaat»³. Wanneer de anciënniteit van de werkmán ten minste twintig jaren bedraagt, moeten de termijnen worden verdub-

¹ W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (titel II werklieden; titel III bedienden).

² Zie o.a. Serroyen, C., «Inventaris van de verschillen tussen arbeiders- en bediendenstatuut», Studiedienst ACV, 4 november 1991, weergegeven in Documentatiemap Studiedag «Statuut Werkman - Bediende», BVVA, 22 november 1991.

³ Art. 59, § 2, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

beld 4. De wettelijke regeling aangaande de opzeggingstermijnen voor werklieden houdt bij de berekening van de na te leven termijnen alleen rekening met het aantal dienstjaren van de betrokken werknemer.

De maximumtermijn van 56 dagen voor een werkmán met twintig dienstjaren steekt schril af tegen de door de wet bepaalde opzeggingstermijnen voor bedienden. De wetgever is ook meer gedifferentieerd opgetreden. De na te leven termijnen worden niet uitsluitend meer bepaald volgens de dienstjaren. Voor een eerste categorie van bedienden, namelijk zij die onder de 796.000 fr. verdienen, bedraagt de door de werkgever na te leven opzeggingstermijn drie maanden per begonnen schijf van vijf dienstjaren. Indien de opzegging uitgaat van de bediende, worden de termijnen met de helft gereduceerd. Er is bovendien ook een maximumgrens van drie maanden ingevoerd⁵. Voor de bedienden die meer dan 796.000 fr. verdienen, geldt de hier geschetste regeling als een minimum. De wet bepaalt dat de opzeggingstermijnen ofwel conventioneel worden bepaald (ten vroegste op het ogenblik dat de opzegging is gegeven), ofwel dat de termijn door de rechter wordt vastgesteld. De regeling voor de categorie 1 bedienden geldt als een minimumgrens beneden welke de werkgever niet kan gaan. De opzegging die uitgaat van de bediende mag niet langer zijn dan vier en een halve maand als het loon ligt tussen de 796.000 en 1.591.000 fr., en niet langer dan zes maanden wanneer het loon de laatstgenoemde grens overschrijdt⁶.

Bij het bepalen van de opzeggingstermijnen voor bedienden wordt rekening gehouden met andere factoren dan het aantal dienstjaren. Voor de eerste categorie van de bedienden worden twee factoren in aanmerking genomen: loon en dienstjaren. Voor de overigen kan men stellen dat de rechtbanken rekening houden met een reeks factoren van sociaal-economische aard en van persoonlijke aard, zoals daar zijn: de dienstjaren; het loon; de leeftijd van de werknemer; de belangrijkheid van de functie; de verantwoordelijkheid gedragen door de betrokken werknemer; de opleiding en vorming die de bediende heeft genoten (diploma's); de beroepservaring; de toestand op de arbeidsmarkt, enz.⁷.

Opmerkelijke verschillen kunnen ook worden vastgesteld met betrekking tot *verkorte opzeggingstermijnen*. De wet regelt de verkorte opzeggingstermijnen voor bedienden bij pensionering⁸. Indien de werkmán minder dan zes maanden in dienst is, kan bij overeenkomst worden afgeweken van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijnen. Er is een minimumtermijn van zeven dagen⁹. Bovendien kunnen de opzeggingstermijnen voor de werklieden worden gewijzigd bij

koninklijk besluit «in het belang van bijzondere categorieën van werknemers of voor de opzeggingen die om sociale of economische redenen zijn gedaan.»¹⁰. Op voorstel van verschillende paritaire comités werden koninklijke besluiten uitgevaardigd waarin de opzeggingstermijnen van werklieden werden gewijzigd. Voor sommige sectoren leidde dit tot een verlenging van de opzeggingstermijnen voor werklieden, zonder echter de duurtijd van de opzeggingstermijnen voor bedienden werkelijk te benaderen. Slechts zeer uitzonderlijk is dit wel het geval, zoals bijvoorbeeld in de sector petroleumnijverheid en -handel (Paritaire Comité nr. 117). Voor vele sectoren werd er zelfs van de in artikel 61 van de Arbeidsovereenkomstenwet geboden mogelijkheid gebruik gemaakt om de opzeggingstermijnen van de werklieden van de betrokken sector in te korten tot drie dagen, twee dagen of zelfs één dag¹¹.

De opzeggingstermijn voor werklieden gaat in de maandag volgend op de week waarin hij is betekend¹². Wat bedienden betreft, beginnen de opzeggingstermijnen pas te lopen op de eerste dag van de maand die volgt op de maand waarin de opzegging is gedaan¹³.

Het willekeurig ontslag en rechtsmisbruik

Een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmán die wordt ontslagen om redenen die geen verband houden met de geschiktheid van de werkmán of met zijn gedrag, of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, kan een forfaitaire vergoeding van zes maanden loon eisen¹⁴. Een dergelijke wettelijke regeling bestaat niet voor bedienden. Eventueel kan de bediende wel een beroep doen op de figuur van het rechtsmisbruik¹⁵. De wet op de arbeidsovereenkomsten houdt uitdrukkelijk een omkering in van de bewijslast in het geval dat de werkmán

¹⁰ Art. 61 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

¹¹ Zie ENGELS, C., «Statuut werkmán - bediende: juridische benadering», in Documentatiemap Studiedag «Statuut Werkmán - Bediende», BVVA, 22 november 1991, 30-35.

¹² Art. 59, eerste lid, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

¹³ Art. 82, § 1, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

¹⁴ Art. 63 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

¹⁵ Zie o.a. CUYPERS, D., *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brugge, Die Keure, 1990, 419; CUYPERS, D., «Overzicht van rechtspraak 1980-1986: rechtsmisbruik bij ontslag van bedienden», *Or.*, 1988, 74-79 en 96-104; HERMAN, J., «Over de motivering van het ontslag van een werknemer», *Or.*, 1986, 45, 47; BLANPAIN, R., «Misbruik van recht en ontslag van werknemers, Een inleiding», in *Ontslagrecht, arbeidsrechtelijke, financiële, fiscale en sociale-zekerheidsaspecten*, BLANPAIN, R. (red.), Leuven, Acco, 1984, 9-21; BLANPAIN, R., «Misbruik van recht en ontslag van werknemers, Een inleiding», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 63-78; CORNELIS, L., «Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 79-109; BODSON, J.-C., BRANDON, I., JOURDAN, M., TOLEDO, M. en VAN LIERDE, D., «Le licenciement abusif de l'ouvrier: l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, un clair-obscur», *Soc.Kron.*, 1989, 73-94.

⁴ Art. 59, § 3, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. Paragraaf 4 van hetzelfde artikel bepaalt verder dat het gaat om de anciënniteit die verworven is op het moment dat de opzeggingstermijn ingaat.

⁵ Art. 82, § 2, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

⁶ Art. 82, § 3, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. Paragraaf 4 van hetzelfde artikel bepaalt verder dat het gaat om de anciënniteit die verworven is op het moment dat de opzeggingstermijn ingaat.

⁷ Zie BLANPAIN, R., *Schets van het Belgisch Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, 185, nr. 285.

⁸ Art. 83 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

⁹ Art. 60 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

het ontslag als willekeurig bestempelt ¹⁶. Voor de bediende die op de figuur van het rechtsmisbruik een beroep wil doen, geldt de principiële regel *actori incumbit probatio*. Voor hen is er dus geen omkering van de bewijslast doorgevoerd. Daniel Cuypers, die de rechtspraak in verband met het willekeurig ontslag en het rechtsmisbruik grondig bestudeerde, kwam tot de conclusie dat er echter merkwaardige parallellen bestaan. Cuypers concludeert namelijk dat «de toepassingsgevallen merkwaardig gelijk zijn qua principes.» ¹⁷. Ook met betrekking tot de omkering van de bewijslast stelt hij vast dat de gevolgen daarvan nogal relatief zijn ¹⁸. Het grootste verschil lijkt te bestaan met betrekking tot de forfaitaire schadevergoeding van zes maanden loon die door artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet wordt toegekend in geval van een willekeurig ontslag van een werkmán ¹⁹.

Het proefbeding

Zowel de minimum- als de maximumduur van de proef zijn verschillend voor werklíeden en bedienden. De proeftijd voor de werkmán mag niet minder dan zeven en niet meer dan veertien dagen bedragen ²⁰. De proeftijd van de bediende kan niet korter zijn dan een maand. Naar gelang van het loon van de bediende is de maximumduur zes of twaalf maanden ²¹.

Wordt de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geschorst gedurende de proeftijd, dan wordt de proeftijd verlengd met de schorsingsperiode. Voor de werkmán is de verlenging beperkt tot maximum zeven dagen ²². Ook met betrekking tot de opzeggingstermijnen zijn er weer verschillen ²³.

Het gewaarborgd loon bij ziekte, andere dan beroepsziekte of ongeval anders dan een arbeidsongeval

In geval van ziekte of ongeval, andere dan beroepsziekte of arbeidsongeval, heeft de werkmán recht op een gewaarborgd veertiendaags loon. De werkmán heeft recht volgens de Arbeidsovereenkomstenwet, op zijn normaal loon gedurende de eerste week, en op «60% van het gedeelte van dat loon dat de loongrens die in aanmerking komt voor de be-

rekening van de ziekte- en invaliditeitsuitkeringen niet overschrijdt, gedurende de zeven daaropvolgende dagen.» ²⁴.

De wet van 3 juli 1978 kent aan de bedienden een gewaarborgd maandloon toe ²⁵. De regeling van artikel 70 van de Arbeidsovereenkomstenwet is echter niet van toepassing op bedienden aangeworven op proef, voor een bepaalde tijd van minder dan drie maanden, of voor een duidelijk omschreven werk waarvan de uitvoering normaal een tewerkstelling van minder dan drie maanden vergt ²⁶. Voor hen geldt een zelfde regeling als voor de werklíeden ²⁷.

De sociale partners hebben echter de bestaande wettelijke verschillen op dit gebied weggewerkt via de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 12bis gesloten in de Nationale Arbeidsraad. De in de CAO nr. 12bis uitgewerkte regeling heeft tot gevolg dat de werklíeden nu ook gedurende de eerste dertigdaagse periode van arbeidsongeschiktheid hun inkomen gewaarborgd zien (gewaarborgd loon + loontoeslag + sociale-zekerheidsuitkeringen) ²⁸.

De carensdag

Wanneer de arbeidsongeschiktheid van de werkmán geen veertien dagen duurt, is de eerste werkdag van de periode van arbeidsongeschiktheid een carensdag, althans voor zover het gaat om een ziekte die geen beroepsziekte is of een ongeval dat geen arbeidsongeval is ²⁹.

De carensdag bestaat niet voor bedienden ³⁰. Wel is door de wet van 1 augustus 1985 houdende fiscale en andere bepalingen de mogelijkheid geschapen om bij koninklijk besluit, na advies van de Nationale Arbeidsraad, de carensdag uit te breiden tot de bedienden en de ambtenaren van de overheidsdiensten. Deze laatsten waren eigenlijk de targetgroep van de wettelijke bepaling. Tot dusver zijn er nog geen KB's in uitvoering van de wet genomen.

Een zekere toenadering tussen de statuten van werklíeden en bedienden is ook hier tot stand gebracht via collectieve arbeidsovereenkomsten. Uitzonderlijk bepalen de col-

²⁴ Art. 52, § 1, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²⁵ Art. 70 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²⁶ Art. 70 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²⁷ Art. 71 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²⁸ CAO nr. 12bis van 26 februari 1979, tot aanpassing van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 12 van 28 juni 1973 betreffende het toekennen van een gewaarborgd maandloon aan de werklíeden in geval van arbeidsongeschiktheid ingevolge ziekte, ongeval van gemeen recht, arbeidsongeval of beroepsziekte, aan de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Zie ook CAO nr. 13bis van 26 februari 1979, tot aanpassing van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 12 van 28 juni 1973 betreffende het toekennen van een gewaarborgd maandloon aan sommige bedienden in geval van arbeidsongeschiktheid ingevolge ziekte, ongeval van gemeen recht, arbeidsongeval of beroepsziekte, aan de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²⁹ Art. 52, § 1, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

³⁰ Met voorbehoud voor de bedienden aangeworven op proef, voor een bepaalde tijd van minder dan drie maanden, of voor een duidelijk omschreven werk waarvan de uitvoering normaal een tewerkstelling van minder dan 3 maanden vergt. Artikel 71 van de wet op de arbeidsovereenkomsten verklaart artikel 52, § 1 (regeling werklíeden) op hen van toepassing.

¹⁶ Art. 63 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

¹⁷ Zie CUYPERS, D., «Overzicht van rechtspraak 1980-1986: rechtsmisbruik bij ontslag van bedienden», *Or.*, 1988, 96, 102.

¹⁸ Zie CUYPERS, D., *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag, o.c.*, 104; CUYPERS, D., «Overzicht van rechtspraak 1980-1986: rechtsmisbruik bij ontslag van bedienden», *Or.*, 1988, 96, 102.

¹⁹ Cuypers komt tot de conclusie dat het waarschijnlijk de grote forfaitaire schadevergoeding is die een veelvoudige toepassing van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet belet. Zie CUYPERS, D., *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag, o.c.*, 1990, 104.

²⁰ Art. 48, § 2, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²¹ Art. 67, § 2, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²² Art. 48, § 3, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

²³ Vergelijk art. 48 en art. 67, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

lectieve arbeidsovereenkomsten op het vlak van de paritaire comités zelfs dat eventuele carendagen volledig ten laste van de werkgever komen. Meer voorkomend zijn echter collectieve arbeidsovereenkomsten waarbij de carendag niet meer zal worden toegepast indien de ziekteperiode langer duurt dan bijvoorbeeld tien dagen, zeven dagen of zelfs maar vier dagen. Van een uniforme regeling voor werklieden en bedienden is echter, op het vlak van de paritaire comités, ook met betrekking tot de carendag geen sprake ³¹.

De schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wegens gebrek aan werk, slecht weer of technische stoornis

De schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wegens een technische stoornis in de onderneming wordt geregeld door artikel 49 van de wet van 3 juli 1978. Deze regeling geldt alleen voor werklieden. Hetzelfde geldt voor de schorsing wegens het gebrek aan werk wegens economische oorzaken ³². Ook het slecht weer kan voor de werkmán een oorzaak van schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zijn ³³.

De ontstentenis van een dergelijke wettelijke regeling die op de bedienden van toepassing zou zijn, betekent dat de werkgever, in de gevallen van slecht weer, gebrek aan werk wegens economische redenen en wegens technische stoornis, slechts de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan invoeren voor de bedienden in zoverre de bewuste gebeurtenissen voor hem een vorm van tijdelijke overmacht uitmaken. «De door overmacht ontstane gebeurtenissen», zo meldt de wet van 3 juli 1978, «hebben de beëindiging van de overeenkomst niet tot gevolg wanneer ze slechts tijdelijk de uitvoering van de overeenkomst schorsen.» ³⁴.

B. Verschilpunten met betrekking tot het collectieve arbeidsrecht

Ook op het vlak dat de individuele arbeidsovereenkomst overstijgt wordt de tweedeling werkmán/bediende teruggevonden.

De ondernemingsraad en de comités voor veiligheid gezondheid en verfraaiing van de onderneming

Op de kandidatenlijsten voor de verkiezingen moeten het aantal werklieden en het aantal bedienden evenredig zijn met de numerieke sterkte van elk van die categorieën van het personeel ³⁵. De kandidaten van de kaderleden zullen maar afzonderlijk van de andere categorieën worden voorgedragen voor zover er tenminste vijftien zijn in de onderneming ³⁶. De zetels worden toegekend volgens een verhou-

ding die overeenstemt met de belangrijkheid van elke categorie van werklieden, bedienden en kaderleden ³⁷.

De afzonderlijke kiescolleges voor bedienden en werklieden worden pas opgericht indien de personeelscategorie tenminste 25 eenheden telt ³⁸.

Het zij nog vermeld dat het koninklijk besluit van 27 november 1973 betreffende de aan de ondernemingsraad te verstrekken informatie bepaalt dat de informatie aangaande de personeelskosten moeten worden «uitgesplitst per werknemers, bedienden, directiepersoneel.» ³⁹.

De paritaire comités

De wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités vereist niet dat afzonderlijke comités zouden worden opgericht voor werklieden en bedienden. De wet sloot de mogelijkheid echter niet uit ⁴⁰. Het grote gedeelte van de werknemers resorteert onder paritaire comités die uitsluitend bevoegd zijn of voor bedienden, of voor werklieden. De mogelijkheid om gemengde paritaire comités op te richten, die dan bevoegd zijn voor de beide categorieën, bestaat nochtans. Er zijn er reeds 26 opgericht ⁴¹. De heer Serroyen van de studiedienst van het ACV vermeldt dat «er een duidelijke trend is in de richting van meer gemengde overlegstructuren.» ⁴². Het past hierbij toch wel de opmerking te maken dat in de traditionele sectoren de overlegstructuren niet zozeer gemengd zijn, en dat de toename van het aantal paritaire comités (gedeeltelijk) verklaard kan worden door de toenemende belangrijkheid van de tertiaire (dienstverlening) en quaire (non-profit) sectoren.

De arbeidsgerechten

Ook met betrekking tot de samenstelling van de arbeidsrechtbanken en -hoven wordt de tweedeling werkmán/bediende doorgevoerd ⁴³. Voor sommige geschillen moet de

³⁷ Art. 20 W. 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

³⁸ Art. 20 W. 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven. Zie ook VANACHTER, O., «Ondernemingsraad», in *Arbeidsrecht*, BLANPAIN, R. (red.), 32, nr. 26; DE BROECK, G., «De wet van 3 juli 1978 en de toenadering van de statuten van werkmán en bediende», in *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, analyse en commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 8-9.

³⁹ Art. 10, K.B. 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraden, B.S., 28 november 1973.

⁴⁰ Zie DE BROECK, G., «De wet van 3 juli 1978 en de toenadering van de statuten van werkmán en bediende», in *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, analyse en commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 9.

⁴¹ Zie SERROYEN, C., «Inventaris van de verschillen tussen arbeiders- en bediendenstatuut», Studiedienst ACV, 4 november 1991, 23, weergegeven in Documentatiemap Studiedag «Statuut Werkman - Bediende», BVVA, 22 november 1991.

⁴² SERROYEN, C., «Inventaris van de verschillen tussen arbeiders- en bediendenstatuut», Studiedienst ACV, 4 november 1991, 23, weergegeven in Documentatiemap Studiedag «Statuut Werkman - Bediende», BVVA, 22 november 1991.

⁴³ Art. 81 en 104 Ger.W.

³¹ Zie ENGELS, C., «Statuut werkmán - bediende : juridische benadering», in Documentatiemap Studiedag «Statuut Werkman - Bediende», BVVA, 22 november 1991, 27-30.

³² Art. 51 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

³³ Art. 50 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

³⁴ Art. 26 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

³⁵ Art. 20 W. 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

³⁶ Art. 20 W. 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven.

werknemer-rechter (en raadsheer) in sociale zaken benoemd zijn als arbeider of als bediende ⁴⁴.

«Indien, voor ieder ander middel, de hoedanigheid van arbeider of van bediende van een der partijen wordt betwist, doet de kamer uitspraak over de grond van het geschil nadat ze zo is aangevuld dat ze buiten de voorzitter bestaat uit twee rechters in sociale zaken benoemd als werkgever en twee rechters in sociale zaken benoemd als arbeider en als bediende.» ⁴⁵.

De vakorganisaties

Zowel het ACV als het ABVV hebben een aparte organisatie van de bedienden. Hoewel de vakorganisaties voornamelijk sectorieel zijn uitgebouwd, behouden beide organisaties de bedienden als een apart te organiseren groep ⁴⁶. Alleen het ACLVB heeft het onderscheid tussen werkmans en bediende niet in zijn structuren ingebouwd.

C. De conventionele toekenning van de voordelen van het bediendenstatuut aan werklieden

De partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst kunnen van de wettelijke regelingen afwijken in zoverre ze de werknemer meer rechten toekennen. Afwijkingen van de wettelijke regeling zijn slechts nietig in zoverre ze de rechten van de werknemer inkorten of zijn verplichtingen verzwaken. ⁴⁷ Het is de werkgever toegestaan de werkmans conventioneel de voordelen van het bediendenstatuut toe te kennen ⁴⁸. Alleen voordelen kunnen worden toegekend, geen nadelen ⁴⁹. In zoverre het oorspronkelijke statuut voordeliger is, blijft het dan ook behouden. Zo kan een werkmans aan wie de voordelen van het bediendenstatuut worden toegekend, toch nog gebruik maken van de korte opzeggingstermijnen die de wet op de arbeidsovereenkomsten hem als werkmans toekent. De rechter kan de werknemer de toegekende voordelen niet ontnemen ⁵⁰.

⁴⁴ Art. 81 Ger.W.

⁴⁵ Art. 81 Ger.W. Zie ook Cass., 23 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 920; *Arbrb. Brussel*, 30 april 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 236.

⁴⁶ Zie BLANPAIN, R., MERTENS-DANIELS, NIEUWDOORP, R., «De toenadering der statuten werkmans - bediende», *Arbl.*, 1968, 1286, 1310.

⁴⁷ Zie art. 6 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

⁴⁸ Zie *Arbh. Brussel*, 3 december 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 201; *Arbh. Brussel*, 9 juli 1985, *T.S.R.*, 1985, 486; *Arbh. Luik*, 14 maart 1984, *J.T.T.*, 1985, 194, en *T.S.R.*, 1984, 358; *Arbh. Brussel*, 8 mei 1980, *T.S.R.*, 1980, 371, n. TRINE, A.; *Arbh. Luik*, 17 december 1974, *Jur.Liège*, 1975-76, 34; *Arbh. Brussel*, 22 februari 1972, *J.T.T.*, 1973, 92, n. CLAEYS, Th.; *Arbrb. Dinant*, 4 oktober 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 118. Zie ook VANACHTER, O., «Werklieden met een bediendenstatuut», *Or.*, 1983, 229-232; STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, Gent, Story, 1990, 86, nr. 109; VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 318-319, nr. 2066; CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 62-63; VAN EECKHOUTTE, W., DEMEDTS, M., SAELAERT, C. en TAGHON, A., «Overzicht van Rechtspraak Arbeidsovereenkomsten (1976-1987)», *T.P.R.*, 1989, 463, 543-544, nr. 92.

⁴⁹ Zie VANACHTER, O., «Werklieden met een bediendenstatuut», *Or.*, 1983, 229, 230.

⁵⁰ Zie o.a. *Arbrb. Dinant*, 4 oktober 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 118.

Het feit dat aan de werkmans de voordelen van het bediendenstatuut worden toegekend, betekent echter niet dat hij hierdoor ook bediende wordt ⁵¹. De werkmans blijft werkmans, daar de aard van de door hem geleverde prestaties door het overeenkomstelijk toekennen van de voordelen niet wordt gewijzigd. «Juridisch is er maar één mogelijkheid om van een werkmans een bediende te maken: die werknemer voornamelijk intellectuele prestaties laten leveren.» ⁵².

De rechtspraak neemt aan dat de wil om de voordelen van het bediendenstatuut conventioneel toe te kennen aan de werkmans onder andere kan worden afgeleid uit de benaming van de overeenkomst en uit de wijze van aangifte bij de sociale zekerheid ⁵³.

De conventionele toekenning van de voordelen van het bediendenstatuut kan gebeuren zowel bij individuele arbeidsovereenkomst, als bij wijze van collectieve overeenkomst. Een collectieve arbeidsovereenkomst kan dus bepalen dat aan alle werklieden van een bepaalde onderneming of sector de voordelen van het bediendenstatuut worden toegekend ⁵⁴.

III. HET ONDERSCHIED TUSSEN WERKLIEDEN EN BEDIENDEN EN DE ARTIKEL 6 EN 6BIS VAN DE BELGISCHE GRONDWET

Artikel 6 van de Belgische Grondwet stelt het gelijkheidsbeginsel vast. Het verklaart dat er in de Staat geen onderscheid van standen is, en dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet. Artikel 6bis vertolkt het niet-discriminatiebeginsel. Artikel 6bis bepaalt dat het genot van rechten en vrijheden zonder discriminatie moet worden verzekerd. Het specificeert verder dat door de wet en het decreet te dien einde onder meer de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden worden gewaarborgd. Het eerste gedeelte van artikel 6bis, dat dus verklaart dat het genot van rechten en vrijheden zonder discriminatie moet worden verzekerd, heeft, zo verklaarde het Arbitragehof, «een algemene draagwijdte en verbiedt elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regel van niet-discriminatie is van toepassing ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend.» ⁵⁵. Gezien de algemeenheid van het geponeerde principe, moet men dan ook samen met raadsheer en professor Suetens besluiten dat

⁵¹ Zie *Arbh. Brussel*, 22 februari 1972, *J.T.T.*, 1973, 92, n. CLAEYS, Th.: «Attendu qu'il y a lieu de distinguer la qualité d'un travailleur et son statut; que la qualité d'un travailleur, ouvrier ou employé, est déterminée par le caractère principalement manuel ou intellectuel des fonctions; qu'un ouvrier peut toutefois se voir appliquer le statut des employés qui dans ses grandes lignes, est plus favorable».

⁵² Zie VANACHTER, O., «Werklieden met een bediendenstatuut», *Or.*, 1983, 229, 230.

⁵³ Zie o.a. *Arbh. Brussel*, 8 mei 1980, *T.S.R.*, 1980, 371, n. TRINE, A.; *Arbh. Brussel*, 7 januari 1977, *R.W.*, 1976-77, 2663. Zie VANACHTER, O., «Werklieden met een bediendenstatuut», *Or.*, 1983, 229, 230.

⁵⁴ Zie VANACHTER, O., «Werklieden met een bediendenstatuut», *Or.*, 1983, 229, 230.

⁵⁵ Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.*, 8 november 1989, B.1.2. Zie ook Arbitragehof, 14 juli 1990, nr. 29/90, *B.S.*, 4 augustus 1990, 3.B.1.

«artikel 6bis een integrerend onderdeel uitmaakt van ieder artikel dat rechten en vrijheden waarborgt.»⁵⁶.

De bijzondere wet van 9 januari 1989 heeft de bevoegdheden van het *Belgische Arbitragehof* aanzienlijk uitgebreid en staat het het Hof nu toe wetten te toetsen, niet alleen aan de principes van de bevoegdheidsverdeling zoals die in ons grondwettelijk bestel zijn vastgelegd, maar ook aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet. De artikelen 6 en 6bis stellen, zoals reeds eerder is aangeduid, het gelijkheidsbeginsel en het anti-discriminatiebeginsel vast. Artikel 17 handelt over de vrijheid van onderwijs. De toetsing aan de artikelen 6 en 6bis, zo wordt nu bijna algemeen aanvaard, kan worden doorgevoerd los van de toetsing aan artikel 17. «De artikelen 6 en 6bis van de Grondwet zijn autonome toetsingsgronden; zij moeten niet in samenhang met artikel 17 van de Grondwet worden gelezen.»⁵⁷. De rechtspraak van het Arbitragehof heeft dit principe bevestigd⁵⁸. Dit houdt meteen ook in dat het Arbitragehof een toetsing kan doorvoeren aan (bijna) elk grondwettelijk recht, daar het gelijkheidsbeginsel een aan alle andere rechten ten grondslag liggend principe uitmaakt. Het Arbitragehof kan met andere woorden heden ten dage als een volwaardig grondwettelijk hof, met een algemene bevoegdheid beschouwd worden⁵⁹.

