

EXONERATIECLAUSULES VOOR LICHTE VERBORGEN GEBREKEN BIJ AANNEMINGSCONTRACTEN

I. Inleiding

1. Een aannemer is onderworpen aan een vrij zware contractuele aansprakelijkheidsregeling. Ons recht maakt het echter mogelijk in zekere mate die regeling te moduleren en op voorhand te bepalen. De contractuele aansprakelijkheid van de aannemer na aanvaarding (onder andere van bouwwerken) en de exoneration hiervan kan vanuit twee invalshoeken kritisch benaderd worden. Enerzijds vanuit de visie die sommigen huldigen, dat op een aannemer een vermoeden van kennis van verborgen gebreken rust of zelfs een vermoeden van kwade trouw. Anderzijds vanuit hoofdstuk V, afdeling twee, van de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, dat handelt over de onrechtmatige bedingen. Ook op Europees niveau zijn er een aantal belangrijke ontwikkelingen die hieronder kort geschetst worden.

II. Begripsomschrijving

2. Wie is een aannemer? Een aannemer is een persoon die een aannemingsovereenkomst sluit. Dit is een soort huur van werk zoals bepaald in artikel 1710 B.W.: «Een contract waarbij de ene partij zich verbindt om iets voor de andere te verrichten, tegen betaling van een tussen hen bedongen prijs». Bij gebrek aan een wettelijke definitie van een aannemingsovereenkomst neemt de rechtsleer de definitie van het Franse Hof van Cassatie over¹. Een aanneming is een overeenkomst waarbij een persoon (de opdrachtgever) een andere (de aannemer) belast om een werk uit te voeren door materiële of intellectuele handelingen te verrichten, zonder een vertegenwoordigingsbevoegdheid te hebben². Het aannemingscontract is de meest frequent gebruikte juridische omkadering voor een dienstcontract³. Als aanneming wor-

den o.m. beschouwd: car-washcontracten⁴, het contract met een ontwikkelingslab voor filmrolletjes⁵, het wassen van kledingstukken⁶ en zelfs de verbintenissen die een huwelijksbureau op zich neemt⁷. Ook een architect is een aannemer in de ruime zin van het woord aangezien het tekenen van plans een intellectuele prestatie uitmaakt. Wanneer men echter in de omgang over een aannemer en aanneming spreekt, heeft men meestal een aannemer van bouwwerken voor ogen. In die zin is ook het door Baert genoemde «bouwcontract» te begrijpen⁸.

Voor wat hier volgt is het belangrijk vooraf het onderscheid tussen een koop- en een aannemingscontract duidelijk te schetsen. Wanneer de opdrachtgever het materiaal levert, heeft men te maken met een aannemingsovereenkomst. Wanneer de aannemer met zijn materialen een gebouw plaatst op zijn eigendom en dit voor een ander, spreekt men van koop⁹. Problematischer is echter het geval waarin de aannemer met zijn materialen een gebouw opricht op de eigendom, de grond van de opdrachtgever, en men bijgevolg in de persoon van de aannemer te doen heeft met een prestatie en met de levering van een goed. Dit probleem wordt opgelost met behulp van twee theorieën: enerzijds de absorptietheorie en anderzijds de theorie van het gemengd contract.

Volgens bepaalde aanhangers van de absorptietheorie enerzijds is dit steeds een verkoop. Deze opvatting is echter reeds geruime tijd achterhaald. Volgens andere aanhangers van dezelfde theorie, moeten dergelijke verhoudingen steeds als aannemingscontracten gekwalificeerd worden¹⁰. Ook deze opvatting lijkt achterhaald. Recentere opvattingen schakelen criteria in zoals het economisch criterium (de res-

De dienstverlening en de consument, LAFFINEUR, J. (red.) in *Collection Droit et Consommation*, Brussel, Story-Scientia, 1990, (9) 19.

⁴ Brussel, 5 november 1982, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10787 en *De Verz.*, 1983, 187; Rb. Brussel, 25 januari 1985, *De Verz.*, 1985, 287; Vred. Sint-Jans-Molenbeek, 15 april, *T.Vred.*, 1987, 101.

⁵ Brussel, 30 juni 1983, *J.T.*, 1984, 349.

⁶ Zie hierover PAUWELS, C., «De aansprakelijkheid van de was-salon-uitbater» (noot onder Cass., 20 mei 1988), *D.C.C.R.*, 1989, 272-275.

⁷ Rb. Luik, 14 januari 1986, *Jur.Liège*, 1986, 108.

⁸ BAERT, G., *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, 499: «Het bouwcontract is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt voor de andere partij, de aanbestedder, buiten dienstbetrekking, tegen een bepaalde of bepaalde prijs, binnen een bepaalde of redelijke termijn, een bepaald bouwwerk tot stand te brengen en op te leveren. Het is een aanneming van werk van stoffelijke aard».