Vroeger werden wetten onweerlegbaar vermoed conform de Grondwet te zijn. De uitbreiding van de bevoegdheden van het Arbitragehof heeft hieraan een einde gemaakt. Er bestaat bovendien geen «verworven recht» op een vermoeden van grondwettigheid⁶⁰. De toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof is dus niet beperkt tot nieuwe wetten. Ook oudere wetten vallen binnen de actieradius van de grondwettigheidscontrole⁶¹. Wel zal het natuurlijk zo zijn dat voor oudere wetten de termijn van zes maanden om een verzoek

tot vernietiging in te stellen, reeds verstreken zal zijn⁶². Dit sluit echter op zich de grondwetstoetsing niet uit, aangezien een rechter die met het bodemgeschil geconfronteerd wordt, steeds een prejudiciële vraag kan stellen aan het Arbitragehof aangaande de mogelijke strijdigheid van een wet die hij in het concrete geval zou wensen toe te passen, met de grondwetsartikelen waaraan het Hof kan toetsen⁶³. Dit betekent dus dat ook de door de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten gemaakte onderscheidingen tussen categorieën van werknemers kunnen worden getoetst aan het gelijkheids- en non-discriminatie beginsel. Indien de rechter ten gronde in een concreet geval, bijvoorbeeld met betrekking tot de na te leven opzeggingstermijnen bij een ontslag, van oordeel is dat het gemaakte onderscheid tussen werklieden en bedienden wel eens strijdig zou kunnen zijn met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, dan moet hij o.i. een prejudiciële vraag hieromtrent stellen aan het Arbitragehof.

Natuurlijk is het zo dat niet elk onderscheid dat de wet aanbrengt tussen personen of categorieën van personen een schending van de artikelen 6 of 6bis van de Grondwet inhoudt. Alleen zij die zich in een gelijke toestand bevinden moeten immers gelijk worden behandeld⁶⁴. Het feit dat alle Belgen gelijk moeten worden behandeld, sluit dan ook het aanbrengen van differentiaties in de wetgeving niet uit. Het gelijkheidsbeginsel schrijft geen absolute uniformiteit voor.

Het Arbitragehof verwoordde deze principes als volgt uit: «De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van

⁶² Art. 3, § 1, Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *B.S.*, 7 januari 1989.

⁶³ Zie VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, o.c., 373 (het rechtscollege is zelfs verplicht een dergelijke vraag te stellen). Velaers vermeldt zelfs dat de rechter niet alleen op verzoek van de partijen in het geding een prejudiciële vraag moet stellen, maar dat hij daartoe zelfs *ambtshalve* verplicht is, omdat «de artikelen die binnen de toetsingsbevoegdheid van het Hof vallen — zowel de bevoegdheidsverdelende, als de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet — immers van openbare orde zijn.» (VELAERS, J., *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, o.c., 375-376).

⁶⁴ Zie o.a. Cass., 13 december 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, 510 («Overwegende dat het in artikel 6 van de Grondwet vervatte beginsel dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet, zoals zij ook allen aanspraak kunnen maken op de bescherming van de wet enkel betekent dat al degenen die in dezelfde feitelijke toestand verkeren, op eenzelfde manier moeten worden behandeld»); Cass., 26 januari 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, 635; Cass., 30 juni 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 1445; Cass., 6 februari 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 757; Cass., 14 mei 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 1254; Cass., 5 februari 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 749; Cass., 6 februari 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 688 («Overwegende dat de regel van de gelijkheid van de Belgen voor de wet, vervat in artikel 6 van de Grondwet, impliceert dat ieder die zich in dezelfde toestand bevindt op gelijke wijze wordt behandeld»); Cass., 16 november 1983, *Arr.Cass.*, 1983-84, 304; Cass., 21 december 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, 544; Cass., 18 september 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, 103; Cass., 5 mei 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1103; Cass., 27 november 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, 388; Cass., 18 september 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, 57; Cass., 26 september 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 109; Cass., 12 juni 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 1201; Cass., 10 oktober 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 183; Cass., 6 oktober 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 145; Cass., 14 januari 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 547; Cass., 19 juni 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 970.

⁵⁶ SUTENS, L.-P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 95, 103.

⁵⁷ SUTENS, L.-P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 95, 99. Zie ook ALLEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan een 'grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid'», n. onder Arbitragehof, 23 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 80, 83-86; GILLIAUX, P., «La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6bis de la Constitution?», n. onder Arbitragehof, 23 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1303, 1307; DELPÉRÉE, F. en RASSON-ROLAND, A., *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Brussel, Bruylant, 1990, 166, nr. 123; VELAERS, J., *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1990, 162-164. Anders: DE GROOF, J., *De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs. De schoolvrede en zijn toepassing*, Brussel, Cepess/Story-Scientia, 1989, 191-203.

⁵⁸ Zie SUTENS, L.-P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer-Rechtswetenschappen, 1991, 95, 100.

⁵⁹ Zie ALLEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan een 'grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid'», n. onder Arbitragehof, 23 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 80, 85; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk hof*, o.c., 1-85; *La Cour d'arbitrage actualité et perspectives*, DELPÉRÉE (red.), Brussel, Bruylant, 1988, 152, nr. 146; VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 585, 592.

⁶⁰ Zie VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, o.c., 292, nr. 376.

⁶¹ Zie VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, o.c., 291, nr. 376.

personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en met de aard van de in het geding zijnde beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel»⁶⁵. Zowel het Hof van Cassatie⁶⁶, als de Raad van State⁶⁷ drukten zich in het recente verleden in een zeer gelijklopende formulering uit⁶⁸.

Uit dit alles blijkt dus dat de wetgever bij het aanbrengen van onderscheiden een wettig doel moet nastreven, met adequate middelen die in verhouding staan tot dat doel. Het onderscheidingscriterium zelf moet objectief, algemeen, adequaat en duidelijk zijn.

Het valt zeer sterk te betwijfelen of elk onderscheid dat bijvoorbeeld door de wet op de arbeidsovereenkomsten wordt gemaakt tussen werklieden en bedienden een dergelijke test zou kunnen doorstaan. Het Arbitragehof, zo schrijft Suetens, moet ten volle toetsen of het door de wetgever nagestreefde doel geoorloofd is en indien dit het geval

is, of de genomen maatregelen objectief verantwoord zijn om dat doel te bereiken⁶⁹. Met betrekking tot de evenredigheid zou het Hof zich tot een marginale toetsing moeten beperken⁷⁰.

Het Duitse Hoogerechtshof verklaarde reeds dat het onderscheid tussen werklieden (*Arbeiter*) en bedienden (*Angestellte*) zowel met betrekking tot kerstgratificaties⁷¹, als met betrekking tot de na te leven opzeggingstermijnen in geval van ontslag, strijdig is met het gelijkheidsbeginsel dat is opgenomen in artikel 3, I, van de Duitse grondwet⁷². De wetgever werd een bepaalde tijdsspanne gelaten om tot een uniformiteit te komen op het gebied van opzeggingstermijnen.

Het in de Belgische arbeidsovereenkomstenwet gemaakte onderscheid tussen bedienden en werklieden met betrekking tot de na te leven opzeggingstermijnen in geval van ontslag, lijkt eveneens strijdig te zijn met de principes van gelijkheid en non-discriminatie, neergelegd in de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet. Zowel met betrekking tot de rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid, als met betrekking tot de pertinentie en adequatie van het onderscheidingscriterium bestaan er grondwettelijk onoverkomelijke problemen.

A. De verantwoording van de onderscheiden behandeling

Het antwoord op de vraag naar de verantwoording en de rechtvaardiging van het creëren en in stand houden van het onderscheid tussen werklieden en bedienden belicht reeds de bestaande grondwettelijke problemen. Men zou nog kunnen aanvaarden dat het Arbitragehof zich terugplaatst in de tijd om te onderzoeken of de wetgever de genomen maatregel als een efficiënt middel kon beschouwen om het nagestreefde wettelijke doel te bereiken⁷³. Een dergelijk standpunt kan echter niet worden ingenomen met betrekking tot het door de wet nagestreefde doel. Het feit dat het gelijkheidsbeginsel in zekere mate ook een «gelijkmakend handelingsgebod»⁷⁴ inhoudt en dus een op de wetgever rustende verplichting om in sommige gevallen bestaande ongelijkheden weg te werken, betekent immers dat het Arbitragehof moet nagaan of een door de wetgever gemaakt onderscheid heden ten dage nog een gerechtvaardigd doel heeft. Indien dit niet zo is, dan moet het Hof beslissen dat de wettelijke bepaling het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel schendt.

⁶⁹ Zie SUETENS, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer-Rechtswetenschappen, 1991, 95, 108.

⁷⁰ Zie SUETENS, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, 95, 108.

⁷¹ Zie CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 63.

⁷² Zie BVerfGE 82, 126.

⁷³ Zie VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, o.c., 181, nr. 216.

⁷⁴ Zie LENAERTS, K., «Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees gemeenschapsrecht», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 47, 63; VAN HEU-
VEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 585, 586.

⁶⁵ Arbitragehof, 31 oktober 1991, nr. 30/91, *B.S.*, 15 november 1991, B.2. Zie ook Arbitragehof, 13 juli 1989, nr. 21/89, 13 juli 1989, *B.S.*, 21 juli 1989, B.4.5.b.; Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.*, 8 november 1989, B.1.3; Arbitragehof, 11 januari 1990, *B.S.*, 6 februari 1990, B.1.2; Arbitragehof, 14 juli 1990, nr. 26/90, *B.S.*, 4 augustus 1990, B.6.B; Arbitragehof, 23 mei 1990, nr. 18/90; *B.S.*, 27 juli 1990, B.8.

⁶⁶ Zie o.a. Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328: «Overwegende dat de grondwettelijke regels inzake de gelijkheid der Belgen en de niet-discriminatie inzake belastingen er niet aan in de weg staan dat een verschillende fiscale behandeling wordt ingesteld ten aanzien van bepaalde categorieën van personen, voor zover daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat; dat de al of niet aanwezigheid van zodanige verantwoording moet worden getoetst aan het doel en de gevolgen van de ingestelde belasting en aan de redelijkheid van de verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel».

⁶⁷ Zie R.v.St., 25 april 1990, L'association sans but lucratif «Association des femmes au foyer», nr. 34.814: «que les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable; que l'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée; que le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.» Zie ook R.v.St., 4 maart 1982, Canoot et cons., nr. 22.094, *Arr.R.v.St.*, 1982, 497 («Overwegende dat het beginsel van de gelijkheid der Belgen voor de wet zich niet verzet tegen een differentiële behandeling van personen die zich in omstandigheden bevinden die verschillend zijn, zulks op grond van objectieve of algemeen geldende criteria die op het algemeen belang afgestemd zijn en waarbij adequate middelen gebruikt worden om dit doel van algemeen belang te bereiken»).

⁶⁸ Prof. Suetens merkt bovendien op dat «het Arbitragehof de omschrijving van het non-discriminatiebeginsel van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over neemt». Zie SUETENS, L.-P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 95, 100-101.

De wet op de arbeidsovereenkomsten van 1900 voorzag in een grotendeels suppletieve bescherming voor de werklieden ⁷⁵. De bedienden werden geacht voldoende dicht bij de werkgever te staan en afdoende in staat te zijn om voor de eigen belangen op te komen. De opvatting dat de bedienden als groep, in hun geheel voldoende in staat waren om zonder hulp van de wetgever de eigen belangen te verdedigen, prevaleerde echter niet meer in 1922. De wet van 7 augustus 1922 heeft «een duidelijke stelling ingenomen dat de bedienden een specifieke groep vormden die een afzonderlijke bescherming nodig had» ⁷⁶. Zij het dan dat de wet bescherming afhankelijk stelde van het feit niet meer dan het in de wet bepaalde bezoldigingsplafond te verdienen. Met uitzondering van een beperkt aantal bepalingen betreffende de oproeping onder de wapens en de borgtocht, was de wet van 1922 alleen van toepassing op bedienden die minder verdienden dan 12.000 fr. per jaar ⁷⁷. Zij die meer verdienden, werden dus nog steeds geacht hun eigen belangen te kunnen verdedigen. De in de wet bepaalde loongrens werd systematisch opgetrokken om uiteindelijk uit de tekst van de wet te verdwijnen ⁷⁸. De afschaffing van de loongrens, in combinatie met de berekeningswijze van de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden waarbij loon en functie een belangrijke rol spelen, heeft ertoe geleid dat diegenen die oorspronkelijk geacht werden geen wettelijke bescherming nodig te hebben, uiteindelijk de meest verregaande bescherming genieten. Een perversie dus van de oorspronkelijke gedachte betreffende de noodzaak van bescherming.

De bedoeling bij de totstandkoming van de wet van 1922 op de arbeidsovereenkomst voor bedienden was blijkbaar ook geweest, de bedienden zulk een voordelig statuut toe te kennen om hen «los te rukken van de arbeidersklasse, om het onderscheid te bestendigen tussen de werknemer met de hoed en de werknemer met de pet en om te voorkomen dat de eerste zou aansluiten bij de vakbeweging.» ⁷⁹. Indien een dergelijk doel indertijd misschien nog als gerechtvaardigd overkwam, dan is dat heden ten dage zeker niet meer het

geval. Van een onderscheiden noodzaak van bescherming tussen de bedienden en de werklieden als *algemene groepen* is geen sprake meer. Bovendien kan men zich ernstige vragen stellen aangaande de wettigheid van het nagestreefde doel «te voorkomen dat de bedienden zich bij de vakorganisatie zouden aansluiten». Het principe van de vrijheid van vereniging, zoals gewaarborgd in het Belgische rechtsbestel door de wet van 24 mei 1921, komt hierdoor erg in het gedrang ⁸⁰.

Terwijl een onderscheiden behandeling van bedienden en werklieden als *algemene groepen* niet meer te verantwoorden is, zou men eventueel nog kunnen beweren dat een *bepaalde* groep van de bedienden, namelijk de kaderleden, in dit opzicht wel aanspraak zouden moeten kunnen maken op een onderscheiden behandeling ⁸¹. Zij zijn immers vaak uitgesloten uit het toepassingsgebied van de collectieve arbeidsovereenkomsten, en nemen een positie in ten aanzien van de werkgever die sterk vergelijkbaar is met de situatie waarin de witteboordbediende zich bevond bij het begin van deze eeuw ⁸². De eigenheid van deze personeelsgroep werd in het Belgische arbeidsrecht reeds erkend met betrekking tot hun mogelijke vertegenwoordiging in de ondernemingsraad van ondernemingen die ten minste vijftien kaderleden tellen ⁸³.

Het is interessant in verband met de vraag naar de rechtvaardigingsgronden voor het onderscheid tussen werklieden en bedienden op het gebied van opzeggingstermijnen, een aantal gronden te overlopen die voor het Duitse Constitutioneel Hof werden opgeworpen. Het Hof verwierp het feit dat de betrokken groepen het onderscheid hebben aanvaard als een in overweging te nemen rechtvaardigingsgrond voor het wettelijke onderscheid ⁸⁴. Ook het argument dat de bedienden een langere voorbereidingstijd kennen van hun beroepsloopbaan, kan volgens het Duitse Hof een onderscheiden behandeling met betrekking tot de opzeggingstermijnen niet rechtvaardigen. Het Hof beklemtoonde dat het doel van de opzeggingstermijn niet is te compenseren voor de langere voorbereiding van de beroepsloopbaan ⁸⁵. Het argument dat de bedienden langer werkloos zouden zijn alvorens ze weer aan het werk kunnen, werd als feitelijk «onjuist» afgedaan. Het Hof vond daarvoor steun in een recente studie die verklaarde dat bedienden er gemiddeld *slechts* één week langer over doen om een nieuwe betrekking te vinden ⁸⁶. Het Hof erkende bovendien dat het toekennen van langere opzeg-

⁷⁵ Zie verslag namens de senaatscommissie voor de tewerkstelling, de arbeid en de sociale voorzorg (1 december 1977), *Parl. Doc., Senaat*, 258, (1977-78), geciteerd in «Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», in *R.S.R.*, BLANPAIN, R. (red.), 1978, 40. Het verslag vermeldt dat het doel van de wet erin bestond een leemte van het burgerlijk recht aan te vullen door de rechten en de plichten te bepalen die *bij stilzwijgen van de partijen* afwijken van het contract.

⁷⁶ Zie DE BROECK, G., «De wet van 3 juli 1978 en de toenadering van de statuten van werkmán en bediende», in *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, analyse en commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 4.

⁷⁷ Zie verslag namens de senaatscommissie voor de tewerkstelling, de arbeid en de sociale voorzorg (1 december 1977), *Parl. Doc., Senaat*, 258 (1977-78), geciteerd in «Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», in *R.S.R.*, BLANPAIN, R. (red.), 1978, 43.

⁷⁸ Zie verslag namens de senaatscommissie voor de tewerkstelling, de arbeid en de sociale voorzorg (1 december 1977), *Parl. Doc., Senaat*, 258, (1977-78), geciteerd in «Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten», in *R.S.R.*, BLANPAIN, R. (red.), 1978, 44.

⁷⁹ Verslag namens de commissie voor de arbeid en de sociale voorzorg uitgebracht door de H.A. BREYNE, *Parl. Doc., Senaat*, 1959-60, nr. 463, 15. Zie ook DE BROECK, G., «De wet van 3 juli 1978 en de toenadering van de statuten van werkmán en bediende», in *Handleiding bij de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, analyse en commentaar*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 5.

⁸⁰ Zie W. 24 mei 1921 tot waarborging der vrijheid van vereniging, *B.S.*, 28 mei 1921.

⁸¹ Zie o.a. BLANPAIN R., «Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten», *Parl. Doc., Senaat*, 411-1 (B.Z. 1988), 8-9.

⁸² Zie o.a. DARDENNE, C., «Réflexions sur la notion de 'cadre' dans le droit social belge», *J.T.T.*, 1977, 97, 98.

⁸³ Zie W. 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven. Artikel 14 van deze wet definieert het begrip kaderleden als die bedienden, met uitsluiting van die welke deel uitmaken van het leidinggevend personeel, die in de onderneming een hogere functie uitoefenen, die in het algemeen is voorbehouden aan de houder van een diploma van een bepaald niveau of diegene die een evenwaardige beroepservaring heeft.» Zie VANACHTER, O., «Het begrip kaderpersoneel in de wet en in de rechtspraak», *Or.*, 1987, 129-139.

⁸⁴ Zie BVerfGE 82, 126, 149.

⁸⁵ Zie BVerfGE 82, 126, 149-152.

⁸⁶ Zie BVerfGE 82, 126, 150-152.

gingstermijnen, ook aan werklieden, duurder kan zijn en een vermindering van flexibiliteit kan inhouden. Het Hof kon eventueel deze redenering wel aannemen, maar merkte op dat het hier een argument betrof dat tot de wetgever moest worden gericht. Een uniforme vermindering van de opzeggingstermijnen werd dus door het Hof niet uitgesloten⁸⁷. De voor het Duitse Constitutionele Hof aangevoerde argumenten kunnen in de Belgische context worden overgenomen. Het resultaat zou echter hetzelfde moeten zijn als in Duitsland.

B. Hoe adequaat en pertinent is het criterium dat werklieden en bedienden moet onderscheiden?

1. Het onderscheidingscriterium

De in de inleiding vermelde sociale-zekerheidscijfers aangaande het werklieden- en bediendenbestand zijn gebaseerd op een eenzijdig door de werkgever toegekend, of een in onderling overleg tussen werkgever en werknemer aanvaarde kwalificatie. Deze kwalificatie kan juridisch juist of foutief zijn. De sociale-zekerheidskwalificatie kan bewust «foutief» zijn, en erop gericht zijn aan de betrokken werkmán/werkster de voordelen van het bediendenstatuut contractueel toe te kennen⁸⁸. De foutieve kwalificatie vindt echter niet steeds haar oorsprong in een bewuste keuze. De partijen kunnen zich namelijk ook vergissen aangaande de ware hoedanigheid van de betrokken werknemer.

De juridische ordening met betrekking tot het onderscheid werkmán/bediende is van die aard dat ze vergissingen kan bevorderen, eerder dan ze te vermijden. Het in de wet op de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978 aangereikte criterium om het onderscheid tussen bediende en werkmán vast te stellen is uiterst confuus. Werkmán is hij of zij die zich verbindt, tegen loon, onder gezag van een werkgever, in hoofdzaak handarbeid te verrichten⁸⁹. Bediende is hij of zij die in hoofdzaak hoofdarbeid verricht, in een band van ondergeschiktheid en tegen de betaling van een loon⁹⁰.

Het door de wetgever gehanteerde criterium is dermate onbepaald dat de concrete invulling ervan in de rechtspraak moet gebeuren. De rechtspraak zou althans voor een verduidelijking moeten hebben gezorgd. Een analyse van de concrete gevallen die in de rechtspraak aan bod zijn gekomen, maakt het echter niet mogelijk tot het besluit te komen dat het wettelijke criterium aan duidelijkheid heeft gewonnen via de concrete rechterlijke toepassingen, over de jaren heen⁹¹.

Het aangereikte criterium «hoofdzakelijk hoofd- of handarbeid» brengt zowel kwalitatieve als kwantitatieve problemen met zich mee.

Indien de functie van de werknemer een combinatie inhoudt van zowel hoofdelijke als lichamelijke prestaties, zal de rechter die eventueel over het geschil moet oordelen, tot

een weging moeten overgaan van beide elementen om te bepalen welke van beide soorten prestaties *hoofdzakelijk* wordt uitgeoefend⁹². Om te bepalen welke soort prestaties als doorslaggevend moet worden aangemerkt, moet niet uitsluitend gelet worden op het gedeelte van de *arbeidstijd* dat aan een bepaalde soort prestaties wordt besteed. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het feit dat een persoon die in dienst was genomen als een ouvreuse en die slechts één vierde van de werktijd besteedde aan het werk aan een kassa, desalniettemin een bediende kon zijn⁹³. Het Hof oordeelde dat de prestaties als kassierster als doorslaggevend moesten worden aangemerkt «op grond dat zij degene die ze uitvoert met een grote verantwoordelijkheid belasten, aangezien de kassierster niet enkel de plaatsbewijzen uitreikt en het bedrag ervan ontvangt, doch eveneens de kassa moet afsluiten bij het einde van haar dienst, en de daarin voorkomende bedragen moet kunnen verantwoorden.»⁹⁴. Ook de monitor van een groep gehandicapten werd als een bediende beschouwd, hoewel hij «het grootste gedeelte van zijn tijd 'eerder simpele en onbenullige handenarbeid' verrichtte.»⁹⁵. Deze handelingen waren immers bedoeld als een stimulans voor de gehandicapten en waren dan ook een soort van groepstherapie. De taak van de monitor moet daarom be-

⁹² Zie o.a. Cass., 2 juni 1955, *Arr. Cass.*, 1955, 822; Cass., 14 oktober 1954, *Arr. Cass.*, 1955, 76. De rechter ten gronde beslist op onaantastbare wijze welk van beide soorten prestaties doorslaggevend is (Cass., 8 mei 1964, *Pas.*, 1964, 952; Cass., 2 juni 1955, *Arr. Cass.*, 1955, 822). De vaststelling aangaande de hoedanigheid van werknemer is een feitelijke kwestie. Nochtans merkt J. Steyaert terecht op dat hierdoor de controle van het Hof van Cassatie toch niet volledig wordt uitgeschakeld (STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, 87, nr. 113). Daar beide begrippen, werkmán en bediende, wettelijke begrippen zijn kan het Hof van Cassatie nagaan of de rechter ten gronde, op basis van de op onaantastbare wijze vastgestelde feiten tot de conclusie kan komen waartoe hij gekomen is, zonder de wettelijke begrippen te schenden. De rechter ten gronde bevindt zich in een soortgelijke situatie wanneer hij besluit tot de aan- of afwezigheid van een rechtmatig ontslag om een dringende reden. Hij stelt op onaantastbare wijze de feiten vast, doch het Hof van Cassatie is bevoegd om na te gaan of de feitenrechter uit de door hem vastgestelde feiten wettig heeft kunnen afleiden dat de door de werkgever aangevoerde reden ter verantwoording van het ontslag geen dringende reden is in de zin van de wet op de Arbeidsovereenkomsten (zie Cass., 8 februari 1988, *J.T.T.*, 1988, 157, adv. adv.-gen. LENAERTS, n.; Cass., 12 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 514 en *Pas.*, 1981, 505; zie ook ENGELS, C., *Ontslag wegens dringende reden*, 139, nr. 773). De feiten-rechter mag hierbij zijn beslissing baseren op feitelijke vermoedens (Cass., 10 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 851; Cass., 22 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1092). Hierbij zij opgemerkt dat de werkgever de aard van de functie kan bewijzen door getuigen, tegen en boven de inhoud van een door hemzelf geschreven akte (Cass., 10 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 851; Cass., 22 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1092).

⁹³ Cass., 2 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 903.

⁹⁴ Cass., 2 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 903. Zie ook STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, 87-88, nr. 116; VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 316, nr. 2063; CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 59; VAN EECKHOUTTE, W., DEMEDTS, M., SAELAERT, C. en TAGHON, A., «Overzicht van rechtspraak arbeidsovereenkomsten (1976-1987)», *T.P.R.*, 1989, 463, 539, nr. 88.

⁹⁵ Cass., 7 november 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 269.

⁸⁷ Zie BVerfGE 82, 126, 150-152.

⁸⁸ Zie supra «De conventionele toekenning van de voordelen van het bediendenstatuut van werklieden.»

⁸⁹ Art. 2, W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

⁹⁰ Art. 3 W. 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

⁹¹ Zie o.a. CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 60 («Uit de rechtspraak kan men slechts weinig echte criteria afleiden, die een zekere houvast bieden»).

schouwd worden als een van leiding, begeleiding en opvoeding van de minder-validen.»⁹⁶ Een bediendentaak dus. De afwisseling van langere periodes van manuele prestaties met kortere periodes van intellectuele prestaties sluit dus geenszins het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor bedienden uit⁹⁷.

Ook op het kwalitatieve vlak bieden er zich problemen aan bij de identificatie van een bepaalde soort arbeid als hoofd- of handenarbeid. De aard van het werk, en de aard van het werk alleen is principieel het criterium dat het mogelijk moet maken te bepalen of een prestatie wordt geleverd als bediende of als werkmans⁹⁸. Het gaat hier om de *werkelijk gepresteerde arbeid* die doorslaggevend is⁹⁹. De feitenrechter moet op basis van de feitelijk door de werknemer verrichte taken beslissen over de hoedanigheid van de betrokken werknemer¹⁰⁰. Dit heeft onder meer tot gevolg dat, wanneer de taak van de werknemer belangrijke periodes van loutere beschikbaarheid omvat, gedurende welke er eigenlijk niet wordt gepresteerd, «de hoedanigheid van de hierbij betrokken werknemer gerelateerd dient te worden aan de oogmerken waarop deze beschikbaarheid is gericht, dit is aan de effectieve arbeid, die de werknemer, indien nodig, dient te verrichten.»¹⁰¹.

Reeds in de jaren vijftig werd gezegd dat het onderscheid tussen hoofd- en handenarbeid niet meer eigentijds was, en in de praktijk – ook toen reeds – voor grote toepassingsproblemen zorgde¹⁰². Technologische innovaties maken het

gedeeltelijk mogelijk zwaar fysiek en vuil labuur werk uit te sluiten of de omvang ervan gevoelig te verminderen¹⁰³. Het manueel hanteren van technisch hoogwaardige apparatuur lijkt bijna steeds een zekere intellectuele inbreng te vereisen¹⁰⁴. In onze samenleving vereist elk manueel werk van een gespecialiseerde werkmans een zekere graad van reflectie en de toepassing van technische kennis die in eerste instantie van intellectuele aard is, maar die haar toepassing vindt door het gebruik van de handen¹⁰⁵. De Arbeidsrechtbank te Brussel wijst er dan ook op dat elk manueel beroep de toepassing van theoretische kennis veronderstelt¹⁰⁶. De werkmans moet de fysische eigenschappen kennen van de grondstoffen waarmee hij/zij werkt¹⁰⁷. Bovendien moet de werkmans op de hoogte zijn van de technische aspecten van de instrumenten die worden aangewend¹⁰⁸. Het leger der ongeschoolde en ongeletterde proletariërs is gedecimeerd. De werknemers in hun totaliteit genieten een langere schoolse opvoeding en hogere graad van opleiding¹⁰⁹. Een aantal werknemers dat traditioneel ontegenzeggelijk als bedienden wordt beschouwd, verricht daarentegen arbeid die een steeds meer repetitief karakter vertoont en intellectueel minder stimulerend is¹¹⁰. Het onderscheid wordt ook mede

de arbeid en de sociale voorzorg uitgebracht door A. BREYNE, *Parl. Doc., Senaat*, 1959-60, nr. 463, 3: «Het ontwerp valt in de continuïteit van een wetgevende actie, waarvan de wet van 4 maart 1954 een belangrijke fase was en die ertoe strekt *het onverantwoord geschil, dat thans bestaat tussen het wettelijk statuut van de arbeider en het wettelijk statuut van de bediende, geleidelijk te verminderen*. (...) Op dit ogenblik leidt de toekenning van het wettelijk statuut van de arbeider of van het wettelijk statuut van de bediende, naargelang zij «handarbeid» of «hoofdarbeid» verrichten, in zeer vele gevallen tot willekeurige sociale discriminaties.»

¹⁰³ Zie o.a. Arbrb. Luik, 10 maart 1976, *Jur.Liège*, 1975-76, 234.

¹⁰⁴ De invoering van nieuwe technieken en technologieën kan natuurlijk ook met zich brengen dat de werknemer te maken krijgt met steeds gemakkelijker hanteerbare apparatuur, waarvan de bediening zo goed als *geen* intellectuele inspanning vereist. Zie o.a. Arbrb. Luik, 10 maart 1976, *Jur.Liège*, 1975-76, 234.

¹⁰⁵ Zie o.a. Arbrb. Brussel, 15 januari 1982, *J.T.T.*, 1984, 67. Zie ook STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, 85, nr. 107.

¹⁰⁶ Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 39.

¹⁰⁷ Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 39.

¹⁰⁸ Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 39.

¹⁰⁹ Met betrekking tot beroepsopleiding georganiseerd door de ondernemingen zelf meldt J. Denys van het Hoger Instituut voor de Arbeid (HIVA), K.U.Leuven, dat het opvallend is dat bedrijven waar enkel bedienden zijn tewerkgesteld, in meer gevallen opleiding voorzien dan de zogenaamde gemengde bedrijven (respectievelijk 78 en 56%). DENYS, J., «Bedrijfsopleidingen voor bedienden», *Or.*, 1991, 25, 27.

¹¹⁰ Zie Arbrb. Brussel, 15 januari 1982, *J.T.T.*, 1984, 67: «Attendu que dans la société actuelle, tout travail d'ordre manuel de l'ouvrier spécialisée implique de la réflexion et met en jeu une série de connaissances techniques et notamment l'usage et la lecture de plusieurs appareils de mesurage et de contrôle, des démontages, le placement de nouvelles pièces, le réglage des appareils réparées, etc., qui de prime abord sont essentiellement intellectuelles, mais qui trouvent leur application véritable par l'usage des mains; que ce raisonnement démontre clairement le caractère dépassé des critères de distinction maintenus, surtout quand ces prestations sont comparées à celles des employés aux écritures, dont la fonction évolue actuellement dans le sens d'une mécanisation avancée avec l'usage d'ordinateurs divers et d'autres appareils électroniques». Zie ook

⁹⁶ Cass., 7 november 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 269.

⁹⁷ Zie o.a. Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158.

⁹⁸ Zie o.a. Arbh. Luik, 27 februari 1985, *Jur.Liège*, 1985, 270 («Attendu que la nature du travail, manuel ou intellectuel, est le seul élément pertinent de distinguer un contrat de travail d'un contrat d'emploi»); Rb. Leuven, 8 januari 1958, *R.W.*, 1958-59, 494, n. M.D.K. Zie ook VRANKEN, M., «Soorten arbeidsovereenkomsten», *Or.*, 1982, 213; MERGITS, B., «Soorten Arbeidsovereenkomsten», in *Aanwerven, Tewerkstellen, Ontslaan*, MERGITS, B., VANACHTER, O., VAN ECKHOUTTE, W. en VOTQUENNE, D. (red.), losbl., A 203 170; STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, 87, nr. 112.

⁹⁹ Zie o.a. Cass., 10 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 850; Cass., 22 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1092; Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158; Arbrb. Brussel, 14 oktober 1985, *Rs.Arb.Br.*, 1986, 135; Arbrb. Luik, 14 april 1975, *Jur.Liège*, 1975-76, 77.

¹⁰⁰ Zie o.a. Cass., 30 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 395.

¹⁰¹ Arbrb. Antwerpen, 20 oktober 1981, *R.W.*, 1982-83, 1202. Zie ook VAN ECKHOUTTE, W., DEMEDTS, M., SAELEAERT, C. en TAGHON, A., «Overzicht van rechtspraak arbeidsovereenkomsten (1976-1987)», *T.P.R.*, 1989, 463, 539, nr. 88; CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werkliden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 59.

¹⁰² Zie o.a. TAQUET, M., «Aperçu relatif à la dualité de statut juridique des ouvriers et des employés», *T.S.R.*, 1959, 153, 168. Zie ook BLANPAIN, R., «Voorstellen tot wijziging van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978», *Or.*, 1988, 238, 239-240; STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, 85, nr. 107; WILLAERT, Ch., «L'uniformisation de la législation en matière de contrats de louage de travail Etat de la question – Perspectives», *J.T.T.*, 1977, 341; BLANPAIN, R., MERTENS-DANIELS, NIEUWDOOP, R., «De toenadering der statuten werkmans - bediende», *Arbl.*, 1968, 1286, 1347; MORGENTHAU, L., *Opmerkingen*, *T.S.R.*, 1959, 215. Zie ook ontwerp van wet tot invoering van het gewaarborgd weekloon, verslag namens de commissie voor

om die reden als verouderd en achterhaald ervaren ¹¹¹. Het onderscheid werkman/bediende doet artificieel aan ¹¹².

2. Het criterium toegepast – De feitelijke aanwijzingen

De moeilijkheid om uit te maken wat intellectuele prestaties zijn, en wat hoofdzakelijk manuele prestaties zijn, heeft ertoe geleid dat hoven en rechtbanken reeds van het begin af andere elementen dan de enkele aard van de geleverde prestatie in overweging nemen. Hoewel dergelijke elementen slechts ter ondersteuning van beslissingen aangaande de aard zelf van de prestatie zouden mogen dienen, lijkt het vaak zo te zijn dat ze de voornaamste redenen uitmaken waarop de basisbeslissing is gefundeerd. Bovendien is het lot dat deze feitelijke aanduidingen is beschoren, niet steeds hetzelfde. Tegenstrijdige uitspraken zijn dan ook legio ¹¹³.

Een paar feitelijke aanduidingen nader bekeken:

– de wijze en de periodiciteit van de uitbetaling van het loon

In principe heeft het feit dat het loon wekelijks, om de twee weken of maandelijks wordt uitbetaald geen invloed op de aard van de geleverde prestatie ¹¹⁴. De wijze waarop het loon wordt uitbetaald kan immers ook mee afhangen van gebruiken, gewoonten en afspraken tussen de betrokken par-

ontwerp van wet tot invoering van het gewaarborgd weekloon, verslag namens de commissie voor de arbeid en de sociale voorzorg uitgebracht door A. BREYNE, *Parl.Doc., Senaat*, 1959-60, nr. 463, 3: «Op dit ogenblik leidt de toekenning van het wettelijk statuut van de arbeider of van het wettelijk statuut van de bediende, naargelang zij 'handarbeid' of 'hoofdarbeid' verrichten, in zeer vele gevallen tot willekeurige sociale discriminaties. Het is inderdaad zo: dat vele arbeiders een hoger intellectueel peil hebben en moeten hebben dan sommige bedienden; dat vele arbeiders werkzaamheden verrichten en verantwoordelijkheden op zich nemen die belangrijker zijn dan die welke verricht of op zich genomen worden door bedienden; dat de vermenigvuldiging in de bureaus van niet gekwalificeerde betrekkingen het ontvluchten van de handenarbeid dreigt aan te moedigen».

¹¹¹ Zie o.a. Arbrb. Luik, 10 maart 1976, *Jur.Liège*, 1975-76, 234: «Attendu que, longtemps, le travail dit manuel fut caractérisé par l'effort physique – généralement salissant – émanant d'hommes maintenus à l'écart d'un savoir même élémentaire, par opposition avec le travail dit intellectuel de l'employé – détenant pour sa part, derrière un col blanc, une formation permettant à tout le moins certains écrits; que telle classification est de plus en plus dépassée avec l'évolution de la technique moderne et de l'hygiène des lieux de travail; l'on voit actuellement des ouvriers, sans blue de travail, déployer des qualités intellectuelles et un sens des responsabilités que l'on ne demande pas à certains employés en salopette ou tablier blanc; qu'actuellement le fossé est généralement comblé entre ouvriers et employés sous l'angle des compétences et rémunérations s'il ne l'est pas encore sous l'angle de certaines mentalités archaïques».

¹¹² Zie o.a. Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158.

¹¹³ Zie CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 60.

¹¹⁴ Zie o.a. Arbrb. Luik, 3 juni 1986, *T.S.R.*, 1987, 360; Arbrb. Luik, 14 april 1975, *Jur.Liège*, 1975-76, 77; Arbrb. Dinant, 21 november 1978, *Jur.Liège*, 1978-79, 181; Rb. Leuven, 8 januari 1958, *R.W.*, 1958-59, 494, M.D.K. Zie ook STEYAERT, J., DE GANCK, C. EN DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, Handarbeiders en bedienden*, 86, nr. 110.

tijen ¹¹⁵. Toch kan worden vastgesteld dat rechterlijke uitspraken vaak terloops vermelden dat de maandelijksse betaling van het loon aan de werknemers erop wijst dat ook de werkgever de betrokkene wel als een bediende heeft beschouwd ¹¹⁶.

– het diploma en de verstandelijke begaafdheid

Het feit bepaalde diploma's behaald te hebben en over een zekere verstandelijke begaafdheid te beschikken kan doen veronderstellen dat de betrokkene een werk van intellectuele aard zou verkiezen boven een louter manueel werk. Werk als handarbeider wordt erdoor echter niet uitgesloten. Principeel zou men dan ook moeten stellen dat deze feitelijke aanwijzingen niet van belang zijn bij de bepaling van de aard van de geleverde prestaties ¹¹⁷. Het feit dat de nachtwacht van Hotel «Amigo» in Brussel over een zekere taalvaardigheid beschikte en de toeristen van nuttige tips en inlichtingen kon voorzien, werd nochtans mede in acht genomen om tot het bestaan van een bediendenovereenkomst te besluiten ¹¹⁸. De ballerina werd als een bediende beschouwd omdat haar werk een doorgedreven aandacht en een aanzienlijk geheugenwerk vereiste ¹¹⁹. De precisie en de aandacht die het werk van een meubelmaker vereisen werd dan echter weer niet als voldoende aangemerkt om hem als bediende te beschouwen ¹²⁰.

– Het nemen van initiatief, leiding, verantwoordelijkheid en creativiteit

De Arbeidsrechtbank te Namen zag in de aan- en afwezigheid van deze feitelijke kenmerken een voldoende reden om een magazijnier-bediende van een collega-werkman te onderscheiden ¹²¹.

Ook het dragen van enige verantwoordelijkheid met betrekking tot geldelijke ontvangsten en afrekeningen wordt soms in overweging genomen om de aard van de geleverde prestaties te bepalen ¹²². De Arbeidsrechtbank te Dendermonde beklemtoonde echter dat het enkele feit dat een bepaalde verkoopster «een verminderde verantwoordelijkheid

¹¹⁵ Zie o.a. Arbrb. Luik, 14 april 1975, *Jur.Liège*, 1975-76, 77.

¹¹⁶ Zie o.a. Arbh. Luik, 27 februari 1985, *Jur.Liège*, 1985, 270; Rb. Bergen, 12 juli 1973, *Pas.*, 1944, 9. Zie ook CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 60.

¹¹⁷ Zie o.a. Arbrb. Antwerpen, 20 oktober 1981, *R.W.*, 1982-83, 1202. Zie ook MERGITS, B., «Soorten Arbeidsovereenkomsten», in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan, o.c.*, losbl., A 203 18. Anders: Arbh. Luik, 14 maart 1984, *J.T.T.*, 1985, 195.

¹¹⁸ Zie Arbrb. Brussel, 22 juli 1983, *J.T.T.*, 1984, 103.

¹¹⁹ Zie Wrr. Ber. Brussel, 9 januari 1962, *T.S.R.*, 1962, 151.

¹²⁰ Zie Wrr.Ber.Bergen, 23 februari 1970, *J.T.T.*, 1970, 78.

¹²¹ Zie Arbrb. Namen, *Jur.Liège*, 1973-74, 125. Zie ook Arbh. Luik, 14 maart 1984, *J.T.T.*, 1985, 195; Wrr.Ber.Bergen, 27 januari 1962, *T.S.R.*, 1962, 112; Arbrb. Brussel, 30 april 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 236. Zie ook CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 60-61.

¹²² Zie o.a. Cass., 2 april 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 903; Cass., 10 april 1964, *Pas.*, 1964, 845 (zelfs al is de verantwoordelijkheid minnien dan nog is betrokkene bediende); Arbh. Brussel, 1 juni 1983, aangehaald in Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158; Wrr. Ber.Brussel, 1 december 1970, *Pas.*, 1971, 105; Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158; Arbrb. Dinant, 21 november 1978, *Jur.Liège*, 1978-79, 181.

droeg, omdat zij geen geld hoefde te ontvangen, niet het wezen van de verrichte prestaties kan wijzigen.»¹²³.

De deelname aan de leiding van de onderneming wordt ook geacht voor bedienden gereserveerd te zijn¹²⁴. Het beschikken over hulppersoneel dat onder zijn gezag staat wordt dan ook soms beschouwd als een aanwijzing van bediendenstatus¹²⁵. Het feit uitzonderlijk verantwoordelijkheid en leiding te nemen verandert op zich echter niets aan het manuele karakter van bepaalde prestaties¹²⁶. Toch moet als uitgangspunt genomen worden, het principe dat het intellectuele gehalte van een prestatie «... niet mag worden verward met enige vereiste inzake begaafdheid, ontwikkeling.»¹²⁷. Ook een werkmans kan een zekere creativiteit en initiatiefname ten toon spreiden¹²⁸.

– de *sociale zekerheidsaangifte* als werkmans of bediende.

¹²³ Arbrb. Dendermonde, 7 oktober 1974, *T.S.R.*, 1975, 132. Zie ook Cass., 10 april 1964, *Pas.*, 1964, 845. Zie ook MERGITS, B., «Soorten Arbeidsovereenkomsten», in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan, o.c.*, losbl., A 203 180.

¹²⁴ Zie o.a. Arbh. Luik, 6 april 1973, *Jur.Liège*, 1973-74, 42; Arbrb. Luik, 14 april 1975, *Jur.Liège*, 1975-76, 77. Zie ook Arbh. Gent, 6 oktober 1986, *Soc.Kron.*, 1987, 127 (laagste niveau van personen die verantwoordelijkheid dragen – werkmans). Zie ook MERGITS, B., «Soorten Arbeidsovereenkomsten», *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan, o.c.*, losbl. A 203 180. De meester-gast of ploegbaas wordt echter vaak als een werkmans aangemerkt. De wet op de arbeidsovereenkomsten van 1900 bepaalde dat meesterknechts en onderbazen werklieden waren. De wet van 3 juli 1978 neemt deze aparte classificatie niet meer op (zie VAN EECKHOUTTE, W., DEMEDTS, M., SAELAERT, C. en TAGHON, A., «Overzicht van Rechtspraak Arbeidsovereenkomsten (1976-1987)», *T.P.R.*, 1989, 463, 539-540, nr. 89). Het Arbeidshof te Brussel ging er in 1986 blijkbaar nog van uit dat de meester-gast wettelijk de hoedanigheid heeft van werkmans (Arbh. Brussel, 20 maart 1986, *Int.Soc.Secr.*, 1986, 17, 1). Het Arbeidshof te Gent oordeelde in een concreet geval de situatie van de betrokken meester-gast op basis van het feit dat hij het laagste niveau innam van mensen met verantwoordelijkheid in de onderneming (Arbh. Gent, 6 oktober 1986, *Soc.Kron.*, 1987, 127). Aangezien de classificatie van meester-gast niet meer voorkomt in de wet van 3 juli 1978, moet de hoedanigheid van de meester-gast beoordeeld worden, zoals die van elke andere werkmans, op basis van de aard van het uitgevoerde werk. Deze interpretatie vindt steun in de voorbereidende teksten van de Arbeidsovereenkomstenwet (zie ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten (4 september 1974), *Parl.Doc.Senaat*, 381 5B.Z., 1974, weergegeven in BLANPAIN, R., *De wet op de arbeidsovereenkomsten, inleidende commentaar, vergelijkende tabellen, wettekst en voorbereidende werken, reeks sociaal recht*, nr. 1, 111-112).

¹²⁵ Zie o.a. Arbh. Luik, 27 februari 1985, *Jur.Liège*, 1985, 270; Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 39.

¹²⁶ Zie o.a. Arbrb. Dinant, 21 november 1978, *Jur.Liège*, 1978-79, 181. Zie ook Cass., 30 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 395.

¹²⁷ Arbrb. Antwerpen, 20 oktober 1981, *R.W.*, 1982-83, 1202. Zie ook Wrr.Ber.Bergen, 23 februari 1970, *J.T.T.*, 1970, 78. Zie ook STEYAERT, J., DE GACNK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst, handarbeiders en bedienden*, 86-87, nr. 112.

¹²⁸ Zie Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 39. De afwezigheid van een echte mogelijkheid tot initiatiefname, gekoppeld aan het feit nauwkeurige instructies te ontvangen werd aangemerkt als een aanduiding wijzend in de richting van de hoedanigheid van werkmans: Arbh. Luik, 12 oktober 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 82. Zie ook Arbh. Luik, 19 december 1990, *J.T.T.*, 1991, 231; Arbh. Antwerpen, 19 augustus 1983, *R.W.*, 1983-84, 1818.

De wijze waarop de partijen hun aangifte doen bij de sociale zekerheid is een vorm van *indirecte kwalificatie* die als zodanig niets met de aard van de geleverde prestaties te maken heeft. De inschrijving bij de sociale zekerheid als zelfstandige of als werkmans mag geen invloed hebben op het beantwoorden van de vraag of er al dan niet een arbeidsovereenkomst bestaat¹²⁹. Hetzelfde principe moet ook hier gelden aangezien de partijen bij de arbeidsovereenkomst niet vrij zijn in het bepalen van de aard van de geleverde prestaties¹³⁰. Het is de aard van de geleverde prestatie die beslissend moet zijn voor de wijze waarop de werkmans bij de sociale zekerheid wordt ingeschreven¹³¹. Wordt bij de bepaling van de aard van de prestatie rekening gehouden met de sociale-zekerheidsinschrijving, dan betekent dit eigenlijk dat oorzaak en gevolg worden omgekeerd. Het gevolg, namelijk de wijze van sociale-zekerheidsaangifte, wordt dan mede bepalend voor wat eigenlijk de oorzaak is, namelijk de aard van de prestatie.

Sommige uitspraken erkennen dit principe, maar gaan er tevens van uit dat de vorm van inschrijving bij de sociale zekerheid een bevestiging kan inhouden van hun reeds eerder gevormde opinie¹³².

– de *kwalificatie*

Met betrekking tot de waarde van de benaming die de partijen aan een overeenkomst hebben gegeven, zijn er in het sociale recht twee tendensen te erkennen. De *eerste stelling* gaat ervan uit dat de rechter zich over de realiteit van het concrete geval moet buigen, en dan ook geenszins gehouden is het door de partijen opgeplakte label te eerbiedigen. De rechter moet in elk geval opnieuw de ware aard van de overeenkomst bepalen¹³³. Het centrum van de werkelijke kwalificatie ligt hier bij de rechter. De *tweede stelling* gaat ervan uit dat de rechter de door de partijen gegeven kwalificatie eerbiedigt, tenzij in een aantal uitzonderingsgevallen. Volgens de tweede stelling moet de rechter pas herkwalificeren wanneer er sprake is van bedrog, dwaling of een onverenigbaarheid tussen de bedingen van de overeenkomst en de betiteling ervan¹³⁴. Ook met betrekking tot de problematiek werkmans/bediende kan dezelfde tweedeling aangaande de aan de kwalificatie te hechten waarde worden teruggevonden.

¹²⁹ Zie ENGELS, C., *Het onderschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 146-153; ENGELS, C., «De exploitant van een benzinestation: werkmans of zelfstandige?», noot onder Arbh. Bergen, 30 juni 1988, *Soc.Kron.*, 1989, 136, 137-138.

¹³⁰ De sociale zekerheidsaangifte voor de nochtans als een van de aanwijzingen vermeld door Arbh. Brussel, 3 december 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 201; Arbh. Luik, 27 februari 1985, *Jur.Liège*, 1985, 270; Arbrb. Brussel, 30 april 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 236; Arbrb. Charleroi, 2 oktober 1984, *J.T.T.*, 1986, 83; Arbrb. Dinant, 4 oktober 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 118. Zie ook CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 60.

¹³¹ Hetzelfde geldt voor de vermeldingen op de formulieren voor de werkloosheidsuitkeringen. Zie o.a. Arbh. Luik, 3 juni 1986, *T.S.R.*, 1987, 350. Zie nochtans Cass., 22 juni 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 1092; Arbh. Brussel, 3 december 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 201.

¹³² Zie o.a. Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158; Arbrb. Namen, 14 september 1973, *Jur.Liège*, 1973-74, 125.

¹³³ Zie ENGELS, C., *Het onderschikt verband naar Belgisch Arbeidsrecht*, o.c., 125-132.

¹³⁴ Zie ENGELS, C., *Het onderschikt verband naar Belgisch Arbeidsrecht*, o.c., 133-136.

den¹³⁵. Aangezien niet de wil der partijen, maar wel de aard van de geleverde prestaties bepalend is voor de aard van de arbeidsovereenkomst, mag ook hier geen rekening worden gehouden met de benaming die de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven¹³⁶. Zoals de Arbeidsrechtbank te Brussel het uitdrukte in het vonnis van 15 januari 1982, waarin het tevens het achterhaalde karakter van het door de wet in stand gehouden onderscheidingscriterium onderstreepte: «Attendu qu'en principe le fait prévaut sur la qualification conventionnelle dans la détermination de la qualité d'ouvrier ou d'employé, les normes légales étant impératives»,¹³⁷.

Het hier ingenomen standpunt geldt niet alleen met betrekking tot de kwalificatie die wordt doorgevoerd in de *individuele* arbeidsovereenkomst. Ook de omschrijving van een prestatie als omvattende hoofdzakelijk hoofd- of handenarbeid, in een *collectieve arbeidsovereenkomst* bindt de rechter ter zake niet¹³⁸. Het gaat in een dergelijk geval immers ook maar om de uitgedrukte wil der «partijen», zij het dan met dit verschil dat werknemers collectief zijn vertegenwoordigd en dus niet in dezelfde mate blootstaan aan de druk van werkgeverszijde¹³⁹. Toch vinden meerdere rechters in de door de collectieve arbeidsovereenkomst doorgevoerde classificatie en kwalificatie een waardevolle aanwijzing betreffende de aard van de prestaties¹⁴⁰.

Vaak wordt samen met de conventionele kwalificatie ook het feit in acht genomen dat de betrokken werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst niet heeft *geprotesteerd* tegen de betiteling¹⁴¹. Daar de werknemer minstens

gedurende de uitvoering van de arbeidsovereenkomst als de economisch zwakkere partij kan worden beschouwd, zou met een uitblijven van protest van zijn kant geen rekening gehouden mogen worden. Het kan de werknemer niet ten kwade worden geduid dat hij gezwezen heeft in de hoop verder tewerkgesteld te blijven¹⁴².

Belang van de kwalificatie bij evenwicht tussen de andere aanwijzingen

In een geval dat beide kanten uit kan omdat er evenveel aanwijzingen zijn in de richting van hoofdzakelijk hoofd- als van hoofdzakelijk handenarbeid, blijken rechters geneigd te zijn de kwalificatie als een doorslaggevend element te beschouwen¹⁴³.

Uit de bespreking van de feitelijke aanwijzingen die door de rechtspraak in acht worden genomen om te beslissen over de aard van de geleverde prestaties, blijkt dat er een groot aantal tussen zitten die met de kern van het probleem niets te maken hebben. De door de rechtspraak aangenomen houding is echter minstens gedeeltelijk verklaarbaar door de praktische moeilijkheden die bestaan om in een concreet geval te bepalen of de geleverde prestatie van doorslaggevende intellectuele of manuele aard is. Het feit dat de jurisprudentiële houding vanuit praktisch standpunt wel enigszins begrijpelijk is, betekent echter niet dat een dergelijke houding ook juridisch te verantwoorden valt. Bovendien moet men ook vaststellen dat dezelfde aanwijzingen nu eens wel en dan weer niet geacht worden de beslissing aangaande de aard van de arbeidsovereenkomst mede te bepalen. De rechtszekerheid komt hierdoor wel erg in het gedrang.

C. Besluit

Het onderscheid tussen werklieden en bedienden mist een voldoende rechtvaardigingsgrond. Het criterium dat wordt aangewend om werknemers in een van de beide categorieën onder te verdelen is bijzonder confuus. Het onderscheid tussen hoofdzakelijk hoofd- en hoofdzakelijk handenarbeid komt artificieel over. Elke manuele prestatie veronderstelt een zekere intellectuele inspanning en ook omgekeerd. Het onderscheidingscriterium heeft het perverse gevolg de rechtsonzekerheid te bevorderen.

Het onderscheid dat bijvoorbeeld door de wet op de arbeidsovereenkomsten wordt gemaakt tussen werklieden en bedienden met betrekking tot de in acht te nemen opzeggingstermijnen in geval van ontslag, is ongrondwettig wegens strijdigheid met de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet. Niet alleen ontbreekt een voldoende rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid, maar bovendien is het criterium dat wordt aangewend om de ene van de andere groep te onderscheiden niet adequaat en pertinent. Het feit

¹³⁵ Vgl. Arbrb. Brussel, 19 oktober 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 373.

¹³⁶ Zie o.a. Cass., 10 maart 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 851; Arbh. Bergen, 6 januari 1987, *J.T.T.*, 1987, 256; Arbh. Luik, 14 maart 1984, *J.T.T.*, 1985, 195; Arbh. Luik, 17 december 1974, *Jur.Liège*, 1975-76, 34; Arbrb. Dinant, 4 oktober 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 118. Zie nochtans Arbrb. Brussel, 30 april 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 236; Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 38; Arbrb. Brussel, 14 oktober 1985, *Rs.Arb.Br.*, 1986, 135.

¹³⁷ Arbrb. Brussel, 15 januari 1982, *J.T.T.*, 1984, 67.

¹³⁸ Zie Arbrb. Brussel, 14 oktober 1985, *Rs.Arb.Br.*, 1986, 135 («De toute manière la référence à une catégorie visée dans une convention collective ne serait nullement déterminante»). Zie ook Wrr. Ber. Bergen, 27 december 1969, *J.T.T.*, 1970, 79, n. («Attendu que la qualification donnée à un travailleur par une commission paritaire ne lie pas le conseil de prud'hommes»).

¹³⁹ Zie o.a. Arbh. Bergen, 6 januari 1987, *J.T.T.*, 1987, 256.

¹⁴⁰ Zie o.a. Arbh. Brussel, 1 oktober 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 335; Arbh. Gent, 6 oktober 1986, *Soc.Kron.*, 1987, 127; Arbh. Antwerpen, 19 augustus 1983, *R.W.*, 1983-84, 1818; Arbh. Luik, 12 oktober 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 82; Arbh. Luik, 17 mei 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 58; Arbrb. Brussel, 12 november 1986, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 39; Arbrb. Charleroi, 2 oktober 1984, *J.T.T.*, 1986, 83; Arbrb. Brussel, 15 januari 1982, *J.T.T.*, 1984, 67. Zie ook CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 59; MERGITS, B., «Soorten arbeidsovereenkomsten», in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan, o.c.*, losbl. A 203 180; VAN EECKHOUTTE, W., DEMEDTS, M., SAELEAERT, C., en TAGHON, A., «Overzicht van Rechtspraak Arbeidsovereenkomsten (1976-1987)», *T.P.R.*, 1989, 463, 538, nr. 88; JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1982, 225-226, nr. 168.

¹⁴¹ Zie o.a. Arbh. Luik, 19 december 1990, *J.T.T.*, 1991, 231; Arbrb. Brussel, 19 oktober 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 372; Arbrb. Brussel, 14 oktober 1985, *Rs.Arb.Br.*, 1986, 135; Arbrb. Brussel, 15 janu-

ari 1982, *J.T.T.*, 1984, 67. Zie ook CUYPERS, D., «Het onderscheid tussen werklieden en bedienden», *Or.*, 1991, 57, 60.

¹⁴² Zie ENGELS, C., *Het onderschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht, o.c.*, 152-153. In de afwezigheid van protest wordt toch een zekere vorm van bevestiging gezien door Arbh. Luik, 17 mei 1977, *Jur.Liège*, 1977-78, 58; Arbrb. Brussel, 3 maart 1988, *Rs.Arb.Br.*, 1988, 158.

¹⁴³ Zie o.a. Arbrb. Brussel, 19 oktober 1987, *Rs.Arb.Br.*, 1987, 373.

dat aan het gemaakte onderscheid verdragende wettelijke gevolgen zijn vastgeknoopt kan de ingenomen stelling alleen maar kracht bijzetten.

IV. UITLEIDING: HET OPTREDEN VAN HET ARBITRAGEHOF ALS EEN AANMOEDIGING TOT WETGEVENDE INTERVENTIE

Indien de feitenrechter geconfronteerd wordt met een geval waarin een werknemer-werkman er zich over beklaagt dat de op hem toegepaste opzeggingstermijn te kort is in vergelijking met de termijn die werd toegekend aan zijn collega werknemer-bediende, dan zou de feitenrechter een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Arbitragehof aangaande de grondwettigheid van het gemaakte verschil. De vraag die door de bodemrechter gesteld kan worden is echter steeds begrensd door het bodemgeschil zelf. Dit betekent dat het Arbitragehof in een antwoord op een prejudiciële vraag nooit tot de ongrondwettelijkheid van het gemaakte onderscheid tussen werklieden en bedienden *op zich* zou kunnen besluiten. Een eenheidsstatuut tussen werklieden en bedienden kan dus niet *hic et nunc* door het Arbitragehof tot stand worden gebracht.

Een uitspraak van het Arbitragehof in antwoord op een prejudiciële vraag heeft bovendien slechts een relatief gezag. In de regel zijn dus slechts het rechtscollege dat de vraag heeft gesteld en elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak een uitspraak moet doen, verplicht het gezag ervan te aanvaarden ¹⁴⁴. In de praktijk zal de uitspraak van het Arbitragehof echter een grotere uitstraling kennen ¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Zie VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, o.c., 404-405, nr. 540.

¹⁴⁵ Zie o.a. *La Cour d'arbitrage, actualité et perspectives*, DELPÉRÉE (red.), Brussel, Bruylant, 1988, 185, nr. 178. «Une déclaration d'invalidité a des répercussions non négligeables en dehors du litige où la question de compétence a surgi. Elle s'oppose à ce qu'un juge décide de sa propre initiative d'appliquer une disposition jugée irrégulière par la Cour d'Arbitrage. L'existence d'une telle déclaration prive en effet tout juge – quel qu'il soit – de la possibilité de considérer que la disposition en question est manifestement régulière, ou en d'autres termes, que la régularité de cette disposition ne suscite pas une question véritable.»

Indien ons Arbitragehof als antwoord op een prejudiciële vraag zou beslissen dat het onderscheid tussen werkmans en bediende met betrekking tot de opzeggingstermijnen bijvoorbeeld strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, wat het o.i. duidelijk is, dan dringt zich een nieuwe vraag op aan de feitenrechter: gelijkschakeling naar boven of naar onder. Het Arbitragehof zal hierop zelf niet antwoorden. Maar, daar het dan bijvoorbeeld zal gaan om een geval waarin een werkmans er zich bij de arbeidsrechtbank over beklaagt dat hem een te korte opzeggingstermijn is toegekend en dat hij zich daardoor benadeeld acht, lijkt het logisch om tot een gelijkschakeling naar boven te beslissen. De rechtsonderhorige die over een ongrondwettige benadeling klaagt, en wiens stelling door de rechter wordt aangenomen, zal slechts genoegdoening kunnen vinden door het wegwerken van de benadeling. Een gelijkschakeling naar boven dus. Hierbij moet dan wel worden opgemerkt dat het niet steeds duidelijk zal zijn wat een gelijkschakeling naar boven, en wat een gelijkschakeling naar onderen nu eigenlijk inhoudt.

Het onderscheid tussen werklieden en bedienden heeft het hele landschap van de Belgische arbeidsverhoudingen doordrongen. Het is bovendien reeds zeer lang in ons rechtsbestel aanwezig. Indien het Arbitragehof om deze redenen zou weigeren de ongrondwettigheid van het gemaakte onderscheid te erkennen, zou het zich op het veld van opportuniteitsoverwegingen begeven. Een veld waar het duidelijk niet bevoegd is. De erkenning van de ongrondwettigheid van het onderscheid werkmans/bediende mag dan misschien wel meer stof doen opwaaien in politieke kringen en in de kringen van de sociale partners, toch gaat het hier om een loutere grondwettigheidstoetsing, daar zowel een degelijke rechtvaardigingsgrond als een adequaat en pertinent onderscheidingscriterium ontbreken. Om de strijdigheid met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet vast te stellen hoeft het Hof zich niet aan een opportuniteitstoetsing te wagen. Ook het feit dat een mogelijke stellingname door het Arbitragehof als katalysator voor (verder) wetgevend optreden kan dienen, impliceert niet dat het Hof zijn bevoegdheid als grondwettelijk Hof te buiten zou zijn gegaan.

Chris ENGELS

Postdoctoraal onderzoeker

K.U. Leuven

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

16 DECEMBER 1991

Voorzitter: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Mok

Advocaten: mrs. Steinhäuser en jhr. de Ranitz

Merk – 1. Vordering inzake merken – Territoriale bevoegdheid – 2. Uiterlijk van een waar – Bescherming als merk – 3. Vormen van waren

1. Wanneer een vordering «inzake merken» als bedoeld in art. 37, onder A, BMW gezamenlijk wordt ingesteld door meer dan één eiser voor een rechter binnen het Beneluxgebied die ingevolge die bepaling bevoegd is ten aanzien van die vordering wat betreft één van die eisers, en het nationale recht van die rechter erin voorziet dat in geval van meer eisers bevoegdheid ten opzichte van één ook bevoegdheid ten opzichte van de andere schept, brengt art. 37 mee dat die rechter tevens bevoegd is ten aanzien van de vorderingen van de andere eisers, ook al zijn die niet binnen zijn rechtsgebied gevestigd.

2. Het uiterlijk van de waar van een onderneming kan als merk worden beschermd wanneer het kan dienen om die waar te onderscheiden van waren afkomstig van andere ondernemingen.

Voor zodanige bescherming is niet vereist dat het relevante deel van het publiek het uiterlijk bepaaldelijk beschouwt als een door de ondernemer tot het publiek gericht teken dat die waar van hem afkomstig is.

In dit kader is evenmin van belang hoe groot het gedeelte van het in aanmerking komende publiek is dat in feite de waar op grond van haar uiterlijk als afkomstig van de ondernemer herkent.

3. Onder «vormen van waren» in art. 1, leden 1 en 2, BMW, moeten worden verstaan de driedimensionale vormen van de waren.

Burberrys t/ Bossi e.a.

Arrest nr. A 90/4

Conclusie van de plaatsvervangend advocaat-generaal M.R. Mok

1. Korte beschrijving van de zaak

1.1. Bij arrest van 1 maart 1990¹ heeft het gerechtshof in Den Haag aan het Benelux-Gerechtshof verzocht een aantal vragen te beantwoorden. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen de hiervoor genoemde partijen.

1.2. De geïntimeerden in het hoofdgeding — hierna: Bossi c.s. — hebben de appellant in het hoofdgeding, Burberrys, op verkorte termijn gedagvaard voor de rechtbank in Den Haag. De eis luidde o.m. tot het nietig verklaren en het gelasten van de doorhaling van de door Burberrys verrichte inschrijvingen in het Benelux-merkenregister van bepaalde ruitfiguren voor textielgoederen en kledingstukken. Burberrys heeft enige vorderingen in reconventie ingesteld.

De rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard tot kennisneming van de vorderingen, ingesteld door de eiseressen, die in België waren gevestigd (geïntimeerden 2, 6 en 12). Voor het overige heeft de rechtbank de vorderingen toegewezen (daaronder ook een veroordeling tot schadevergoeding, op te maken bij staat, aan geïntimeerden 4, 7 en 11). Zij heeft de reconventionele vorderingen van Burberrys afgewezen.

De rechtbank heeft (r.o. 7.4.) o.m. overwogen «dat de door Burberrys gedeponeerde ruitmotieven de wezenlijke waarde van de textielstukgoederen en de kledingstukken, waarvoor de ruitmotieven onder meer zijn ingeschreven, beïnvloeden in de zin van artikel 1, lid 2, B.M.W.»

1.3. Tegen dat vonnis heeft Burberrys hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof in Den Haag. Eén van de geïntimeerden heeft zich hangende de appelprocedure, met toestemming van Burberrys, uit het geding teruggetrokken².

In het kader van de behandeling daarvan heeft het gerechtshof de hierna te behandelen vragen aan het Benelux-Gerechtshof gesteld.

2. Bevoegdheid van de nationale rechter (vragen I en II)

2.1. Burberrys, de oorspronkelijk gedaagde, is buiten het Beneluxgebied gevestigd.

Van de nog in de procedure betrokken geïntimeerden hebben vijf, nl. de hiervoor met de nummers 3, 4, 5, 10 en 11 aangeduide, hun vestigingsplaats in Nederland. Zoals bleek waren drie geïntimeerden in België gevestigd. Geïntimeerde 1 is gevestigd in Italië, de overige zijn dat in de Bondsrepubliek Duitsland.

De vragen I en II hebben betrekking op art. 37 BMW. Zij houden in of de rechtbank in Den Haag onbevoegd is kennis te nemen van de vorderingen, ingesteld door de in Nederland, maar buiten het arrondissement Den Haag, en de in België gevestigde eiseressen (geïntimeerden in hoger beroep).

2.2. Zowel Burberrys als Bossi c.s. willen beide vragen ontkennend beantwoorden, derhalve in de zin dat de Haagse rechtbank wel bevoegd is.

Beslissend is dit niet, aangezien art. 37, onder B, de rechter opdraagt de onder A gegeven bevoegdheidsregels amts-halve vast te stellen.

2.3. Het, op grond van art. 220 van het EEG-Verdrag, op 27 september 1968 gesloten verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken («EEX-verdrag») is hier niet van toepassing. Art. 57, lid 1, daarvan bepaalt dat het EEX-verdrag andere verdragen waarbij de Verdragsluitende Staten partij zijn en die, voor bijzondere onderwerpen, o.m. de rechterlijke bevoegdheid regelen, onverlet laat³.

Er is ook wel aangenomen dat het EEX-verdrag de bevoegdheidsregeling van de BMW aanvult⁴, maar hoe dit zij, voor de onderhavige vraag kan dat niet van belang zijn omdat het EEX-verdrag (zoals volgt uit art. 3 daarvan) geen bevoegdheid op grond van de vestigingsplaats van de eiser schept.

2.4. Art. 37 BMW heeft als hoofdregel dat de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd is. Die hoofdregel kan hier, omdat de gedaagde buiten het Beneluxgebied gevestigd is, niet worden toegepast.

De plaats waar het merk is ingeschreven (nl. in Rijswijk ZH, dus binnen het rechtsgebied van de rechtbank te Den Haag) kan op zichzelf geen grondslag zijn voor de bevoegdheid. Daarover is in het Gemeenschappelijk Commentaar van de regeringen opgemerkt: «Het wordt echter nodig geacht een te grote uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter van de plaats, waar het Benelux-Merkenbureau zal zijn gevestigd, te voorkomen.»

³ Aldus ook W.L. HAARDT in *N.J.B.*, 1974, 981, reagerend op een (andersluidende) beschouwing van P.J.M. STEINHAUSER in *N.J.B.*, 1974, 514; zie ook het naschrift van STEINHAUSER onder de bijdrage van HAARDT, 982. Zie over het EEX-verdrag voorts: «Rapport-Jenard», ad art. 57, p. 125 e.v. (ook afgedrukt in Burgerlijke rechtsvordering, losbl., Verdragen, p. 391 e.v.); G.A.L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, 1973, nrs. 214-217, pp. 97-98; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 1987, p. 353 e.v.; P. VLAS, *Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), Verdr., p. 314g e.v.

⁴ Rb. Maastricht, 23 dec. 1982, *BIE*, 1984, 73, m.nt. W.L. HAARDT en W.M.J.C. PHAF (die de desbetreffende overweging onjuist achten).

¹ *IER*, 1990, 29.

² Nino AG, gevestigd te Nordhorn (BRD); vgl. de pleitnota, sub 1, van de raadsman van Bossi c.s. voor het Haagse gerechtshof.

Vanzelfsprekend staat dit niet in de weg aan de bevoegdheid van de Haagse rechtbank op andere gronden. Zulke andere gronden zijn aanwezig t.a.v. de oorspronkelijke eiser, hiervoor aangeduid met nummer 10, die is gevestigd in het arrondissement Den Haag en in de gegeven omstandigheden de zaak aanhangig mag maken bij de rechter van zijn woonplaats. Zulke gronden zijn eveneens aanwezig voor de eiseressen, hiervoor aangeduid met de nummers 1, 7, 8 en 9, die zijn gevestigd buiten het Beneluxgebied en daarom de zaak te hunner keuze bij de rechter te Brussel, Den Haag of Luxemburg aanhangig mogen maken.

2.5. Ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid om kennis te nemen van eisen van personen die binnen het Beneluxgebied, maar buiten het arrondissement Den Haag zijn gevestigd, bevat de BMW geen regeling, wat ertoe heeft geleid dat het Haagse hof de onderhavige vragen heeft gesteld.

Bossi c.s. hadden via omwegen dwingend kunnen bereiken dat de rechtbank in Den Haag bevoegd zou zijn van de eisen van elk hunner kennis te nemen. Zij hadden dat in de eerste plaats kunnen doen door de eis slechts te laten instellen door de in de laatste alinea van § 2.4 genoemde partijen (of sommige daarvan), waarna de overige zich, overeenkomstig art. 37, C, BMW hadden kunnen voegen. In de tweede plaats hadden de overige partijen, nadat de eerstbedoelde de eis bij de rechtbank in Den Haag zouden hebben ingediend, pro forma vorderingen bij de rechtbanken van hun vestigingsplaatsen in België en Nederland kunnen indienen, tegelijkertijd vorderend dat die rechtbanken de zaken (overeenkomstig art. 37, D) naar de rechtbank in Den Haag zouden verwijzen.

Gronden van redelijkheid en van proceseconomie pleiten ervoor, nu de oorspronkelijke eiseressen de bedoelde omwegen niet hebben gevolgd, maar de kortste weg hebben bewandeld, de rechtbank in Den Haag ook als bevoegd te beschouwen.

2.6. Het bovenstaande leidt ertoe dat ik voorstel de vragen I en II als volgt te beantwoorden:

«Wanneer een aantal eisers een vordering aanhangig heeft gemaakt bij de rechter die, overeenkomstig art. 37, onder A, derde zin, BMW, bevoegd is tot kennisneming van de vordering van een of enkele van die eisers, op grond van hun vestigingsplaats, is die rechter bevoegd tot kennisneming van de vordering van alle eisers.»

De gestelde vragen geven geen aanleiding tevens in te gaan op bevoegdheidsvragen bij pluraliteit van gedaagden.

3. Begrip merk (vraag III)

3.1. Vraag III houdt in of voor bescherming door de BMW van het uiterlijk van een waar als individueel merk (o.m.) vereist is dat het relevante deel van het publiek dat uiterlijk opvat als teken dienend om de waar van de onderneming te onderscheiden.

Het vraagstellende hof geeft te kennen het antwoord op die vraag niet met voldoende zekerheid in het arrest-Adidas (r.o. 97/98) van het BenGH⁵ te hebben kunnen vinden.

⁵ BenGH, 23 dec. 1985, nr. A 83/4, *Jur.*, 1985, 38, *N.J.*, 1986, 258, m.nt.L. WICHERS HOETH, *BIE*, 1986, 54, m.nt. E.A. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH.

3.2. Merken moeten volgens art. 1, lid 1, BMW *onderscheidend vermogen* bezitten⁶. Volgens het arrest-Adidas (r.o. 9) is van dergelijk onderscheidend vermogen sprake wanneer het publiek een teken opvat «als een teken dat de identiteit van de betrokken waar als afkomstig uit één bepaalde onderneming demonstreert».

Van een vereiste is in dat arrest nog geen sprake. Dat is echter wel het geval in het iets latere arrest-Omnisport⁷. Daar is voor gebruik van een merk of overeenstemmend teken in de zin van art. 13, A, lid 1, BMW bepaalde overwogen dat «vereist is dat degene die zich met betrekking tot zijn eigen waren van dat merk of teken bedient, dat op zodanige wijze doet dat voor het publiek duidelijk is dat dit gebruik betrekking heeft op een bepaalde, door hem verhandelde of ter levering aangeboden waar, welke door dit gebruik van die van anderen wordt onderscheiden».

Daarmee is de thans gestelde vraag niet geheel beantwoord. Hier wordt gevraagd of vereist is dat het publiek een teken in bepaalde zin opvat. De geciteerde overweging in het arrest-Omnisport verlangt dat het «voor het publiek duidelijk is», m.a.w. dat het publiek een teken (redelijkerwijs) in een bepaalde zin *kan* opvatten.

Naar mijn inzicht is het niet raadzaam verder te gaan dan in het arrest-Omnisport. Zou het Benelux-Gerechtshof dat wel doen, door de hier gestelde vraag III bevestigend te beantwoorden, dan zou het feitenrechtters voor een onuitvoerbare opgave kunnen plaatsen, nl. om vast te stellen hoe het (relevante deel van) het publiek een teken *in feite* opvat.

3.3. De in de vorige paragraaf genoemde opvatting is ook in de literatuur terug te vinden. Zo schrijven Van Nieuwenhoven Helbach c.s.⁸:

«Ook wanneer het merk (...) de producent niet kenbaar maakt, kan het toch diens waar van die van zijn concurrenten onderscheiden. Door het feit van zijn voorkomen op een waar stelt het merk het publiek in staat de waar van de producent onder de veelheid van de waren van andere herkomst te onderkennen en als zodanig te identificeren.»

Andere auteurs lijken in dezelfde richting te tenderen⁹.

3.4. Ik ga voorbij aan de door het gerechtshof in Den Haag in de toelichting op vraag III gegeven illustratie aan de hand van de (veronderstelde) reactie van het publiek op het uiterlijk van personenauto's. Ik zie niet waar de feitelijke basis van die illustratie op steunt, terwijl de vergelijking mij ook niet relevant voorkomt.

3.5. Voor het geval het Benelux-Gerechtshof een expliciet antwoord op vraag III noodzakelijk acht (volstaan zou ook kunnen worden met een verwijzing naar eerdere uitspraken, m.n. het arrest-Omnisport), stel ik het volgende antwoord voor:

⁶ Gemeenschappelijk commentaar regeringen.

⁷ BenGH, 7 nov. 1988, nr. A 87/3, *Jur.*, 1988, 90, *N.J.*, 1989, 300, m.nt.L. WICHERS HOETH, *BIE*, 1989, nr. 58, m.nt. E.A. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH. Zie ook de conclusie van de toenmalige A-G KRINGS, met verdere gegevens.

⁸ T.J. DORHOUT MEES, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, dl. II, door E.A. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH m.m.v. J.L.R.A. HUYDECOPER en C.J.J.C. VAN NISSEN, 1989, nr. 937, p. 377.

⁹ M.n. A. BRAUN, *Précis des marques de produits et de service*, 1987, nr. 38, p. 35 e.v. en W. MAK/H. MOLIJN, *Merkenbescherming in de Benelux*, 1989 (bewerkt door M.J.M. AN KAAM en H. MOLIJN), p. 15.

«Voor bescherming door de BMW van het uiterlijk van een waar als individueel merk is vereist dat voor het publiek duidelijk is dat de desbetreffende waar door dit uiterlijk van die van anderen wordt onderscheiden.»

4. Relevant deel van het publiek (vraag IV)

4.1. Deze vraag, ertoe strekkend, hoe groot het deel van het publiek moet zijn dat het uiterlijk als onderscheidend ziet, rakelt een oude discussie op.

Die discussie heeft geleid tot het arrest-Juicy Fruit¹⁰, in welke zaak de Hoge Raad over een merk dat uit een of meer beschrijvende woorden bestond o.m. de vraag had gesteld: «is (...) voldoende dat enig deel van het in aanmerking komende publiek — hoe gering ook — die woorden als beschrijvend opvat, dan wel moet daartoe worden verlangd dat een niet te verwaarlozen, een belangrijk of wellicht zelfs een overwegend deel van het publiek de woorden als beschrijvend opvat?»

De A-G Berger, zich aansluitend bij Callmann («If a considerable portion of the purchasing public considers the word descriptive, then it is so»)¹¹, had verdedigd dat «moet worden verlangd dat een belangrijk deel van het in aanmerking komend publiek de woorden als beschrijvend opvat.»

Het arrest koos echter een andere oplossing: «Bij het bepalen van de beschermingsomvang van een rechtsgeldig verkregen merk aan de hand van zijn onderscheidend vermogen (...) komt het niet uitsluitend aan op de omvang van het gedeelte van het in aanmerking komende publiek dat het desbetreffende woord als beschrijvend opvat, doch moet met alle bijzonderheden van het gegeven geval rekening worden gehouden, zodat een vaste regel omtrent de grootte van dat gedeelte van het publiek niet kan worden gegeven.»¹²

Die oplossing vindt steun in het gemeenschappelijk commentaar van de regeringen (ad art. 1, 3e alinea).

4.2. In de literatuur vindt men, naast het al weergegeven criterium van Callmann ook de maatstaf «kringen van enige omvang onder het gewone publiek»¹³.

4.3. Overigens zou ik menen dat de hier behandelde vraag weinig betekenis meer heeft in de benadering van het arrest-Omnisport, nl. dat voor bescherming van (hier) een uiterlijk als individueel merk vereist is dat voor het publiek duidelijk is dat de waar door dit uiterlijk van andere waar wordt onderscheiden. Dit geldt te sterker wanneer men dit opvat, zoals ik hierboven heb verdedigd: dat het publiek een dergelijk teken of uiterlijk (redelijkerwijs) als onderscheidend kan opvatten.

Het hangt van individuele factoren, als het waarnemingsvermogen en de belangstelling van elk individu, af in hoeverre het publiek het teken of uiterlijk ook werkelijk als on-

derscheidend opvat. Dat staat echter buiten het onderscheidend karakter. Bij woordmerken kan dit anders liggen (daar speelt taal een rol), maar daarom gaat het niet.

Voor de in deze paragraaf gekozen benadering is ook in de literatuur steun te vinden¹⁴.

4.4. Bovenstaande beschouwingen leiden ertoe dat ik zou menen dat vraag IV geen beantwoording behoeft. Eventueel zou verwezen kunnen worden naar het arrest Juicy-Fruit.

5. Vormen van waren en wezenlijke waarde (vragen V en VI)

5.1.1. Vraag V stelt aan de orde wat in art. 1, lid 1, BMW verstaan moet worden onder «vormen van waren». De bedoeling van de vraag is of hieronder alleen driedimensionale vormen verstaan kunnen worden, dan wel ook tweedimensionale «dessins».

De vraag heeft in wezen geen belang voor de toepasselijkheid van het eerste lid van art. 1, maar wel voor die van het tweede lid. Indien onder vormen in de zin van art. 1, lid 1, slechts driedimensionale vormen bedoeld zijn, kan de Burberry-ruit, als tekening of ander teken, toch als individueel merk worden beschouwd. In dat geval kan de uitzondering van het tweede lid echter geen toepassing vinden.

5.1.2. Vraag VI is slechts gesteld voor het geval het antwoord op vraag V inhoudt dat ook tweedimensionale dessins als vormen in de zin van art. 1 BMW kunnen worden beschouwd.

De vraag houdt in wanneer sprake is van «vormen die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloeden».

Die laatste vraag heeft het Benelux-Gerechtshof eerder behandeld, nl. in de arresten-Adidas en Superconfex/Burberrys¹⁵.

Het gerechtshof in Den Haag merkt in de uitvoerige toelichting bij vraag VI op dat het uit de beide genoemde arresten geen duidelijkheid heeft verkregen over de toepassing van art. 1, lid 2, BMW voor zover de vorm van de waar betreffend.

Uit de r.o.o. 17 e.v. van het verwijzingsarrest blijkt echter dat er niet zozeer, althans niet alleen, sprake is van gebrek aan duidelijkheid. Eerder is het zo dat het Haagse gerechtshof het met de opvattingen van het Benelux-Gerechtshof niet eens is.

Het lijkt mij een taak van het Benelux-Gerechtshof om desgevraagd duidelijkheid te scheppen, daar waar deze ontbreekt, maar niet om met nationale rechters in discussie te treden over de juiste opvattingen op het gebied van het merkenrecht (of enig ander rechtsgebied).

5.2.1. Over de vraag of onder «vormen» slechts driedimensionale voorwerpen kunnen worden verstaan, dan wel of deze ook een tweedimensionaal karakter kunnen hebben, is de literatuur verdeeld.

¹⁰ BenGH, 5 okt. 1982, nr. A 81/4, *Jur.*, 1982, 20, *N.J.*, 1984, 71, m.nt. L. WICHERS HOETH.

¹¹ RUDOLF CALLMANN, *The Law of Unfair Competition Trademarks and Monopolies*, Fourth Edition, Vol. 3, 1983, Revision by Louis Altman, Chap. 18-Page 13. (Er zijn kleine, niet substantiële, verschillen met de door mr. Berger gebruikte Third Edition.)

¹² Cursivering toegevoegd.

¹³ DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, 1976, p. 103. Anders echter de zesde druk, 1984, p. 78, waar verwezen wordt naar het arrest-Juicy Fruit. Zie voorts S. GERBRANDY in *BIE*, 1964, 118 e.v., i.h.b. conclusie 1 op p. 124.

¹⁴ Zie LOUIS VAN BUNNEN, *Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun*, 1967, nrs. 35/36, pp. 38-40; D.W.F. VERKADE, m.m.v. J.H. SPOOR, *Bescherming van het uiterlijk van produkten*, 1985, nr. 131, p. 170 e.v.; «wezenlijk is dat het publiek de van hetzelfde teken voorziene produkten als afkomstig van één (en dezelfde) onderneming kan beschouwen» (cursivering toegevoegd).

¹⁵ BenGH, 23 dec. 1985 (zie voetnoot 5), resp. 14 april 1989, nr. A 87/8, *Jur.*, 1989, 19, *N.J.*, 1989, 834, m.nt.L. WICHERS HOETH, *BIE*, 1989, 90, m.nt. E.A. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH.

Het lijkt mij slechts zinvol op die geschriften te wijzen die de BMW bespreken. Andere rechtssystemen (bijv. het Duitse Warenzeichengesetz¹⁶) hanteren andere begrippensystemen.

Van de auteurs die bij de beschrijving of aanduiding van vormen alleen uitgaan van driedimensionale voorwerpen¹⁷ zijn er velen die dit uitgangspunt als vanzelfsprekend aannemen, dan wel slechts over zulke voorwerpen spreken, en op de vraag of ook «tweedimensionale» vormen denkbaar zijn, niet ingaan. Enkelen daarentegen zijn expliciet in hun keuze voor de beperking tot driedimensionaliteit¹⁸.

Een minderheid van de schrijvers is van mening dat vormen niet per se driedimensionaal behoeven te zijn¹⁹. Sommige auteurs spreken van een open kwestie²⁰.

5.2.2. Het woord «vorm» doet wel in de eerste plaats aan een driedimensionaal voorwerp denken, maar sluit tweedimensionaliteit toch niet uit. Dat blijkt ook in de omschrijving die woordenboeken van het Nederlandse «vorm» en het Franse «forme» geven²¹.

Het is juist dat in het gemeenschappelijk commentaar voorbeelden zijn genoemd (kristallen servies, chocolade, parfumflesjes) die alle driedimensionaal zijn.

Daar staat tegenover dat niet blijkt dat met «vormen» bij uitsluiting driedimensionale voorwerpen bedoeld zijn. Het tegendeel is eerder waar. Als ratio van de uitzondering van art. 1, lid 2, noemt het Gemeenschappelijk commentaar: «een zekere mate van beperking op te leggen aan de mogelijkheid van samenloop van de merkenbescherming en de bescherming, die voortvloeit uit het auteursrecht of uit tekeningen- en modellenrecht.»

Tekeningen zijn als regel tweedimensionaal.

5.2.3. De gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de Eenvormige Wet inzake tekeningen of modellen (BTMW), ad art. 1, noemt als voorbeelden van voortbrengselen die onder die wet kunnen vallen: verpakkingen, behangselpapier en prentbriefkaarten.

¹⁶ Zie BAUMBACH/HEFERMEHL, *Warenzeichenrecht*, 1985, § 1, nrs. 57 en 59 (p. 89) en nr. 66, p. 93; F.N. WINKEL, *Formalschutz dreidimensionaler Marken*, 1979, p. 1 e.v., m.n. p. 5 en p. 175.

¹⁷ L. VAN BUNNEN, t.a.p., nr. 45, p. 47; M. GOTZEN, *Van Belgisch naar Benelux merkenrecht*, 1969, nr. 13, pp. 25-26; L. WICHERS HOETH, *Kort commentaar op de Benelux merkenwet*, 1970, p. 42, en *idem*, «Samenloop tussen merkenrecht en auteursrecht»; in bundel *Naar behoren* (Juridisch Gezelschap Amsterdam), 1982, p. 141; W. VAN DIJK, *Merkenrecht in Beneluxverband*, 1971, pp. 14-15, en *idem*, *Merkenrecht in de Beneluxlanden*, 1973, p. 34; A. BRAUN, t.a.p., nrs. 75 e.v., p. 69 e.v.

¹⁸ M.n. D.W.F. VERKADE in *Auteursrecht/AMR*, 1982, 141; zie echter de in voetnoot 18 vermelde latere opinie van deze auteur.

¹⁹ D.W.F. VERKADE m.m.v. J.H. SPOOR, *Bescherming van het uiterlijk van produkten*, 1985, nr. 131, pp. 170-171; E.A. VAN NIEUWENHOVEN HELBACH (c.s.) in DORHOUT MEES II, t.a.p., nrs. 822 en 825, pp. 329-331; *idem* in zijn noot in *BIE* onder het al genoemde (zie voetnoot 15) arrest-Superconfex/Burberrys; MAK-MOLIJN, t.a.p., p. 16.

²⁰ L. WICHERS HOETH in zijn noot in de *N.J.*, onder het arrest Superconfex/Burberrys; F. HENNING-BODEWIG/H.E. RUISENAARS in *GRUR International*, 1990, 826.

²¹ VAN DALE, *Groot Woordenboek der Nederlandse taal*, 1984, p. 3303 rk. (o.m.): «uiterlijke gedaanten van concrete zaken». ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*, 1977, p. 808 rk. (o.m.): «apparence», «dessin» (nouvelle édition 1989: *idem*).

Voor al deze voortbrengselen geldt dat hun derde dimensie van zo geringe omvang is, dat onderscheidende kenmerken (de tekening) slechts op het platte vlak kunnen zijn aangebracht.

Het ligt niet voor de hand een kristallen servies dat zich onderscheidt door zijn artistieke vorm niet voor merkbescherming in aanmerking te doen komen, maar behangselpapier dat zich onderscheidt door zijn artistieke dessin wél.

Door dat laatste zou trouwens afbreuk worden gedaan aan de strekking van art. 1, lid 2, BMW om samenloop van merkbescherming en tekeningen/modellenbescherming te beperken. Er valt niet wel in te zien waarom die beperking alleen zou moeten gelden voor driedimensionale voorwerpen.

5.2.4. De slotsom is dat naar mijn mening de uitzondering van art. 1, lid 2, BMW niet tot driedimensionale vormen is beperkt.

In veruit de meeste gevallen zal het in feite wel om zulke voorwerpen gaan, maar doet aan de slotsom niet af.

5.3.1. Het in § 5.2.4 bereikte resultaat brengt mee dat ook vraag VI behandeling behoeft.

5.3.2. Houdt men de genoemde ratio van art. 1, lid 2, BMW in het oog, dan is de in de vorige arresten gegeven omschrijving minder onduidelijk dan het verwijzingsarrest veronderstelt.

Om voor bescherming op grond van de BTMW in aanmerking te komen moet een voorwerp artistieke waarde bezitten en van enig praktisch nut zijn. De artistieke waarde kan ertoe leiden dat, in de ogen van het publiek, uiterlijk en vormgeving door hun fraaiheid of oorspronkelijk karakter in belangrijke mate de marktwaarde van de waar bepalen.

Dat fraaiheid een kwestie van smaak is, en daarmee aan mode of «trends» onderhevig, en dat oorspronkelijk karakter niet samenvalt met onderscheidende kracht, maakt de in de vorige arresten, m.n. het arrest-Superconfex/Burberrys, gegeven omschrijving niet onduidelijk.

Met fraaiheid of oorspronkelijk karakter van uiterlijk en vormgeving heeft het Benelux-Gerechtshof, zou ik menen, het in de gemeenschappelijke toelichting bij de BTMW genoemde begrip «artistieke waarde» willen aanduiden.

Met marktwaarde werd de waarde aangeduid die een waar ontleent aan het feit dat zij (op een bepaald moment) door het publiek als fraai of oorspronkelijk wordt beschouwd (hetgeen de vraag in sterke mate zal bepalen). Een markt heeft steeds een component tijd. Wanneer de esthetische opvattingen van het publiek veranderen, heeft dat invloed op de marktwaarde.

Inmiddels zou ik bepleiten, ter wille van de duidelijkheid, niet meer te spreken van «fraaiheid of oorspronkelijk karakter», maar liever – aansluiting zoekend bij de toelichting op de BTMW – van de artistieke waarde daarvan.

5.3.4. Het is theoretisch denkbaar dat een ruitmotief op textiel zozeer aan de esthetische gevoelens van het publiek appelleert, dat de marktwaarde van textielgoederen die van dit motief zijn voorzien, daardoor in belangrijke mate wordt bepaald. T.a.v. de Burberrys-ruitedessins is zo'n vaststelling in de onderhavige zaak feitelijk niet gedaan, evenmin trouwens als in de zaak-Superconfex/Burberrys.

Is zo'n motief op de voering van een textielgoed aangebracht (dus bij normaal gebruik onzichtbaar), dan mag gevoegelijk als uitgesloten worden beschouwd dat van een dergelijke artistieke waarde sprake is. Draagt in zo'n geval het

motief bij aan de waarde van het goed, dan is dat een gevolg van het feit dat het leidt tot de herkenning van het goed als afkomstig van een bepaalde onderneming, aan welke goederen het publiek waarde toekent, maar om andere dan artistieke (m.n. economische, zoals veronderstelde kwaliteit, snob-appeal) redenen.

Dat ook goederen in omloop zijn waarbij het motief wel aan de buitenzijde, bij normaal gebruik zichtbaar, is aangebracht, tast die conclusie niet aan. Zou het motief door zijn artistieke waarde de marktwaarde in belangrijke mate bepalen, dan zou het motief op geen enkel goed zo zijn aangebracht dat het bij normaal gebruik niet zichtbaar is.

Er zijn trouwens duizenden ruitdessins denkbaar. De verschillen schuilen in de tekening (breedte lijnen en afstand daartussen) en in de gekozen kleuren. Het is onwaarschijnlijk dat één van die dessins zich door artistieke waarde zal onderscheiden.

Een en ander dient overigens door de nationale feitenrechter te worden beoordeeld.

5.3.5. Op de genoemde punten kan de in r.o. 16 van het arrest-Superconfex/Burberrys gegeven omschrijving worden verduidelijkt, maar in grote lijnen zou ik aan de toen gebruikte formulering willen blijven vasthouden. Deze laatste kan iets worden bijgesteld, o.m. omdat de vraagstelling hier anders luidt dan in de vorige zaak.

5.4. Het bovenstaande brengt mij ertoe als antwoord op de vragen V en VI voor te stellen:

«De onderscheidende vorm, die twee- of driedimensionaal kan zijn, van een waar kan alleen dan wegens het beïnvloeden van de wezenlijke waarde van de waar niet als merk worden beschouwd, indien de waar van dien aard is dat haar uiterlijk en vormgeving door hun artistieke waarde in belangrijke mate haar marktwaarde bepalen, waarbij overigens de invloed op de marktwaarde die niet valt te verklaren uit de esthetische aantrekkelijkheid van de vorm, buiten beschouwing moet blijven.»

6. De conclusie strekt ertoe de gestelde vragen te beantwoorden, zoals hierboven onder 2.6, 3.5, 4.4 en 5.4 is uiteengezet.

Arrest

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat aan de hand van het arrest van het Gerechtshof de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt kunnen worden omschreven:

a. Burberrys heeft drie verschillende ruitmotieven gedeponeerd als merk bij het Benelux-Merkenbureau te 's-Gravenhage, alwaar deze als merk zijn ingeschreven in het Benelux-merkenregister, onder andere voor textielstukgoederen (warenklaas 24) en voor kledingstukken (warenklaas 25) onder de nummers: 351957 op 16 mei 1978, de zogenaamde grote beige ruitfiguur; 380889 op 10 juni 1982, de zogenaamde kleine beige ruitfiguur, 397701 op 21 juni 1984, de zogenaamde grote blauwe ruitfiguur.

Bij elke inschrijving zijn (op de voet van het bepaalde in artikel 1-1-c van het uitvoeringsreglement van de BMW) bepaalde kleuren of kleurschakeringen vermeld als onderscheidend kenmerk. Voor de grote en de kleine ruitfiguur zijn vermeld: licht- en donkerbeige, grijs, zwart en rood, terwijl bij de kleine beige ruitfiguur bovendien wit is vermeld.

Voor de grote blauwe ruitfiguur: de kleuren rood, donkerblauw, blauw-grijs en grijs.

De gedeponeerde merken bestaan telkens uit een kleurenfoto van een stuk textielgoed, een staal, uitgevoerd in ruitdessin. In chronologische volgorde van inschrijving van de depots hebben deze foto's de volgende afmetingen:

$\pm 20,5$ bij $\pm 17,5$ cm; ± 13 bij ± 16 cm; ± 20 bij ± 30 cm.

b. Genoemde drie ruitmotieven worden door Burberrys onder andere gebruikt als dessin voor textielstukgoederen en als dessin voor (delen van) kledingstukken, terwijl ook kledingstukken van Burberrys zonder enig of met een ander ruitmotief verkocht worden of verkocht zijn in de Benelux. Burberrys gebruikt de ruitdessins als regel tegelijk met haar – eveneens in het Benelux-merkenregister ingeschreven – woordmerk Burberry(s) en/of met een van haar (woord)-beeldmerken, waaronder vooral de ridder te paard, ook wel genoemd «the device of an Equestrian Knight in armour», eveneens ingeschreven in het Benelux-merkenregister.

c. Bossi c.s., die in eerste aanleg eiseressen waren, hebben primair gevorderd nietig te verklaren, en de doorhaling te gelasten van de inschrijving van, de door Burberrys verrichte depots nrs. 351957, 380889 en 397701 voor de waren textielstukgoederen en kledingstukken, waaronder begrepen laarzen, schoenen en pantoffels respectievelijk uit de warenklassen 24 en 25.

d. Vier van de oorspronkelijke eiseressen zijn gevestigd in Nederland maar buiten het arrondissement 's-Gravenhage, zodat hun «woonplaats» niet krachtens artikel 37, A, BMW bevoegdheid van de rechtbank te 's-Gravenhage medebracht. Ten aanzien van de vorderingen van P & C Groep N.V. was die rechtbank wel bevoegd (ingevolge de derde zin van artikel 37, onder 4) omdat die eiseres binnen genoemd arrondissement gevestigd is. Naar intern Nederlands procesrecht brengt de bevoegdheid ten aanzien van de vorderingen van P & C Groep N.V. mede dat genoemde rechtbank ook bevoegd is ten aanzien van de vorderingen van de eerstgenoemde vier eiseressen, die ter zake van de onderhavige procedure woonplaats hebben gekozen te 's-Gravenhage.

e. Drie van de oorspronkelijke eiseressen zijn gevestigd in België; zij hebben ter zake van de onderhavige procedure woonplaats gekozen te 's-Gravenhage. Naar intern Nederlands procesrecht brengt de bevoegdheid ten aanzien van de vorderingen van de P & C Groep N.V. mede dat de rechtbank te 's-Gravenhage bevoegd is ten aanzien van de vorderingen van eerstgenoemde, in België gevestigde, drie eiseressen.

3. Overwegende dat het Gerechtshof de volgende vragen van uitleg van de BMW heeft gesteld:

Vraag I: Brengt artikel 37 BMW mede dat onder omstandigheden als hiervoor onder d vermeld de rechtbank te 's-Gravenhage niet bevoegd is tot berechting van de vorderingen, voor zover gebaseerd op de BMW, welke zijn ingesteld door de in Nederland maar niet in het arrondissement 's-Gravenhage, gevestigde eiseressen tegen de buiten het Beneluxgebied gevestigde Burberrys?

Vraag II: Brengt artikel 37 BMW mede dat onder omstandigheden als hiervoor onder e vermeld de rechtbank te 's-Gravenhage niet bevoegd is tot berechting van de vorderingen, voor zover gebaseerd op de BMW, welke zijn ingesteld door de in België gevestigde eiseressen tegen de buiten het Beneluxgebied gevestigde Burberrys?

Vraag III: Wordt als individueel merk door de BMW beschermd het uiterlijk van een waar reeds omdat door dat uiterlijk de waar van de onderneming waaruit zij afkomstig is, wordt onderscheiden van soortgelijke waren afkomstig uit andere ondernemingen, of is voor die bescherming tevens vereist dat het relevante deel van het publiek het uiterlijk opvat bepaaldelijk (tevens) als teken dienende om de waar van die onderneming te onderscheiden?

Vraag IV: Welke orde van grootte moet het publiek, voor wie de waar is bestemd, hebben dat het uiterlijk als onderscheidend, respectievelijk als merk, ziet? Is reeds voldoende, bijvoorbeeld, dat een niet te verwaarlozen deel van dat publiek – dus (veel) minder dan de helft – het uiterlijk aldus ziet of moet dat deel aanzienlijk groter, meer dan de helft, zijn, wil het uiterlijk voor bescherming krachtens de BMW in aanmerking kunnen komen?

Vraag V: Wat moet in artikel 1, lid 1, BMW worden verstaan onder «vormen van waren»?

Vraag VI: Wanneer is sprake van vormen die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloeden, een en ander in de zin van artikel 1, lid 2, BMW?

...

Ten aanzien van het recht

A. De territoriale bevoegdheid ingevolge artikel 37 BMW (vragen I en II)

9. Overwegende dat de vragen I en II betrekking hebben op de territoriale bevoegdheid van de rechter ingevolge artikel 37, onder A, derde zin, ingeval een vordering uit hoofde van de BMW wordt ingesteld door meer dan één eiser en deze eisers verschillende «woonplaatsen» hebben binnen het Beneluxgebied;

10. dat, nu artikel 37 deze situatie niet uitdrukkelijk regelt, voor de beantwoording van de vragen moet worden gezien naar de strekking van dit artikel en het daarin neergelegde stelsel;

11. dat artikel 37 een regeling geeft voor de territoriale bevoegdheid van de rechters binnen het Beneluxgebied «volgens beginselen, die uit de eenwording van het rechtsgebied van de drie landen inzake merken voortvloeien» (Gemeenschappelijke Toelichting, opmerkingen bij artikel 37);

12. dat de Gemeenschappelijke Toelichting niet nader preciseert om welke beginselen het hier gaat, doch daarvoor te rade kan worden gegaan bij de toelichting op artikel 11 van het verdrag als ontworpen door de Association internationale pour la Protection de la Propriété industrielle (AIPPI), welk ontwerp mede behoort tot de stukken waarop bij uitleg van de BMW mag worden acht geslagen (vgl. de verklaring van de vertegenwoordiger van de Nederlandse regering, Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad 15-4, blz. 14);

13. dat ter toelichting van genoemde bepaling, die met slechts een enkele wijziging in artikel 37 is overgenomen, is opgemerkt dat zij «s'applique à formuler des règles précises permettant de résoudre aisément tous les problèmes de compétence territoriale», terwijl bij de artikelen 11 en 12 is aangetekend: «Ces articles constituent les corollaires indispensables de l'unification du territoire Benelux. Cette unification ne peut subsister qu'à la condition d'être soustraite aux risques de rupture par suite de jugements contradictoires» (Bijlage bij het Bijblad voor de Industriële Eigendom (BIE) 1954, nr. 1, blz. 8/9);

14. dat het stelsel van artikel 37 aan deze laatste doelstelling, te weten de eenheid van de rechtspraak, beantwoordt, met name waar het onder C bepaalt dat de rechter voor wie de hoofdvordering aanhangig is, tevens kennis neemt van eisen tot vrijwaring en tot voeging en tussenkomst en onder D voorziet in een verwijzingsregeling ingeval dezelfde of verknochte geschillen voor rechters van verschillende Beneluxlanden aanhangig zijn;

15. dat met een en ander in overeenstemming is om voor de toepassing van het bepaalde in de derde zin van artikel 37 onder A te aanvaarden dat, wanneer een vordering «inzake merken» gezamenlijk wordt ingesteld door meer dan één eiser voor een rechter binnen het Beneluxgebied die ingevolge eerdergenoemde bepaling bevoegd is ten aanzien van één van die eisers, die rechter tevens bevoegd is ten aanzien van de vorderingen van de andere eisers, wanneer zijn nationale recht erin voorziet dat in geval van meer eisers bevoegdheid ten opzichte van één ook bevoegdheid ten opzichte van de anderen schept;

16. dat immers, zou men dat niet aannemen, zulks zou leiden tot het in het licht van voormelde beginselen onaanvaardbare gevolg dat de andere eisers genooddaakt zouden zijn hun vorderingen aanhangig te maken voor andere rechters binnen het Beneluxgebied en ofwel nadien verwijzing te verzoeken ofwel het risico te lopen dat door verschillende rechters over hetzelfde geschil – mogelijk verschillend – zal worden beslist;

17. dat derhalve zowel vraag I als vraag II ontkennend moet worden beantwoord;

B. Het merk als teken met onderscheidend vermogen (vragen III en IV)

18. Overwegende dat vooreerst eraan moet worden herinnerd dat – naar blijkt uit artikel 1, lid 1, BMW zoals deze bepaling door het Hof is uitgelegd – een merk is een teken dat *kan* dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden, dat wil volgens 's Hof's rechtspraak zeggen: dat een zodanig individueel karakter bezit of heeft verkregen dat het *geschikt is* die waar van soortgelijke waren te onderscheiden en zijn herkomst uit een bepaalde onderneming genoegzaam te demonstreren (zie 's Hof's arresten in de zaken A 76/1 – Centrafarm/Beecham, A 76/2 – Camping Gaz, A 80/3 – Kinder, A 81/4 – Juicy Fruit en A 83/4 – Adidas);

19. dat voorts eraan wordt herinnerd dat, blijkens evengenoemde uitspraken, het aldus omschreven «onderscheidend vermogen» van een merk niet een constante grootheid is, maar een veranderlijke, die van belang is zowel in het kader van de vraag of een teken als merk kan worden beschouwd – en derhalve, mits oprechtsgeldige wijze gedeponeerd, voor bescherming in aanmerking komt – als in het kader van de vraag welke omvang deze bescherming heeft;

20. dat in eerstgenoemd kader het enkel erop aankomt of het teken zich ertoe leent het in aanmerking komende publiek in staat te stellen de waar als afkomstig uit een bepaalde onderneming te herkennen, terwijl in het tweede kader van belang kan zijn in welke mate op het relevante tijdstip het teken die functie daadwerkelijk bij het publiek vervult;

22. dat ten slotte nog aantekening verdient dat in de hiervoor onder 18 weergegeven omschrijving van het begrip merk ligt besloten dat het teken geschikt moet zijn om als zodanig door het publiek te worden opgemerkt en herkend: een teken dat deze eigenschap mist – bijvoorbeeld omdat het als een louter decoratief element zal worden beschouwd

– kan niet dienen om de waar van soortgelijke waren te onderscheiden (zie 's Hof's arrest in de zaak A 83/4);

22. Overwegende dat het Gerechtshof zijn vraag III van een toelichting heeft voorzien waaruit het Hof begrijpt dat vraag III en de daarbij onmiddellijk aansluitende en dan ook niet apart toegelichte vraag IV betrekking hebben op een situatie die daardoor wordt gekenmerkt dat: (1) een ondernemer «het uiterlijk» van zijn waar op rechtsgeldige wijze als merk heeft gedeponeerd; (2) het bepaalde in artikel 1, lid 2, niet eraan in de weg staat dat uiterlijk als merk te beschouwen; (3) een relevant deel van het in aanmerking komende publiek de waar op grond van dit uiterlijk als afkomstig van de ondernemer herkent, maar (4) dit uiterlijk niet opvat als een door de ondernemer tot het publiek gericht teken dat de waar van hem afkomstig is;

23. dat noch uit deze toelichting noch uit de formulering der vragen met zekerheid valt af te leiden in welk van de twee hiervoor onder 19 aangeduide kaders het Gerechtshof antwoord behoeft op zijn vragen III en IV, doch het Hof uit het opschrift boven de rechtsoverwegingen waarin het Gerechtshof zijn vraag III inleidt en toelicht («ad vraag III – begrip merk») afleidt dat het Gerechtshof wenst te vernemen of, in een geval als hiervoor onder 22 omschreven, de omstandigheid dat het publiek het uiterlijk van de waar niet opvat als een door de ondernemer tot het publiek gericht teken dat de waar van hem afkomstig is, eraan in de weg staat te oordelen dat dit uiterlijk (voldoende) onderscheidend vermogen heeft om als merk te kunnen worden beschouwd en derhalve voor bescherming in aanmerking te kunnen komen;

24. dat uit het hiervoor onder 20 overwogene volgt dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat de omstandigheid dat (een relevant deel van) het in aanmerking komende publiek de waar op grond van zijn uiterlijk als afkomstig van de ondernemer herkent, geen andere conclusie toelaat dan dat voldaan is aan het vereiste dat het teken zich ertoe leent als herkomstteken te dienen;

25. dat in dit laatste ligt besloten dat het uiterlijk geschikt is om als zodanig, dus als herkomstteken, door het publiek te worden opgemerkt en herkend, en verdergaande eisen niet behoeven en ook niet mogen worden gesteld, met name niet de eis dat het publiek beseft dat het uiterlijk bepaaldelijk bedoeld is als teken ter onderscheiding van de waar en aanduiding van herkomst;

26. Overwegende ten slotte dat bij de hiervoor onder 23 aanvaarde uitleg van vraag III de – daarbij onmiddellijk aansluitende – vraag IV geen beantwoording behoeft, omdat het in het kader van de vraag of een teken als merk kan worden beschouwd, enkel erop aankomt of het teken zich ertoe leent het in aanmerking komende publiek in staat te stellen de waar als afkomstig uit een bepaalde onderneming te herkennen en in dit kader niet van belang is hoe groot het gedeelte van het in aanmerking komende publiek is dat *in feite* de waar op grond van zijn uiterlijk als afkomstig van de ondernemer herkent;

C. Vormmerken: drie- of tweedimensionaal? (vragen V en VI)

27. Overwegende dat het Gerechtshof met vraag V, zoals blijkt uit de samenhang van vraag V met vraag VI, wil weten of in artikel 1, lid 1 en lid 2, BMW met «vormen van waren» enkel driedimensionale tekens worden bedoeld dan wel of

ook een dessin als zulk een vorm van de waar kan worden aangemerkt;

28. dat de bewoordingen van artikel 1, lid 1, dat «tekeningen» naast «vormen van waren» noemt, een aanwijzing geven dat het begrip «vormen» hier in driedimensionale zin valt te begrijpen, maar deze aanwijzing op zichzelf niet beslissend is voor het antwoord op de vraag naar de betekenis van het in beide leden van artikel 1 voorkomende begrip «vormen»;

29. dat nu deze vraag eenmaal is gerezen, het opvalt dat zij noch in de tekst van de BMW, noch in de Gemeenschappelijke Toelichting der Regeringen een uitdrukkelijk antwoord heeft gekregen, hetgeen zich evenwel geredelijk laat verklaren tegen de achtergrond van de internationale rechtsontwikkeling die, juist in de jaren waarin aan de BMW werd gewerkt, ertoe leidde dat het reeds decennia lang gevoerde debat over de vraag of de vorm van een waar kon dienen als merk voor die waar – welk debat steeds enkel op driedimensionale vormen betrekking had – tot een einde kwam met een beslissing in het voordeel van de voorstanders van de «vormmerken» (zie bijv. de in 1963 door de AIPPI aanvaarde definitie van merk in *BIE*, 1963, 117);

30. dat een echo van deze ontwikkeling ook doorklinkt in de Gemeenschappelijke Toelichting die begint met erop te wijzen dat artikel 1 «een ruimere definitie van warenmerken (geeft) dan de thans door het interne recht en de rechtspraak van de Beneluxlanden aanvaarde»;

31. dat deze ontwikkeling overigens duidelijker tot uitdrukking komt in de toelichting op artikel 1 van het hiervoor onder 12 en 13 reeds genoemde, aan de BMW voorafgaande, AIPPI-ontwerp voor een eenvormige wet, uit welke toelichting blijkt dat de ontwerpers ervan uitgingen dat in Nederland tot dan toe «une forme caractéristique de produit ou de conditionnement» niet als een geldig merk werd beschouwd, maar dat men in de eenvormige wet vormen van waren of van verpakking wel als geldige individuele merken heeft willen erkennen ten einde de bestaande rechtspraktijk op dit punt in België en Luxemburg, die meer in overeenstemming was met de internationale rechtsontwikkeling, te handhaven, terwijl daarbij mede een overweging was dat een van de traditionele bezwaren tegen de erkenning van zodanige vormmerken goeddeels was weggenomen doordat de ontwikkeling van de fotografie het mogelijk maakte ook driedimensionale vormen te reproduceren ten behoeve van het register (bijlage *BIE*, 1954, nr. 1, blz. 10);

32. dat de opstellers van het AIPPI-ontwerp alleen aan driedimensionale vormen hebben gedacht, zoals blijkt niet enkel uit het feit dat zij met zoveel woorden spraken van «les formes à trois dimensions», maar ook uit de verwijzing naar de toentertijd in Nederland geldende opvattingen, want wanneer in Drucker-Bodenhausen, *Kort Begrip* (derde druk, 1954), blz. 76 als «ondeugdelijk als merk» worden aangewezen: «de vorm, kleur, of enige andere eigenschap van de waar (...) of haar verpakking», worden geen andere dan driedimensionale voorbeelden gegeven: «de eigenaardige vorm (...) van een stuk zeep, van een doos, tube of fles...»;

33. dat ook de na de invoering van de BMW verschenen rechtsgeleerde commentaren de in artikel 1 genoemde vormmerken als driedimensionale tekens plachten aan te duiden;

34. dat daarin eerst verandering is gekomen en de voormelde vraag eerst is gerezen na de uitspraken van het Hof

in de zaken A 83/4 (Adidas) en A 87/8 (Superconfex/Burberrys), in welke zaken het Hof zich heeft uitgesproken over de maatstaf waarnaar moet worden beoordeeld of een vorm de wezenlijke waarde van de waar beïnvloedt in de zin van artikel 1, lid 2, terwijl geen van beide zaken op een driedimensionaal teken betrekking had;

35. dat evenwel in die beide zaken de vraag of het betrokken teken een vorm van de waar was in de zin van artikel 1, leden 1 en 2, niet aan de orde was gesteld, zoals het Hof in de zaak A 87/8 ook met zoveel woorden heeft overwogen, zodat het Hof in die zaken daarover geen uitspraak heeft kunnen doen en ervan heeft moeten uitgaan dat de te geven uitleg moest worden toegepast op een teken dat als tweedimensionaal wordt aangemerkt (rov. 9);

36. dat derhalve aan die uitspraken geen argument kan worden ontleend voor de stelling dat ook twee-dimensionale tekens kunnen worden aangemerkt als vormen van waren of verpakking;

37. Overwegende dat de opvatting dat het begrip «vormen» in artikel 1 BMW aldus moet worden uitgelegd dat daaronder mede tweedimensionale vormen moeten worden begrepen, in hoofdzaak wordt gegrond op de toelichting op het in lid 2 gebezigde begrip: «vormen die de wezenlijke waarde van de waar beïnvloeden»;

38. dat deze toelichting evenwel voor die opvatting niet een argument oplevert dat tegenover de aan de bewoordingen en de geschiedenis te ontlelen aanwijzingen voor een andere opvatting, voldoende overtuigend is;

39. dat immers in de eerste plaats de in deze toelichting voorkomende verwijzing naar het «tekeningen- en modellenrecht» door het Hof in zijn arrest in de zaak A 87/8 aldus is uitgelegd dat met deze «passage niet meer is bedoeld dan (1) aan te duiden dat het gaat om esthetische vormen en (2) in aansluiting daarop tot uitdrukking te brengen dat – zoals ook voor vormen die een uitkomst op het gebied van de nijverheid opleveren niet beslissend is of zij al dan niet octrooieerbaar zijn – hier geldt dat niet beslissend is hoe de betrokken vorm wordt beoordeeld naar het tekeningen- en modellenrecht (...);

40. dat in de tweede plaats de beide andere in lid 2 van artikel 1 genoemde uitzonderingen: «vormen, die door de aard van de waar worden bepaald» en vormen «die een uitkomst op het gebied van de nijverheid opleveren», veeleer in de richting van driedimensionale vormen dan in die van tweedimensionale tekens wijzen;

41. dat in de derde plaats lid 2 door het Hof zo is uitgelegd dat het «niet strekt tot regeling van samenloop tussen merkenrecht en andere intellectuele eigendomsrechten, maar ter bescherming van de vrijheid van concurrenten van degene die een bepaalde vorm als onderscheidingsteken voor zijn waren bezigt, om aan hun soortgelijke waren – ter verhoging van de waarde van die waren – dezelfde of een overeenstemmende vorm te kunnen geven» (zie de arresten in de zaken A 76/1, 76/2 en 87/8) en bezwaarlijk kan worden aangenomen dat een dergelijke bescherming mede nodig zou zijn geoordeeld ter zake van tweedimensionale tekens;

42. dat immers dergelijke tekens, gemeenlijk aangeduid als beeldmerken, een van oude bestaande en geaccepteerde merkencategorie uitmaken waarbij – anders dan kennelijk door de ontwerpers van de BMW (en nadien ook door anderen) werd aangenomen met betrekking tot (driedimensionale) vormmerken – het vereiste van onderscheidend ver-

mogen voldoende is om te voorkomen dat aan de vrijheid van handel op onaanvaardbare wijze te kort zou worden gedaan door een onbepaalde merkenrechtelijke bescherming van tekens welke redelijkerwijs ook door anderen voor hun waren vrij moeten kunnen worden gebruikt;

43. dat trouwens, als het anders was en zou moeten worden aangenomen dat de in lid 2 van artikel 1 opgenomen uitzonderingen mede betrekking hebben op «beeldmerken», dusdoende ter zake van deze categorie merken verstrekken- de en tevoren in het interne recht van de drie landen niet bestaande beperkingen zouden zijn geïntroduceerd, hetgeen mede gezien de hiervoor onder 30 geciteerde toelichting op artikel 1 geheel onaannemelijk is;

44. dat het vorenstaande tot de conclusie leidt dat vraag V aldus moet worden beantwoord dat onder «vormen van waren» in artikel 1, lid 1, BMW moeten worden verstaan de driedimensionale vormen van de waren en dat vraag VI, die voorwaardelijk is gesteld, geen beantwoording behoeft;

...

Verklaart voor recht:

50. *Ten aanzien van de vragen I en II:* Wanneer een vordering «inzake merken» als bedoeld in artikel 37 onder A BMW gezamenlijk wordt ingesteld door meer dan één eiser voor een rechter binnen het Beneluxgebied die ingevolge eerdergenoemde bepaling bevoegd is ten aanzien van die vordering voor wat betreft één van die eisers, en het nationale recht van die rechter erin voorziet dat in geval van meer eisers bevoegdheid ten opzichte van één ook bevoegdheid ten opzichte van de anderen schept, brengt artikel 37 mede dat die rechter tevens bevoegd is ten aanzien van de vorderingen van de andere eisers, ook al zijn die niet binnen zijn rechtsgebied gevestigd;

51. *Ten aanzien van de vragen III en IV:* Het uiterlijk van de waar van een onderneming kan als merk worden beschermd wanneer het kan dienen om die waar te onderscheiden van waren afkomstig van andere ondernemingen; voor zodanige bescherming is niet vereist dat het relevante deel van het publiek het uiterlijk bepaaldelijk beschouwt als een door de ondernemer tot het publiek gericht teken dat die waar van hem afkomstig is; in dit kader is evenmin van belang hoe groot het gedeelte van het in aanmerking komende publiek is dat in feite de waar op grond van zijn uiterlijk als afkomstig van de ondernemer herkent;

52. *Ten aanzien van vraag V:* Onder «vormen van waren» in artikel 1, leden 1 en 2, moeten worden verstaan de driedimensionale vormen van de waren.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 16 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Houtekier

Beroepsziekte – Vergoeding – 1. Basisloon – Vaststelling – Arbeidsongeschiktheid ontstaan na verlaten van beroepencategorie – 2. Blijvende arbeidsongeschiktheid – Meer dan één beroepsziekte – Maximumbedrag

1. *Het met toepassing van art. 49, vijfde lid, Beroepsziektenwet vastgestelde gemiddelde loon moet in aanmerking worden genomen voor elke arbeidsongeschiktheid die uit de beroepsziekte ontstaat nadat de getroffene de beroepencategorie waar hij aan het risico van de ziekte was blootgesteld heeft verlaten, behalve wanneer het lager is dan het overeenkomstig de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet berekende loon van het jaar vóór het verlaten van die beroepencategorie.*

2. *Art. 35, vierde lid, Beroepsziektenwet en het K.B. van 3 januari 1983 bepalen het maximumbedrag van de jaarlijkse vergoedingen voor blijvende arbeidsongeschiktheid in alle gevallen waarin de getroffene aanspraak op vergoeding voor meer dan één beroepsziekte heeft.*

Fonds voor Beroepsziekten t/ H. e.a.

Conclusie van procureur-generaal Lenaerts

1. De voorziening stelt allereerst de vraag aan de orde welk basisloon in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van een beroepsziektenvergoeding die wordt toegekend voor een arbeidsongeschiktheid welke pas is ontstaan nadat de getroffene de werkkring waar hij aan het ziekterisico was blootgesteld, heeft verlaten.

Volgens artikel 49, vijfde lid, van de Beroepsziektenwet is dat het gemiddeld loon van de overige werknemers die in dezelfde werkkring zijn tewerkgesteld tijdens het jaar vóór het begin van de arbeidsongeschiktheid ¹.

2. Deze regel is als zodanig vrij duidelijk, ware het niet dat hij maar toepassing vindt «ingeval dat loon hoger is dan het in het eerste lid bedoelde loon».

Het eerste lid bepaalt dat voor de berekening van het basisloon inzake beroepsziekten de overeenkomstige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet gelden.

Krachtens die wetgeving komt in de regel als basisloon in aanmerking het loon dat de getroffene heeft verdiend of geacht wordt te hebben verdiend gedurende het jaar dat aan het ongeval voorafgaat. Maar voor de toepassing van de Beroepsziektenwet moet, volgens het vierde lid van artikel 49, in plaats van «ongeval», «begin van de arbeidsongeschiktheid» worden gelezen.

3. Wanneer het vijfde lid bepaalt dat het gemiddeld loon in aanmerking komt zo het hoger is dan «het in het eerste lid bedoelde loon», wil dat dus zeggen dat het gemiddeld loon van de overige werknemers moet worden vergeleken met het loon dat de getroffene heeft verdiend of wordt geacht te hebben verdiend gedurende het jaar voordat hij arbeidsongeschikt is geworden.

Nu gaat het in die bepaling echter om iemand die de arbeid heeft stopgezet vooraleer hij arbeidsongeschikt is geworden; dan heeft hij vóór het begin van zijn ongeschiktheid bij hypothese ook geen loon meer verdiend.

Weliswaar stelt de Arbeidsongevallenwet ook regels voor de berekening van een hypothetisch loon ²; maar dan gaat het om de aanvulling van het werkelijk verdiende loon, wan-

neer de beloning of de tewerkstelling gedurende het voorgaande jaar onvolledig is geweest.

In elk geval moet er gedurende dat jaar enige tewerkstelling zijn geweest. En dat is bij toepassing van artikel 49, vijfde lid, in de regel uitgesloten.

4. Van enige tewerkstelling kan bij toepassing van die bepaling alleen in de volgende twee gevallen sprake zijn:

1° ofwel is de arbeidsongeschiktheid ontstaan binnen het jaar nadat de getroffene het werk waar hij aan de beroepsziekte was blootgesteld, heeft verlaten;

2° ofwel heeft hij na die werkverlating elders gewerkt, waar hij niet aan die ziekte was blootgesteld, en is de arbeidsongeschiktheid tijdens of ten laatste binnen het jaar na die tewerkstelling ontstaan.

Toegegeven moet worden dat de vergelijking van het gemiddeld loon van de anderen met het eigen loon in beide gevallen maar een beperkte draagwijdte heeft en men niet goed inziet waarom een bijzondere regeling voor die beperkte gevallen nodig is.

5. Waarom moet de getroffene die het geluk heeft gehad elders nog te hebben gewerkt, een gunstigere regeling genieten, vooral omdat die tewerkstelling niets te maken heeft met de beroepsziekte? En als die tewerkstelling dan toch in aanmerking wordt genomen, waarom wordt dan met het daardoor verdiende hoger loon alleen rekening gehouden, zo de arbeidsongeschiktheid is ontstaan tijdens of binnen het jaar na die tewerkstelling?

Begrijpelijker zou dan nog zijn dat met het eigen verdiende hoger loon wordt rekening gehouden, wanneer de arbeidsongeschiktheid is ontstaan binnen het jaar nadat de getroffene het werk heeft verlaten waar hij aan de beroepsziekte was blootgesteld. Maar het lijkt wel twijfelachtig of die uitlegging van de besproken bepaling overeenstemt met de opzet ervan, zoals die uit de wetsgeschiedenis blijkt.

6. De Beroepsziektenwet van 24 juli 1927 bepaalde dat, wanneer de eerste tekenen van de ziekte merkbaar werden nadat de getroffene het bedrijf of het beroep waarin de ziekte werd opgedaan, had verlaten, als basisloon in aanmerking diende te worden genomen het loon dat hem was uitbetaald «gedurende het jaar vóór zijn heengaan», en, zo dat loon niet kon worden vastgesteld, het gemiddeld loon van de overige werknemers «gedurende de twaalf maand vóór het heengaan van de betrokkene» ³.

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat de wet van 24 december 1963 is geworden ⁴, merkt op: «De meest gewettigde protestuitingen tegen de regeling voortvloeiend uit de wet van 24 juli 1927, houden verband met de methode van opmaking van de basislonen.» Een van de twee wijzigingen die te dien aanzien in het ontwerp worden voorgesteld, betreft het loon van de getroffene die het werk verlaten heeft wanneer de arbeidsongeschiktheid ontstaat.

De memorie van toelichting stelt vast dat inzake arbeidsongevallen «het schadegeval zich vrijwel steeds dadelijk na het risico voor(doet)». Inzake beroepsziekten daarentegen kan er een tijdsverschil van jaren liggen «tussen het moment van de laatste blootstelling van het risico en het moment van het begin van de schade». Niettemin moet men, volgens de wet van 24 juli 1927, «zich baseren op het loon verdiend tij-

¹ Volgens het arrest van 14 april 1976 (A.C., 1976, 947) gaat het niet om het vorige kalenderjaar, maar om «de van dag tot dag berekende periode van één jaar die onmiddellijk voorafgaat aan de datum van het begin van die arbeidsongeschiktheid».

² Zie de artikelen 36 en 38.

³ Art. 10, tweede en derde lid.

⁴ *Gedr.St., Senaat*, 1962-63, nr. 237, 13.

dens het jaar vóór het moment van de laatste blootstelling aan het risico»; en dat loon kan heel wat lager liggen dan het loon dat normaal werd verdiend «op het moment dat de ziekte zich voordeed». Daarom wordt de bepaling ingevoegd die artikel 49, vijfde lid, van de gecoördineerde wetten is geworden en volgens welke het gemiddeld loon van het jaar «vóór de datum van aanvang van de arbeidsongeschiktheid» in aanmerking wordt genomen. En de memorie van toelichting besluit de verantwoording van de besproken bepaling als volgt: «Er dient evenwel te worden gepreciseerd dat deze wijze van berekening het slachtoffer geenszins mag schaden.»

7. Alleen deze laatste zin commentarieert de bepaling dat het gemiddeld loon maar in aanmerking komt zo het hoger is dan «het in het eerste lid bedoelde loon».

Uit de vergelijking van het thans geldende vijfde lid van artikel 49 met de vroegere bekritiseerde regeling van 1927 en uit het geheel van de verantwoording van de nieuwe regeling blijkt duidelijk dat deze zin betekent: het gemiddeld loon mag niet lager zijn dan het loon van het jaar vóór «de laatste blootstelling aan het risico», d.i. het laatste jaar dat de getroffen arbeid heeft verricht die de beroepsziekte kan veroorzaken, wat de wet van 1927 omschreef als «het jaar vóór zijn heengaan».

8. Voorts blijkt uit de toelichting bij het huidige vijfde lid dat de bedoeling van de wetgever niet is geweest een bijzondere regeling uit te vaardigen voor de getroffen die arbeidsongeschikt wordt binnen het jaar na de stopzetting van de arbeid; hoofdzakelijk heeft de wetgever aandacht gehad voor de gevallen waarin de ongeschiktheid pas jaren later ontstaat.

Evenmin is er tijdens de voorbereiding van de wet ooit aan gedacht rekening te houden met het loon dat de getroffen in de tussenperiode zou hebben verdiend door een tewerkstelling waar hij niet aan de ziekte was blootgesteld. Ook de verslagen van de commissie van Kamer en Senaat maken daarvan geen melding.

Het senaatsverslag beperkt zich ertoe de verklaring van de minister te noteren dat de bedoeling is een gunstigere regeling te treffen «ten behoeve van diegenen die hun werk hebben moeten verlaten omdat zij te zeer aan het ziekterisico waren blootgesteld»⁵. In de kamercommissie was de toelichting van de minister nog algemener: bedoeling is «dat sommige (...) getroffen een gunstiger basisloon genieten»⁶.

9. Volledigheidshalve moge nog worden opgemerkt dat de memorie van toelichting erop wijst dat de Nationale Arbeidsraad de in artikel 49, vijfde lid, voorgestelde regeling inhoudelijk reeds had aanvaard in 1954⁷. De raad had de volgende tekst voorgesteld:

«Wanneer de stopzetting van het werk in het beroep of in de nijverheid de arbeidsongeschiktheid meer dan een jaar voorafgaat, zal het basisloon berekend worden volgens de gemiddelde vergoeding van de loonarbeiders van dezelfde categorie gedurende het jaar, dat het begin van de arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer voorafging.»

In de opvatting van de Nationale Arbeidsraad is de voorgestelde bepaling zeker niet bedoeld om de berekening van het basisloon anders te regelen wanneer de arbeidsongeschiktheid ontstaat binnen het jaar na het einde van de tewerkstelling; zijn tekst sluit dat integendeel uitdrukkelijk uit. Evenmin is er sprake van rekening te houden met het in een andere betrekking verdiende loon.

10. Samengevat komt het mij voor dat er geen plaats is voor een letterlijke toepassing van de besproken bepaling van artikel 49, vijfde lid; deze leidt er immers toe dat het gemiddeld loon van de andere werknemers tijdens het jaar vóór het begin van de arbeidsongeschiktheid van de getroffen moet worden vergeleken met het loon dat deze laatste zou hebben verdiend gedurende dezelfde periode, terwijl hij alsdan de arbeid bij hypothese heeft stopgezet.

Enige zinvolle interpretatie, die beantwoordt aan de bedoeling van de wetgever, lijkt mij te zijn: wanneer de arbeidsongeschiktheid ontstaat nadat de getroffen de werk heeft verlaten waar hij aan de beroepsziekte was blootgesteld, wordt als basisloon het volgens dit vijfde lid berekende gemiddeld loon genomen, tenzij dit lager is dan het loon van het laatste jaar voordat hij dat werk heeft verlaten, berekend overeenkomstig de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet.

11. In de onderhavige zaak is de rechtsvoorganger van de verweerders aangetast door pneumoconiose als gevolg van zijn arbeid in de steenkoolmijn en is hij jaren nadat hij alle beroepsarbeid had stopgezet, nog door een gewrichtsziekte aangetast als gevolg van diezelfde mijnarbeid.

Onterecht beslist het arbeidshof dat als basisloon voor de berekening van de arbeidsongeschiktheid wegens de gewrichtsziekte het basisloon voor de pneumoconiose in aanmerking moet worden genomen. Beide ziekten hebben met elkaar niets te maken, ook al zijn zij het gevolg van dezelfde tewerkstelling in de mijnen. Voor elk van beide moet rekening worden gehouden met het begin van de arbeidsongeschiktheid die het gevolg is van de ene en van de andere.

Voor de ongeschiktheid wegens gewrichtsziekte moet dus niet het basisloon van de pneumoconiose worden genomen, maar het loon vastgesteld overeenkomstig artikel 49, vijfde lid, rekening houdend met het begin van de arbeidsongeschiktheid wegens de gewrichtsziekte.

12. Behoudens de vraag naar het in aanmerking te nemen basisloon betreft de voorziening ook de toepassing van de bepalingen omtrent het maximum van de vergoedingen.

Krachtens artikel 35, vierde lid, van de Beroepsziektenwet bepaalt de Koning het maximumbedrag van de jaarlijkse vergoedingen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid «ingeval voor meer dan één beroepsziekte schadeloosstelling verschuldigd is». Het ter uitvoering daarvan genomen koninklijk besluit van 3 januari 1983 bepaalt dit maximum op het maximumbedrag vastgesteld overeenkomstig artikel 39 van de Arbeidsongevallenwet, d.i. het maximum van het loon dat ook in aanmerking komt voor de berekening van de vergoedingen.

Volgens het arbeidshof vindt dit koninklijk besluit alleen toepassing «wanneer de betrokkene het werk hervat heeft en daarbij door een nieuwe beroepsziekte getroffen werd».

Die beperking valt in de besproken bepalingen niet te lezen. Zij vinden, volgens de duidelijke tekst van de wet, toe-

⁵ *Gedr.St., Senaat*, 1963-64, nr. 52, 37.

⁶ *Gedr.St., Kamer*, 1963-64, nr. 687/2, 12.

⁷ Advies nr. 29 van 8 juli 1954, Verslag van de Secretaris, 1953-1957, blz. 185.

passing op elke samenloop van vergoedingen voor meer dan één beroepsziekte.

13. Het middel is, wat beide aangevochten punten betreft, gegrond.

Ik concludeer tot de overeenkomstige vernietiging van het bestreden arrest.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 14 december 1988 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen ;
...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat reeds «de vergoeding voor een ongeschiktheid van 95 procent wegens pneumoconiose, opgedaan als ondergronds mijnwerker», ontving en dat hij sedert het verlaten van de steenkoolmijn op 22 december 1966 geen beroepsarbeid meer heeft verricht ;

Overwegende dat bij administratieve beslissing van 11 september 1985 aan H. wegens een bij de vroegere tewerkstelling opgelopen gewrichtsziekte een blijvende arbeidsongeschiktheidsgraad van 6% werd toegekend vanaf 25 november 1981, met een basisloon van 34.987 frank, zonder nadere specificatie, voor de berekening van de vergoedingen ;

Overwegende dat het arrest oordeelt «dat H. vanaf de ingangsdatum van de bestreden administratieve beslissing geacht moet worden een arbeidsongeschiktheid wegens beroepsziekte te hebben van 100% en dat de vergoeding moet worden berekend op het basisloon voor de pneumoconiose ; er is geen reden om de vergoeding te laten uitdeinen naar het wettelijk plafond toe» ;

Overwegende dat artikel 49, vijfde lid, van de Beroepsziektenwet bepaalt : «Zo echter, vóór de datum van het begin van de arbeidsongeschiktheid, de getroffen de beroepscategorie heeft verlaten waar hij aan het risico der opgedane ziekte was blootgesteld, dan is het basisloon het gemiddeld loon dat aan de overige werknemers der beroepscategorie werd verleend tijdens de periode van één jaar vóór de datum van het begin van de arbeidsongeschiktheid, ingeval dat loon hoger is dan het in het eerste lid bedoelde loon» ;

Dat het met toepassing van deze bepaling vastgestelde gemiddelde als basisloon in aanmerking moet worden genomen voor elke arbeidsongeschiktheid die uit de beroepsziekte ontstaat nadat de getroffen de bedoelde beroepscategorie heeft verlaten ; dat het aldus vastgestelde basisloon alleen dan niet in aanmerking komt, wanneer het lager is dan het overeenkomstig de bepalingen van de Arbeidsongevalwet berekende loon van het jaar vóór het verlaten van de bedoelde beroepscategorie ;

Overwegende dat, nu uit het arrest blijkt dat de arbeidsongeschiktheid wegens gewrichtsziekte is ontstaan nadat H. de mijnarbeid heeft stopgezet, het basisloon voor de berekening van de vergoeding voor deze ongeschiktheid moet worden vastgesteld overeenkomstig artikel 49, vijfde lid, van de Beroepsziektenwet, rekening houdend met de datum waarop de arbeidsongeschiktheid als gevolg van de gewrichtsziekte is ontstaan ;

Dat, nu de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid wegens pneumoconiose is ontstaan vóór de arbeidsongeschiktheid wegens de gewrichtsziekte, het arbeidshof artikel 49, vijfde lid, van de Beroepsziektenwet schendt door te beslissen dat

de vergoeding voor deze laatste ziekte «moet worden berekend op het basisloon voor de pneumoconiose» ;

Overwegende dat artikel 35, vierde lid (oorspronkelijk derde lid), van de Beroepsziektenwet en het ter uitvoering daarvan genomen koninklijk besluit van 3 januari 1983 het maximumbedrag van de jaarlijkse vergoedingen voor blijvende arbeidsongeschiktheid bepalen in alle gevallen waarin de getroffen aanspraak op vergoeding voor meer dan één beroepsziekte heeft ;

Dat de appelrechters, door te beslissen dat «het koninklijk besluit van 3 januari 1983 tot uitvoering van artikel 35, derde lid, van de wetten betreffende de schadeloosstelling voor beroepsziekten niet van toepassing is, aangezien het een bovengrens uitvaardigt voor de gecumuleerde vergoedingen vanwege nieuwe schadegevallen, met name wanneer de betrokkene het werk hervat heeft en daarbij door een nieuwe beroepsziekte getroffen werd», de toepassing van deze wetsbepaling onterecht beperken en zodoende artikel 1 van voormeld koninklijk besluit van 3 januari 1983 en artikel 35, vierde lid, van de Beroepsziektenwet schenden ;
...

NOOT – Bovenstaand arrest vernietigt Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, R.W., 1989-90, 1227.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER – 3 MEI 1991

Voorzitter : de h. Craeybeckx

Raadsheren : de hh. Libert en Van Houche (rapporteur)

Openbaar ministerie : de h. Willio

Advocaten : mrs. Devos en De Waele

Faillissement – Individuele vordering, voor de strafrechter, van een schuldeiser tegen bestuurder van failliete vennootschap

Noch de omstandigheid dat een schuldeiser een schuldvordering heeft ingediend in het passief van het faillissement van een vennootschap, noch de vaststelling dat de curator voor de strafrechter een vordering heeft ingesteld tegen de bestuurder van die vennootschap, staan eraan in de weg dat de schuldeiser op grond van art. 1382 B.W. een vordering instelt tegen de bestuurder wegens de schade die hij geleden heeft door strafbare feiten van de bestuurder (niet tijdige aangifte van het faillissement en gebruik van ruïneuze middelen om het faillissement uit te stellen).

N.V. A. t/ D.

Gelet op het arrest van het Hof van Cassatie van 8 mei 1990 waarbij het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 20 februari 1989 werd vernietigd in zoverre het uitspraak deed nopens de civielrechtelijke vordering van de N.V. A. tegen D. ;

Gelet op het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Kortrijk van 29 februari 1988 ;

Overwegende dat uit het dossier van de rechtspleging blijkt dat :

«de P.V.B.A. F. in staat van faillissement verklaard werd bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk op 21 juni 1983;

«beklaagde als statutair zaakvoerder van de failliete vennootschap onder meer definitief veroordeeld werd wegens eenvoudige bankbreuk, nl. (zie arrest van het Hof van Beroep te Gent dat te dezen in kracht van gewijsde is gegaan): 1. de aangifte niet te hebben gedaan binnen de bij artikel 440 van het wetboek van koophandel bepaalde termijn dat de P.V.B.A. F. die op 30 juni 1982 in staat van faillissement verkeerde, opgehouden had te betalen; 2. met het oogmerk om het faillissement van de P.V.B.A. F. uit te stellen, toegestemd te hebben in leningen, in effectencirculaties en andere al te kostbare middelen om zich geld te verschaffen, onder meer en minstens in het verhandelen van bij de N.V. Generale Bankmaatschappij verkregen kredieten zozeggend voor financiering van exportverrichtingen, in feite gebruikt tot betaling van bestellingen en leveringen door de gefailleerde gedaan minstens wat de periode betreft van 1 januari 1983 tot 21 juni 1983;

Overwegende dat door die definitieve strafrechtelijke veroordeling vaststaat dat beklagde als bestuurder van de failliete vennootschap wist of behoorde te weten dat deze op 30 juni 1982 opgehouden had te betalen;

Overwegende dat de burgerlijke partij, kredietverzekeraar van de N.V. D., als gesubrogeerde in de rechten van de door haar uitbetaalde leverancier (425.000 Franse frank) en als cessionaris van de overige rechten van haar verzekerde ingevolge overdracht van schuldvordering, doet gelden dat het kredietrisico zich niet zou hebben gerealiseerd indien beklagde, in de voorkennis dat de onderneming haar betalingen had gestaakt, de deficitaire activiteit van de onderneming niet had voortgezet sedert medio 1982, aangezien de firma N.V. D. in dat geval geen goederen zou hebben geleverd begin 1983 voor een totaal factuurbedrag van 11.380.735 frank;

Overwegende dat de vordering van de burgerlijke partij ontvankelijk is; dat noch de omstandigheid dat de burgerlijke partij een schuldvordering heeft ingediend in het passief van het faillissement noch de vaststelling dat de curator van het faillissement voor de strafrechter een vordering heeft ingesteld tegen de bestuurder van de failliete vennootschap — deze laatste zelf niet persoonlijk in staat van faillissement verkerende — beletten dat de derden-schuldeisers hangende het faillissement op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek een vordering kunnen instellen tegen de bestuurder van de vennootschap wegens de schade die zij geleden hebben ten gevolge van strafbare feiten die deze bestuurder heeft gepleegd; dat te dezen vaststaat dat de burgerlijke partij ten gevolge van de strafbare laattijdige aangifte van het faillissement en wegens het gebruik van ruïneuze middelen om het faillissement uit te stellen schade heeft geleden, daar de leverancier, in wiens rechten zij is getreden, zonder deze fout geen goederen zou hebben geleverd in 1983;

Overwegende dat de door de curator, wegens de strafbare deficitaire voortzetting van de vennootschap, gevorderde vergoeding van de schade toegebracht aan het onder bewind gestelde vermogen niet dezelfde schade beoogt als die welke geleden wordt door de burgerlijke partij (zie T.P.R. 4.90 «Bestuurdersaansprakelijkheid» door I. Verougstraete en van de vermogenstoestand, die zal blijken uit de vergelijking

tussen de vermogenstoestand op het ogenblik dat de bestuurder de handelsactiviteiten had moeten beëindigen en de vermogenstoestand op datum van het faillissement): die schade is een andere dan de schade geleden door de medecontractanten van de gefailleerde die schade hebben geleden doordat zij gecontracteerd hebben nadat de gefailleerde opgehouden had te betalen (met andere woorden een andere dan de optelsom van de vorderingen van die schuldeisers in de boedel, verminderd met de te verwachten dividenden);

Overwegende dat met betrekking tot de omvang van de door de burgerlijke partij gevorderde schadevergoeding zich een heropening der debatten opdringt ten einde, aan wie het behoren zal, het Hof nader in te lichten omtrent:

— de waarde van de geleverde goederen zonder winstmarge en dit met betrekking tot de vraag of de leverancier, indien hij niet geleverd had, ook winst gerealiseerd zou hebben;

— de tegenwerpbaarheid aan oorspronkelijke beklagde van de overdracht van een gedeelte van de schuldvordering van de N.V. D. aan haar kredietverzekeraar;

...

NOOT — Uit het door het arrest weergegeven citaat is kennelijk iets weggevallen. Zie I. Verougstraete en C. van Buggenhout, «Faillissement en continuïteit van de onderneming», T.P.R., 1990, 1749.

Het arrest is in kracht van gewijsde gegaan.

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

5e KANTON — 16 JULI 1991

Rechter: de h. Van Oosterwijk

Advocaten: mrs. De Smedt en Vissers loco Van de Peer

Echtscheiding — Uitkering (art. 301 B.W.) — Pensioen van uit de echt gescheiden vrouw — Nieuw huwelijk van de gerechtigde

Daar te dezen de financiële toestand van de uitkeringsgerechtigde vrouw niet is verbeterd door haar nieuwe huwelijk, maar zij integendeel haar pensioen van uit de echt gescheidene verliest, en daar de uitkeringsplichtige man niet bewijst dat zijn financiële toestand gevoelig is verslechterd door zijn inruuststelling, is er geen reden om de uitkering te verminderen, laat staan af te schaffen.

B. t/ V.

1° De retroacten

Eiser (geboren op 29 juli 1925) en verweerster (geboren op 18 mei 1925) huwden te Amsterdam op 16 juli 1949; bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, tweede kamer, van 20 januari 1981 werd de echtscheiding tussen partijen uitgesproken in het voordeel van verweerster, toen eiseres, ten laste van eiser, toen verweerder, op grond van overspel; de tegenvordering werd hic et nunc niet in staat verklaard om behandeld te worden en werd naar de bijzondere rol verwezen. Eiser werd daarbij veroordeeld om aan verweerster als voorlopig onderhoudsgeld tot aan de be-

slissing ten gronde over de tegenvordering, de som van 12.500 frank per maand te betalen, aan te passen aan de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen.

Met ingang van 1 augustus 1990 werd aan eiser een rustpensioen toegekend van 375.714 frank per jaar geïndexeerd (index 353,05); verweerster van haar kant genoot een rustpensioen als uit de echt gescheiden vrouw van eiser en dit vanaf 18 mei 1985 (toen ze 60 jaar werd) tot 17 oktober 1989, de dag waarop ze hertrouwde met de 27 jaar jongere Tunesische onderdaan H. (geboren op 3 mei 1952), kleermaker van beroep. Ondertussen trok ze ook de geïndexeerde uitkering die eiser haar bleef uitbetalen (laatst, niet betwist cijfer, 17.743 frank), eiser die geen kennis had van het feit dat verweerster ook een rustpensioen genoot (volgens niet betwiste cijfers 15.546 frank).

In april 1990, verweerster moest toen haar wettelijk pensioen reeds verbeuren, sinds haar nieuw huwelijk, staakte eiser ook de betaling van de uitkering. Dit nieuw huwelijk werd echter geen succes, integendeel; bij beschikking van dit gerecht van 8 mei 1990, op inleidend verzoekschrift van verweerster, neergelegd ter griffie op 13 april 1990, en dus na amper zes maanden huwelijk, werd zij gemachtigd alleen in de echtelijke verblijfplaats te verblijven en werd aan haar tweede echtgenoot verbod opgelegd om die woning nog te betreden na 22 mei 1990 te 00 uur. Verweerster had toen haar intrek moeten nemen, zo blijkt uit die beschikking, in een onthaalcentrum voor opvang van korte duur, ingeschreven op een postbusnummer te Antwerpen.

Bij conclusie neergelegd ter griffie op 24 mei 1991 breidt eiser zijn vordering uit: hij vraagt te worden «ontslagen van de betaling van enige uitkering na echtscheiding aan verweerster met ingang van 18 mei 1985», en verweerster te veroordelen in de kosten.

2° Het akkoord van 11 juni 1991

Tijdens de bespreking in raadkamer van 11 juni 1991 kwam er onder impuls van de rechtbank een gedeeltelijk akkoord tot stand. Eiser kon ervan overtuigd worden dat het zinloos was een terugvordering te doen van de uitkering gedurende de periode dat verweerster tevens een wettelijk rustpensioen genoot, en verweerster vroeg geen herstel van de uitkeringen gedurende de periode dat eiser zijn betalingen had gestaakt. Men maakte tabula rasa aan beide zijden, een en ander op voorwaarde evenwel dat aan verweerster een onderhoudsuitkering zou worden toegekend van 14.000 frank per maand met ingang van 1 juni 1991, geïndexeerd op basis van het indexcijfer der consumptieprijzen van de maand mei.

Eiser ging akkoord met dien verstande dat hij acht dagen bedenktijd vroeg in verband met het principe van het blijven betalen van een uitkering, en ter zitting van 18 juni 1991 deelde zijn raadsman zijn ontstentenis van akkoord aan de rechtbank mee, waarna de rechtbank de zaak in beraad nam.

In ieder geval is er geen enkele aanwijzing dat partijen het ondertussen ook oneens zouden zijn geworden over het principe van de «tabula rasa», dit is van de terugvorderingen, zodat hier in ieder geval akte dient te worden verleend van een beperkt akkoord.

3° De actuele financiële draagkracht van partijen

Zoals reeds is gezegd, geniet eiser een rustpensioen van 375.714 frank per jaar, geïndexeerd, met ingang van 1 augustus 1990; hij kocht na de echtscheiding de voormalige gezinswoning, met een kadastraal inkomen van 16.990 frank en een huuropbrengst van 17.500 frank per maand, in. Hij vormt een gezin en woont bij die nieuwe partner in; met dit feitelijk gegeven moet ook rekening worden gehouden.

Verweerster van haar kant, zo voert zij aan, maar dat kan niet ernstig betwist worden, heeft geen enkele andere bron van inkomsten dan een klein pensioentje dat de Nederlandse staat haar maandelijks uitbetaalt en circa 4.800 frank bedraagt; de Rijkskas voor Rust- en Overlevingspensioenen liet haar bij brief van 14 maart 1990 weten dat wegens haar nieuw huwelijk, het pensioen van echtgescheiden vrouw niet meer betaalbaar was sinds de eerste van de maand volgend op de datum van het nieuwe huwelijk, d.i. vanaf 1 november 1989.

Of dit nieuw huwelijk enige rol speelt in de beoordeling van de onderhavige vordering, zal hierna onderzocht worden.

Vast staat evenwel, het hoeft nauwelijks gezegd te worden, dat verweerster, thans 66 jaar oud, niet meer in aanmerking komt om enige rol op de arbeidsmarkt te spelen, ook niet in haar voormalig beroep van kinesiste.

4° Het nieuwe huwelijk van verweerster en de daarop volgende feitelijke scheiding

Hoewel men zich over de omstandigheden van dit huwelijk vragen kan stellen, het is er nu eenmaal; het recht op huwen is een grondrecht dat aan ieder individu onverkort toekomt. Dat dit nieuw huwelijk door de uitkeringsrechtigde, verweerster, uiteraard gewild werd, is irrelevant, ook al maakt art. 301 B.W. enig voorbehoud voor gebeurtenissen die aan de wil van een van de betrokken partijen toe te schrijven zijn. Het recht op huwen is een fundamenteel recht, zo stelt wijlen prof. Pauwels terecht, met verwijzing naar art. 12 E.V.R.M., dat niet door de bepalingen van art. 301 B.W. aangetast kan worden (Pauwels, J., «Art. 301 B.W. en nieuw huwelijk van de uitkeringsplichtige», noot onder Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 471). Het recht van de gescheidene om een nieuw gezin te stichten mag niet rechtstreeks noch indirect beperkt worden (Tillemans, D., «Het onderhoudsgeld na echtscheiding op grond van fout en op grond van feitelijke scheiding», in Senaev, P. (red.), *Echtscheiding*, Leuven-Amersfoort, Acco, 1990, 270, nr. 413, in fine).

Aan verweerster kan evenmin enig verwijt gericht worden dat haar tweede huwelijk vlug op een fiasco is uitgedraaid en er na nauwelijks zes maanden een feitelijke scheiding kwam; de omstandigheden die in onze beschikking van 8 mei 1990 tot uiting kwamen, zijn overduidelijk en tonen geen enkele schuld aan van verweerster, eiseres in de procedure op grond van art. 223 B.W. Dat er daar geen mogelijkheid bestond om de steunplicht van de artikelen 213 en 221 B.W. van de tweede echtgenoot van verweerster te laten gelden, blijkt evenzeer. Verweerster vroeg toen haar echtgenoot H. te veroordelen om haar een uitkering te betalen van 12.500 frank per maand, maar onze beschikking stelt vast «dat verweerder daartoe in de materiële onmogelijkheid verkeert, zelfs eventueel sterk gereduceerd, aangezien hij reeds een onderhoudsgeld van 2.000 frank per maand aan zijn ex-echt-

genote moet betalen en dat hij momenteel een sterk seizoen-gebonden job uitoefent...»

Weliswaar is H., aan wie de toegang tot de echtelijke verblijfplaats is ontzegd, erin geslaagd een ander sociaal huurappartement te krijgen in hetzelfde mastodont-flatgebouw op linker Oever waarin zich reeds de gezinswoning bevond, maar eiser spreekt ten onrechte over «onder hetzelfde dak wonen»; van enig samenleven is er in casu geen sprake.

5° Het nieuwe huwelijk van verweerster en zijn mogelijke invloed op de uitkering ex art. 301 B.W.

Het criterium van artikel 301, § 1, B.W. is dat de uitkering die aan de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft kan worden toegekend, rekening houdend met zijn inkomsten en mogelijkheden, hem in staat kan stellen in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven (Cass., 2 september 1977, *Pas.*, 1978, I, 4; Cass., 29 september 1978, *Pas.*, 1979, I, 143; Cass., 15 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 712; Cass., 5 juni 1980, *Pas.*, 1980, I, 1227).

De wetgever gebruikt de term «gelijkwaardig», niet «gelijkaardig», zodat het welvaartspeil hetzelfde moet zijn als tijdens het samenleven (Baeteman, G., en Gerlo, J., «Overzicht van rechtspraak (1975-1980), Personen- en familierecht», *T.P.R.*, 1981, (749), 843, nr. 122; Gerlo, J., *Onderhoudsgelden*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 201, nr. 245); Baeteman, G., *Personen- en gezinsrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, 355, nr. 454) met dien verstande vanzelfsprekend dat het voorschift van art. 301, § 4, B.W. beperkend werkt, daar naar luid van die wetbepaling het bedrag van de uitkering in geen geval hoger mag zijn dan een derde van de inkomsten van de tot uitkering gehouden echtgenoot.

De nieuwe gezinsvorming van verweerster kan in eerste instantie geanalyseerd worden als een begrotingsfactor met betrekking tot haar financiële draagkracht, maar overeenkomstig art. 301, § 3, B.W. zou deze gezinsvorming een ingrijpende invloed moeten uitoefenen (cf. Tillemans, D., o.c., in Senaève, P., (red.), *Echtscheiding*, 270, nrs. 411 en 412). Inderdaad, een nieuw huwelijk van de schuldeiser doet als zodanig het recht op uitkering niet van rechtswege vervallen (*R.P.D.B.*, V° *Divorce et séparation de corps*, compl. I, nr. 500, en de verwijzingen; Delva, W., en Baert, G., «Overzicht van de rechtspraak (1960-63). Personen- en familierecht», *T.P.R.*, 1964, (231), 413, nr. 743; Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., «Overzicht van rechtspraak (1964-1974). Personen- en familierecht», *T.P.R.*, 1976, (329), 433, nr. 82, a), addendum, 6°; Bax, M., *De onderhoudsverplichting na echtscheiding*, in, *Onderhoudsgeld*, Juridische uitgaven U.I.A., Brussel, Ced. Samsom, 1978, (84), 91, nr. 11; Baeteman, G., en Gerlo, J., o.c., *T.P.R.*, 1981, 844, nr. 122; Baeteman, G., o.c., 357, nr. 456 in fine; Gerlo, J., in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze kommentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, art. 301-14; Baeteman, G., Gerlo, J., Guldix, E., De Mulder, W., en De Wit, R., «Overzicht van de rechtspraak. Personen- en familierecht 1981-1987», *T.P.R.*, 1988, (415), 519, nr. 181).

Hoewel deze stelling niet unaniem in de rechtsleer wordt gevolgd (contra die stelling: Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1965 à 1969)», *R.C.J.B.*, 1970 (393) 635, nr. 62 en de verwijzingen; Lampe, M.F., noot onder Rb. Charleroi, 23 december 1970, *J.T.*, 1971, 715; Renchon, J.L., «Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce», *Ann.Dr.Lou-*

vain, 1976, 43 e.v. nr. 87; Mahieu, G., *Divorce et séparation de corps*, in *Rép.not.*, I, 6, Brussel, Larcier, 1987, nr. 549, b; Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1976 à 1983). Les personnes», *R.C.J.B.*, 1989, 230, nr. 167 en voetnoot 20, en 240, nr. 171, en de verwijzingen; Tillemans, D., o.c., in Senaève, P., (red.), *Echtscheiding*, 272, nr. 417), dan is de rechtspraak duidelijk in de zin als hierboven vermeld. Ons hoogste gerechtshof nam reeds in 1975 aan dat een nieuw huwelijk van de schuldeiser op zichzelf geen reden tot opheffing van de uitkering vormde (Cass., 3 april 1975, (impliciet), *A.C.*, 1975, 834, *Pas.*, 1975, I, 756) een stelling waarmee de rechtspraak van de hoven en rechtbanken bekrachtigd werd (Luik, 13 juli 1937, *J.T.*, 1939, 744; Brussel, 21 maart 1947, *J.T.*, 1947, 416, noot Van der Made; Brussel, 13 april 1956, *Pas.*, 1957, II, 106; Brussel, 9 maart 1959, *Pas.*, 1960, II, 131; Bergen, 16 juni 1960, *J.T.*, 1960, 670; Gent, 13 oktober 1960, *R.W.*, 1960-61, 946; Gent, 20 november 1961, *R.W.*, 1962-63, 221; Brussel, 30 september 1963, *J.T.*, 1964, 60; Rb. Bergen, 16 juni 1960, *J.T.*, 1960, 670; Rb. Brussel, 10 maart 1967, *Pas.*, 1968, III, 34); de uitkeringsplichtige gewezen echtgenoot, in casu eiser, wordt slechts van zijn verplichting ontheven voor zover de tweede echtgenoot, op wie vanzelfsprekend in eerste instantie de bijstandsplicht rust, over voldoende inkomsten beschikt om daaraan tegemoet te komen; telkens moet in concreto worden nagegaan of de uit het nieuwe huwelijk ontstane toestand de onderhoudsgerechtigde in staat zal stellen een levensstandaard gelijkwaardig aan die van het eerste huwelijk te behouden (Baeteman, G., Gerlo, J., Guldix, E., De Mulder, W., en De Wit, R., o.c., *T.P.R.*, 1988, 519, nr. 181).

De wet van 9 juli 1975 betreffende de uitkering na echtscheiding (*B.S.*, 23 juli 1975, *Omnilegie*, 1976, 1686, nr. 593) heeft niets gewijzigd (Vieujean, E., o.c., *R.C.J.B.*, 1989, 240, nr. 171) aan die rechtspraak: indien uit de feitelikheden blijkt dat het nieuwe huwelijk de onderhoudsgerechtigde niet een gelijkwaardige levensstandaard bracht omdat de nieuwe echtgenoot over onvoldoende inkomsten beschikt, dan zal de onderhoudsuitkering niet afgeschaft worden (Vred. Tielt, 26 mei 1977, bevestigd door Rb. Brugge, 5 januari 1981, *T.Not.*, 1981, 204).

Een absoluut alleenstaand vonnis vormt de enige uitzondering op die regel (Vred. Berchem, 27 december 1983, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1985, 343; uit de omstandigheden blijkt echter dat de uitkeringsgerechtigde niet betwistte dat zij vanaf haar nieuw huwelijk door haar nieuwe echtgenoot financieel onderhouden werd).

Hetzelfde geldt wanneer de uitkeringsgerechtigde in concubinaat zou gaan leven, ook dan is er (afgezien van het feit dat dit zich niet zo eenvoudig laat bewijzen als een nieuw huwelijk) geen automatisme (Antwerpen, 3 januari 1989, *Turnh.Rechtsl.*, 1989, 14; Vred. Merksem, 6 november 1981, *R.W.*, 1983-84, 319; Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 471, noot Pauwels, J., geciteerd; cf. Cass., 14 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2135).

6° Besluit

De gevraagde afschaffing van de toegekende uitkering kan slechts uitgesproken worden indien eiser een gevoelige wijziging zou kunnen aantonen van de inkomsten en mogelijkheden van verweerster waardoor een uitkering niet meer vereist zou zijn opdat zij op een gelijkwaardige wijze als ten tijde van de samenleving in haar onderhoud zou kunnen

voorzien; aan die criteria wordt in casu niet beantwoord. Het nieuwe huwelijk van verweerster heeft haar financiële toestand in niets verbeterd, integendeel. Ook bewijst eiser niet dat zijn inruststelling een dergelijke gevoelige wijziging van zijn eigen inkomsten heeft teweeggebracht dat de toch nog altijd vrij karige destijds toegekende uitkering, gevoelig zou moeten worden verminderd.

Verweerster heeft zich ter zitting van 11 juni 1991, gelet op het haar door de Nederlandse Staat uitgekeerd pensioentje, minstens impliciet akkoord verklaard met een uitkering ingevolge indexatie gebracht op 14.000 frank per maand, en geïndexeerd met een nieuw indexcijfer der consumptieprijzen.

De vordering komt ons dan ook slechts in die mate grond voor.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 29 mei 1991

Voorlopige hechtenis – Handhaving – Cassatieberoep – Verwerping – Arrest – 1. Geen nieuwe titel van hechtenis – 2. Betekening – Niet vereist – 3. Gevolg – Behoud van de hechtenis gedurende vijftien dagen

De drie middelen die eiser tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, K.I., 21 mei 1991) aanvoert, worden als volgt verworpen:

«Overwegende dat het arrest van het Hof van Cassatie dat het cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbesluidigingstelling dat de handhaving van de voorlopige hechtenis beveelt, verwerpt, geen nieuwe titel van hechtenis oplevert;

«Dat noch artikel 31, § 5, van de wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis, noch artikel 5, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, noch enige andere wettelijke bepaling de betekening voorschrijven van een arrest van het Hof dat een zodanige voorziening verwerpt;

«Dat uit het bovengenoemde artikel 31, § 5, van de wet van 20 juli 1990 blijkt dat de verdachte, bij verwerping van het cassatieberoep, wettelijk aangehouden blijft gedurende vijftien dagen te rekenen van de uitspraak van het arrest van het Hof en pas in vrijheid moet worden gesteld als de raadkamer geen uitspraak heeft gedaan binnen die termijn.»

(Voorzitter: de h. Stranard – Rapporteur: de h. Simonet – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Roggen en Risopoulos – In de zaak: L.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 9 september 1991

Sociale zekerheid werknemers – K.B. nr. 17 van 9 maart 1982 – Werkgever die zijn schuld aan de R.S.Z. binnen de voorgeschreven termijnen betaald heeft – Geen schuldenaar van R.S.Z. – Recht op tijdelijke vermindering van werkgeversbijdragen

Eisers voorziening tegen de bestreden arresten (Arbh. Luik, 13 september 1989 en 14 februari 1990) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat, ingevolge artikel 8 van het koninklijk besluit nr. 17 van 9 maart 1982 houdende tijdelijke vermindering van de werkgeversbijdragen van sociale zekerheid, ter bevordering van de tewerkstelling van jonge werkzoekenden, 'de werkgevers die, bij het verstrijken van het kwartaal voor hetwelk zij de toepassing van artikel 2 inroepen, schuldenaar zijn van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid' geen recht hebben op die vermindering;

«Overwegende dat het middel betoogt dat, als op het einde van het bewuste kwartaal de werkgever schuldenaar is van de Rijksdienst, zulks voldoende is om hem van de in dat besluit bedoelde vrijstelling uit te sluiten; dat het aan de arresten verwijt te hebben geoordeeld dat de werkgever niet als schuldenaar van de Rijksdienst, in de zin van voormeld artikel 8 kan worden beschouwd, wanneer hij zijn schuld jegens die dienst binnen de voorgeschreven termijn heeft betaald;

«Overwegende dat, krachtens artikel 34 van het koninklijk besluit van 28 november 1969, 'het bedrag van de bijdragen door de werkgever aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid verschuldigd is op de navolgende vier data van elk jaar: 31 maart, 30 juni, 30 september en 31 december' en 'de bijdragen die voor het verstreken kwartaal verschuldigd zijn (...) door de werkgever uiterlijk de laatste dag van de maand na dit kwartaal (dienen) te worden betaald';

«Dat de werkgever bij het verstrijken van elk kwartaal dus schuldenaar van de Rijksdienst wordt voor bijdragen over dat kwartaal, welk bedrag hij pas na het verstrijken van dat kwartaal kan berekenen en dus betalen;

«Dat zo de uitlegging die het middel van het woord 'schuldenaar' geeft, juist is, geen enkele werkgever aanspraak zou kunnen maken op de vermindering waarvan sprake is in het koninklijk besluit nr. 17 van 9 maart 1982, daar iedere werkgever, bij het verstrijken van elk kwartaal jegens de Rijksdienst schuldenaar is van de bijdragen over dat kwartaal, waarvan hij pas na het verstrijken van dat kwartaal het bedrag kan berekenen en dus betalen;

«Dat eruit volgt dat onder het woord 'schuldenaar' in artikel 8 van voormeld koninklijk besluit wordt verstaan de werkgever die niet binnen de voorgeschreven termijnen een schuld aan de Rijksdienst heeft betaald.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: R.S.Z. t/ B.V.B.A. B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 september 1991

Onderwijs – Gesubsidieerd onderwijs – Leerkracht slachtoffer van ongeval dat door derde veroorzaakt is – Afwezigheid – Wedde betaald door de Staat – Vordering tegen derde – Geen subrogatie krachtens art. 1251, 3°, B.W.

Het bestreden arrest (Hof Bergen, 19 september 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, zegt dat de Belgische Staat aan de

echtgenoten P., leerkrachten die het slachtoffer werden van een ongeval dat door een verzekerde van eiseres is veroorzaakt, de lonen heeft uitbetaald die de Staat volgens het statuut diende te betalen;

«Overwegende dat degene die niet de schuld van een derde maar uitsluitend zijn eigen schuld betaalt, niet wettelijk in de rechten van de schuldeiser jegens die derde treedt;

«Overwegende dat naar luid van artikel 1251, 3°, van het Burgerlijk Wetboek, indeplaatsstelling van rechtswege alleen geschiedt ten voordele van hem die, met anderen of voor anderen tot betaling van een schuld gehouden zijnde, er belang bij had deze te voldoen;

«Dat, ingevolge artikel 18 van het koninklijk besluit van 15 januari 1974, als de afwezigheid te wijten is aan een ongeval veroorzaakt door de schuld van een derde, het personeelslid zijn activiteitswedde ontvangt op voorwaarde dat hij de Staat, bij iedere betaling, ten bedrage van de door de Staat gestorte som in zijn rechten doet treden tegen hem die het ongeval heeft veroorzaakt;

«Dat het arrest, door te oordelen dat die regel het bij artikel 1251, 3°, van het Burgerlijk Wetboek bepaalde stelsel van de wettelijke indeplaatsstelling specifiek op het onderwijs toepast, en door verweersters regresvordering op grond van de indeplaatsstelling aan te nemen, zonder na te gaan of de slachtoffers van het ongeval de Staat in hun rechten ten aanzien van hem die het ongeval heeft veroorzaakt, hebben doen treden en of de lonen alleen maar als voorschot op het door de derde aansprakelijke verschuldigd bedrag werden betaald, de voormelde wettelijke bepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace — Rapporteur: de h. Verheyden — Openbaar ministerie: de h. Piret — Advocaten: mrs. De Bruyn en Van Ommeslaghe — In de zaak: N.V. De S. t/ Belgische Staat)

Rb. Hasselt (4e Kamer), 16 september 1991

Pacht — Opzegging door de verpachter — Met taxipost — Ongeldig

Appellante, die eigenares is van percelen landbouwgrond, deed bij brief van 28 november 1988 opzegging van de pacht van die percelen op grond van art. 7, tweede lid, 1°, en art. 11, 2°, Pachtwet.

«Appellante betekende deze brief door middel van taxipost en eerste geïntimeerde betwist niet de opzegbrief van 29 november 1988 ontvangen te hebben. Trouwens de ontvangst blijkt afdoende uit de door eerste geïntimeerde neergelegde stukken nrs. 6a, 6b, 6c en 6d.

«De vraag dient te worden gesteld of de betekening van de opzegbrief op de door de wet vereiste wijze gebeurde en of eventuele niet-naleving van de door de wet vereiste vormvereiste ongeldigheid van de opzegging inhoudt.

«Ingevolge artikel 57 van de Pachtwet moet de opzegging op straf van niet-bestaan betekend worden bij een gerechtsdeurwaardersexploot of bij een aangetekende brief.

«Derhalve moet een opzegging die op een andere wijze is betekend, als niet bestaande worden aangemerkt. De formaliteit van de aangetekende verzending kan niet vervangen worden door een andere verzendingswijze, zelfs indien de

pachter erkent dat hij een niet-aangetekende brief heeft ontvangen waarin hem opzegging is gedaan. De eerste rechter verklaarde derhalve terecht de opzegging gedaan bij schrijven van 29 november 1988 ongeldig.»

(Voorzitter: de h. Penders — Advocaten: mrs. Borgers en Kamers — In de zaak: L. t/ S. e.a.)

Vred. Kortrijk (2e Kanton), 13 december 1991

Geesteszieken — Wet van 26 juni 1990, art. 6 — In instelling opgenomen zieke — Bevoegde vrederechter

Rechtdoende op een verzoekschrift verwijst de vrederechter, gelet op de artt. 5 en 6 van de wet van 26 juni 1990, de zaak om de volgende redenen naar de vrederechter van het Eerste Kanton Kortrijk:

«Overwegende dat uit het verzoekschrift blijkt dat de zieke zich bevindt in een isoleerkamer in het H. Hartziekenhuis te Kortrijk, aan de Budastraat nr. 30;

«Dat, wanneer de zieke reeds in een instelling is opgenomen, de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt bevoegd is, zulks bij gebreke van mogelijkheid voor de vrederechter van de woonplaats of van de verblijfplaats van de zieke om deze laatste te bezoeken op de plaats waar hij zich bevindt (Senaat, 733-2, 1988-1989, Verslag namens de Commissie van Justitie, blz. 31, alin. 1-2; blz. 33, alin. 2; zie ook het verslag van de Algemene Vergadering van de Koninklijke Federatie van de Hoofdgriffiers van de Vredege rechten en de Politierechtbanken, gehouden te Brussel op 5 oktober 1991, blz. 19-20);

«Dat de zaak derhalve dient te worden verwezen naar de heer Vrederechter van het Eerste Kanton Kortrijk in wiens rechtsgebied het H. Hartziekenhuis is gelegen.»

(Rechter: de h. Lambrecht — In de zaak: X)

BOEKEN

M. BOES e.a., **Staat, gemeenschappen en gewesten**, Brugge, Die Keure, 1989, 144 pp.

Naar aanleiding van een studiedag over de staatshervorming te Leuven werden de referaten van een aantal leden van het onderzoekend en wetenschappelijk personeel van de K.U.L. gebundeld en uitgegeven.

Prof. dr. R. Blanpain heeft het welkomstwoord gesproken en de besluiten uit de rijkge vulde studiedag getrokken.

Prof. dr. Boes analyseert de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten. Naast het algemeen overzicht, waarbij de parlementaire voorbereiding en de rechtspraak van het Arbitragehof verwerkt is, vindt de lezer bijvoorbeeld meer uitgebreide beschouwingen inzake de gewestbevoegdheden voor leefmilieu, afvalstoffen en gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke inrichtingen, vervoer en de E.M.U.

Prof. dr. L.P. Suetens en assistente R. Leysen gaan in op de bevoegdheidstechnieken zoals concurrerende en parallelle bevoegdheden, raamwetgeving en impliciete bevoegdheden.

In een zeer wetenschappelijk opstel nemen prof. dr. A. Alen en dr. P. Peeters de voornaamste samenwerkingsverbanden tussen staat, gewesten en gemeenschappen onder de loupe in het kader

van een coöperatief federalisme dat voortvloeit uit de moderne sociale-welvaartstaat. De commissies van samenwerking, het Overlegcomité, de diverse overlegprocedures, hun afdwingbaarheid (beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, controle door het Arbitragehof), de samenwerkingsakkoorden, het zogenaamde «samenwerkingsgerecht», de protocols worden kritisch belicht, mede vanuit de parlementaire stukken en de adviezen van de Raad van State.

Opvallend is ook dat de eminente auteurs voor omzichtigheid pleiten bij de splitsing van het «dubbel mandaat» en de hervorming van de Senaat.

De externe betrekkingen van gemeenschappen en gewesten komen aan bod in het opstel van prof. E. Suy. Hij wijst erop dat de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moet worden gewijzigd in aansluiting op art. 59bis Gw.

In het dispuut over de verdragsrechtelijke bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten keert Suy zich tegen de opvatting dat de gemeenschappen en gewesten als deelstaten geen verdragen zouden kunnen sluiten omdat zij geen volkenrechtsubjecten zijn. Deze bekritiseerde stelling is volgens Suy terug te vinden in een nota van het Ministerie van Buitenlandse Zaken gedateerd van 1983. Wellicht wordt de nota van de regering van 6 mei 1983 (*Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 4-VIII/3) bedoeld. Volgens prof. Suy kunnen deelstaten wel internationale akkoorden sluiten indien de nationale grondwet deze bevoegdheid erkent.

W. Rauws

M. STORME, **Het Proces: Weldaad of Kwaad?**, Mys en Breesch, Gent, 1991, 22 pp.

M. STORME, **Dromen van gerechtigheid. Beschouwingen over Gerecht en Rechtvaardigheid**, Lannoo, Tielt, 1991, 141 blz.

Met deze beide essays bewandelt Marcel Storme voor hem geliefde paden: het zoeken en verzuchten van de burger naar recht en gerechtigheid en de voorname rol die de rechter in de rechtsbedeling speelt (zie onder meer zijn vroegere bijdragen: *Rechtspraak in opspraak, Mijmeringen van een jurist bij 1984, Het proces: als in een spiegel*, enz.).

De eerste publikatie, *Het Proces: Weldaad of Kwaad?*, is de tekst van de openingsles die de auteur op 28 februari 1991 te Brussel hield in het kader van de Francqui-leerstoel V.U.B. 1990-1991. Aan de hand van uiteenlopende anecdotes en voorbeelden wordt aangetoond dat een rechtsgeding een weldaad is of had kunnen zijn. Een procedure wordt voor de rechtbank ingeleid om een einde te maken aan een conflict tussen partijen. Vanuit menselijk, maatschappelijk, juridisch en politiek oogpunt bestaat geen beter middel om betwistingen te beslechten. Immers, de alternatieven zijn geweld, oorlog en macht. Aldus komt Storme tot stellingen die men in de wandelgangen van justitiepalazen niet zo vaak hoort, zoals de goedheid van de rechter, het mysterie van het proces, het eindvonnis als een loutering (*catharsis*).

De bevinding dat een proces een weldaad is, staat ook in schril contrast met de rechtspraktijk van elke dag. Is een slechte overeenkomst niet te verkiezen boven een goed proces? Gedingen zijn zenuwslopend, duren tergend lang en kosten veel geld. De fout voor dat kwaad legt prof. Storme bij de politici voor wie een efficiënte procesgang concurrentie betekent. Zijn oplossingen voor een meer doeltreffende rechtsbedeling wijken dan ook af van wat doorgaans opgeld maakt. Ons land heeft al rechters genoeg (vier keer zoveel als Groot-Brittannië) en van enkele aanpassingen in de rechtspleging moet evenmin heil worden verwacht. Op het vlak van de kwaliteit echter kan nog heel wat gebeuren: betere wetten, deskundige, niet politiek benoemde magistraten die ook op het technisch vlak in alle onafhankelijkheid opereren, een passende juridische vorming voor de burgers. Tot slot bevat het opstel een warme oproep tot de rechters om in hun rechtsprekende opdracht een vernieuwde creativiteit aan de dag te leggen.

Het tweede werkje van prof. Storme, *Dromen van gerechtigheid*, omvat – zoals de ondertitel aangeeft – een aantal beschouwingen over gerecht en rechtvaardigheid. De auteur bouwt zijn betoog op rond een aantal jeugdherinneringen die afgewisseld worden met reis- en andere ervaringen. De tekst is doorspekt met uitspraken van «grote dromers van gerechtigheid», zoals Martin Luther King,

Václav Havel, Soeur Emmanuelle. Het hoofdstuk «Een beschutting tegen de wind» is zelfs één aaneenschakeling van citaten uit de bijbel waarin de woorden recht, gerechtigheid en rechtvaardiging voorkomen. Men kan er alvast uit leren dat wie recht spreekt, deels achtig is aan de goddelijke natuur (*Godsspraak versus rechtspraak*).

Ook Storme neemt aan dat recht en rechtvaardigheid geen synoniemen zijn. Uit talrijke elementen blijkt evenwel dat de gerechtigheid de maatstaf («ijkpunt») is voor recht en gerecht. Partijen brengen de gegevens van hun betwisting op tegenspraak voor de rechtbank, het geding verloopt overeenkomstig bepaalde pleegvormen, en in zijn oordeel weegt de rechter waarden en belangen af teneinde tot een wijze en billijke oplossing te komen. Bovendien is gerechtigheid geen eenduidig begrip en heeft zij een evolutief karakter. Een definitie kan bijgevolg onmogelijk gegeven worden, hoogstens een benadering («stippelwerk») aan de hand van enkele karakteristieken: onrecht of de negatie van gerechtigheid, engagement of strijden voor gerechtigheid, levensgevoel, waarheid, gelijkheid, rechtvaardiging, enz.

In zijn zwerftocht naar gerechtigheid (de auteur heeft het over een «queste») mag de burger geen blijk geven van fatalisme en evenmin het stilzitten bewaren. Nu ook de overheid voor haar optreden verantwoording verschuldigd is aan de rechter en rechterlijke uitspraken soms aan de basis liggen van totaal nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, is optimisme meer dan ooit gewettigd. Enthousiasme alleen volstaat echter niet. Altijd opnieuw moet de gerechtigheid «gepraktiseerd» worden. Daarbij is het van groot belang dat wij erover spreken, de gerechtigheid meedelen aan anderen, haar «mediatiseren». Voor de juristen – de technici van het recht – is hier een belangrijke begeleidende taak weggelegd. De beste deskundigen in gerechtigheid blijven echter de slachtoffers van onrecht en verdrukking. Men mag hun lijden nochtans niet beschouwen als vergeefs. Over het onrecht heen heeft de droom der gerechtigheid immers een stuk gestalte gekregen, onder andere in de diverse Europese en V.N.-verdragen die de waardigheid van de mens centraal stellen.

Voor wie zich elke dag weer verdiept in zaken en dossiers, vormt de lectuur van deze twee publikaties van prof. Marcel Storme een verkwikkende en leerzame afwisseling. Men leert er alvast uit dat het recht, precies omdat het in zich de verwachting van een meer rechtvaardige wereld draagt, een vak is om lief te hebben.

Alain Coppens

A. LEBRUN, **Mémento de l'environnement – Edition 1991**, Story Scientia, 1991, 233 pp.

De oogst van de juridische literatuur op het gebied van het milieurecht was in het Waalse landsgedeelte tot op heden wellicht nog wat magerder dan in Vlaanderen. In 1988 werd een belangrijke leemte gevuld door het handboek van Jadot, B., Hannequart, J.-P., en Orban de Xivry, E., *Le droit de l'environnement* (zie mijn bespreking in *R.W.*, 1990-91, 517). Een belangrijke volgende stap wordt gevormd door het zojuist verschenen *Mémento de l'environnement*, geschreven door Alain Lebrun, advocaat aan de Balie te Luik en bekend door verscheidene publikaties over het milieurecht.

Het *Mémento de l'environnement* kan vergeleken worden qua opzet en uiterlijke vormgeving met het *Milieuzakboekje*. Dit biedt een overzicht van het milieurecht in Vlaanderen, wordt geschreven door De Pue, E., Stryckers, P. en Vanden Bilcke, C. en uitgegeven bij Kluwer Rechtswetenschappen. Net als het milieuzakboekje heeft het mémento niet de ambitie een rechtsgeleerd standaardwerk over het milieurecht te zijn, maar veeleer een praktische hulpbron, die aangeeft tot wie de burger zich dient te wenden, bijvoorbeeld om een vergunning te verkrijgen.

Het boekje is enigszins anders opgebouwd dan het milieuzakboekje en dan de klassieke handboeken over het milieurecht. Er is bijvoorbeeld geen systematische analyse en bespreking van de Waalse afval- en oppervlaktewaterdecreten. Deze komen alleen terloops naar aanleiding van de bespreking van bepaalde specifieke problemen aan de orde.

Het eerste deel geeft een inleiding in het milieurecht en schetst de belangrijkste juridische doelstellingen en mechanismen die in het milieurecht worden gebruikt. Daarin vindt men bijvoorbeeld een kort overzicht van de civiele aansprakelijkheid voor milieuschade.

Het blijft opvallend dat men wel Nederlandstalige auteurs citeert, zoals bijvoorbeeld de Gentse hoogleraar Bocken, maar dan uitsluitend diens publikaties in Franstalige tijdschriften zoals *Aménagement*.

Het tweede deel behandelt de «basiselementen» van het milieu, nl. water, lucht en bodem, en bespreekt op welke wijze deze bescherming genieten. Een systematische bespreking van het Waalse afvalstoffendecreet ontbreekt evenwel.

Het derde deel handelt over activiteiten die een milieurisico vormen. Een belangrijk gedeelte handelt over de verplichtingen die voortvloeien uit het ARAB, maar ook de reglementering van de camings en caravans komt erbij aan de orde.

Een zeer summier vierde deeltje handelt over de grensoverschrijdende milieuproblemen. Daarin wordt geen overzicht gegeven van de Europese richtlijnen, maar worden op enkele bladzijden losse opmerkingen over deze problematiek geformuleerd. Dit onderdeel van het mémento staat duidelijk nog in een ontwikkelingsfase. Interessanter daarentegen en beter uitgewerkt is het laatste onderdeel dat handelt over de evaluatie van de weerslagen van bepaalde gebeurtenissen op het leefmilieu. In dit onderdeel wordt vooral het Waalse decreet van 11 december 1985 aangaande de milieueffect-rapportage besproken.

Er is geen algemeen besluit, wel een zaakregister en op p. 227 vindt de lezer een zeer magere adressenlijst. Het is ongetwijfeld nuttig voor de lezer om het adres van Greenpeace Belgium te kennen, maar ik denk dat de praktische waarde van een werk zoals de afvalgids van Paul Morrens, waarin gedetailleerde lijsten zijn opgenomen met erkende verwerfers van afvalolie e.d., veel groter is.

Samenvattend is het verheugend te noemen dat in het Waalse landsdeelte wederom een boekje over het milieurecht op de markt is gekomen.

Qua wetenschappelijk niveau, volledigheid en praktische bruikbaarheid haalt de *Mémento de l'environnement* het evenwel nog niet bij het Vlaamse milieuzakboekje.

Michael Faure

Gerechtelijk Wetboek, bewerkt door HENRI BOONEN, Maklu Uitgevers, Antwerpen, Apeldoorn, 1990, zesde druk, 491 pp.

Dit wetboek in zakformaat is één jaar na zijn vijfde druk reeds aan zijn zesde toe. Het succes van deze relatief goedkope uitgave is zeker bij de rechtsstudenten verzekerd, ondanks de wetboekenoorlog die thans in alle hevigheid woedt.

Het wetboek is, zoals vermeld in het Voorbericht, bijgewerkt met de tot 1 juli 1991 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerde wetten. In een los bijvoegsel vindt de gebruiker echter ook een aantal wetten die sedert voormelde datum bekend zijn gemaakt. Terecht achtte de samensteller het nuttig rekening te houden met de legislatieve diarree tijdens de zomermaanden 1991: Wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *B.S.*, 9 juli 1991; Wet 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *B.S.*, 26 juli 1991; Wet 18 juli 1991 tot wijziging van de organisatie van het openbaar ministerie bij de politierechtbank, *B.S.*, 26 juli 1991; Wet 18 juli 1991 betreffende de wedden van titularissen van sommige openbare ambten en van de bedienaars van de eredienst, *B.S.*, 26 juli 1991; Wet 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, *B.S.*, 26 juli 1991, *nog niet in werking*; Wet 20 juli 1991 houdende sociale en diverse bepalingen, *B.S.*, 1 augustus 1991; Wet 12 juli 1991 houdende wijziging van de Wet 30 december 1885 en van de artikelen 1018 en 1650 Ger.W., teneinde de bedragen in de openbare en administratieve akten te kunnen uitdrukken in ecu of in een andere munteenheid dan de Belgische frank, *B.S.*, 9 augustus 1991; Wet 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.*, 29 augustus 1991; Wet 13 juni 1991 tot wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit en van de artikelen 569 en 628 Ger.W., *B.S.*, 3 september 1991. Jammer genoeg heeft de samensteller blijkbaar toch nog een wetswijziging over het hoofd gezien. In art. 574 is namelijk een 9° ingevoegd bij Wet 22 juli 1991 betreffende de Nationale Loterij, *B.S.*, 31 juli 1991.

Tenslotte stel ik mij de vraag of de samensteller doelbewust aanvullingen van het Gerechtelijk Wetboek voor het Waalse Gewest heeft genegeerd. Aldus hield hij geen rekening met de toevoeging van een 20° in art. 591 Ger.W. ingevolge het decreet van de Waalse Gewestraad 11 oktober 1985 houdende het herstel van schade veroorzaakt door grondwaterwinningen en pompingen, *B.S.*, 12 december 1985.

Jean Laenens

MEDEDELINGEN

Huldeboek ter nagedachtenis van prof. dr. R. Kruithof

Om de nagedachtenis te eren van prof. dr. R. Kruithof, die op 5 juli 1991 overleed, heeft het Departement Rechten van de U.I.A. besloten om, in samenspraak met de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de V.U.B., de meest markante publikaties van de overledene te bundelen in een huldeboek, en daarin tevens zijn nog niet gepubliceerde bijdrage over «Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht?» op te nemen. Dit huldeboek bevat eveneens een bio-bibliografie van wijlen prof. dr. R. Kruithof, een volledige lijst van zijn wetenschappelijke publikaties en een woord vooraf van de hand van prof. dr. W. van Gerven.

Het huldeboek, dat ongeveer 150 bladzijden zal beslaan, wordt uitgegeven door Maklu Uitgevers in samenwerking met de Ets. E. Bruylant. De mogelijkheid zal worden geboden om hierop vooraf in te tekenen.

Het huldeboek ter nagedachtenis van prof. dr. R. Kruithof zal worden voorgesteld op een academische zitting die op donderdag 21 mei 1992 om 17 uur plaatsheeft in het Aula-gebouw van de U.I.A. Nadere informatie hierover volgt nog.

Te dier gelegenheid zal ook de oprichting van de «Leerstoel privaats vermogensrecht professor Robert Kruithof» worden bekendgemaakt.

Francqui-leerstoel 1991-1992

De Francqui-leerstoel 1991-1992 werd dit jaar toegekend aan prof. François Rigaux van de Université Catholique de Louvain.

Prof. F. Rigaux zal een reeks lezingen houden aan de Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix te Namur met als thema: «La vie privée, une liberté parmi les autres?»

De inaugurale les over «La protection de la vie privée: de l'éclosion à l'explosion» vindt plaats op donderdag 6 februari 1992 te 16u00.

Het programma van de andere lezingen luidt:

- Donderdag 13 februari 1992 te 16u00: Le contrôle de la légitimité constitutionnelle ou internationale de la loi et des décisions judiciaires.
- Donderdag 20 februari 1992 te 16u00: La liberté du sujet quant à son corps face aux valeurs fondamentales du droit et de la morale.
- Donderdag 27 februari 1992 te 16u00: Les biens de la personnalité des mineurs et des détenus.
- Donderdag 5 maart 1992 te 16u00: La doctrine des droits de la personnalité.
- Dinsdag 17 maart 1992 te 16u00: La distinction entre les droits subjectifs patrimoniaux et les biens non patrimoniaux.

Inlichtingen: Facultés Universitaires Notre-Dame de La Paix, Rempart de la Vierge 5, 5000 Namur (tél. 081/72.47.92).