⁹ Zie o.m. BAERT, G., *o.c.*, 501-503; HERBOTS, J., *l.c.*, (213), nr. 2.

¹⁰ Zie o.m. DE PAGE, H., *o.c.*, nr. 873, met evenwel een nuancing in het bijgevoegde nr. 873a, waarbij verwezen wordt naar onder meer het criterium «de wil van de partijen».

¹ «Une convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter en toute indépendance un ouvrage par l'accomplissement de simples actes matériels, sans pouvoir de représentation» (Cass., fr., 19 februari 1968, *Dalloz*, 1968, 393, en *Rev.trim.dr. civ.*, 1968, 558).

² Zie o.m. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, nrs. 835-851; DELVAUX, A., *Traité juridique des bâtisseurs*, Brussel, Bruylant, 1968, nr. 1; FLAMME, M.-A. en LEPAFFE, J., *Le contrat d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1966, nr. 1; FLAMME, M.-A., en FLAMME, Ph., *Le droit des constructeurs*, Brussel, Bruylant, 1984, nr. 1; HANNEQUART, Y., *Droit de la construction*, Brussel, Bruylant, 1974, nrs. 4-18; HERBOTS, J., «De aannemingsovereenkomst» in *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 1980, (213), nr. 1; JASSOGNE, C. en VAN WUYTSWINKEL, M., *Traité pratique de droit commercial*, I, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 382. Hierbij valt op te merken dat in de bovenstaande definitie van het Franse Hof van Cassatie enkel materiële handelingen bedoeld zijn.

³ Zie hierover PHILIPPE, D., «Le contrat de prestations de services – Tentative de définition – Perspectives de réglementation», in

pectieve waarde van het werk en van de geleverde materialen¹¹ en het «psychologisch» criterium (mate van interventie van de opdrachtgever bij de conceptie van het werk of mate van specifieke inbreng door de opdrachtgever). Dit laatste criterium lijkt de voorkeur weg te dragen van o.m. Flamme¹². Ten slotte is er het criterium van de wil van de partijen, voorgesteld door Hannequart¹³. Het is blijkbaar dit laatste criterium dat de meerderheid van de rechtspraak toepast¹⁴.

Volgens de theorie van het gemengd contract is die overeenkomst deels aanneming (de prestatie) en deels koop (levering van een goed)¹⁵.

3. Wat is een exonerationclausule? Dit contractueel beding heeft als doelstelling een partij geheel of gedeeltelijk te bevrijden van de (contractuele of buitencontractuele) aansprakelijkheid die op hem rust¹⁶. Met Kruithof kan gesteld worden dat de conventionele vaststelling van de «korte termijn» waarover de koper beschikt om de vordering wegens verborgen gebreken van de verkochte zaak in te stellen in feite vaak een verkapte aansprakelijkheidsbeperking, een exonerationbeding is¹⁷. Veelal wordt zo'n conventionele vaststelling van de «korte termijn» echter door de rechtspraak en de rechtsleer bestempeld als een conventionele precisering van de wettelijke aansprakelijkheidsregeling die het

voorwerp van de garantie onverlet laat¹⁸. Kruithofs redenering kan ook toegepast worden in aannemingszaken m.b.t. de regeling van de waarborg- en proceduretermijn tijdens welke de aannemer aansprakelijk is voor lichte verborgen gebreken¹⁹. Dergelijke regelingen kunnen m.a.w. in bepaalde gevallen als exonerationbedingen beschouwd worden.

De gemeenrechtelijke beperkingen aan de geldigheid van exonerationclausules zijn de volgende. Een exonerationbeding mag niet in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling of bepalingen van openbare orde en goede zeden (bijvoorbeeld artikel 1792 en 2270 B.W.²⁰ of de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel van het beroep van architect²¹). Het beding is ook nietig wanneer het betrekking heeft op het bedrog van de schuldenaar of zijn opzettelijke fout en wanneer de door de schuldenaar aangegane verbintenis «daardoor teniet zou worden gedaan» en dus iedere zin of betekenis aan de overeenkomst wordt ontnomen²².

4. Wat zijn lichte verborgen gebreken? Een verborgen gebrek is een gebrek dat niet aan het licht kon komen bij een aandachtig en nauwkeurig onderzoek door een normaal, omzichtig en zorgvuldig persoon, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden. Een licht gebrek is een gebrek dat de stevigheid van een gebouw, groot werk of een essentieel bestanddeel ervan niet aantast maar toch zo ernstig is dat de opdrachtgever, indien hij van het bestaan had afgeweten, niet tot de aanvaarding overgegaan zou zijn²³. Het betreft ook alle verborgen gebreken aan andere werken dan gebouwen of grote werken.

5. Aan welke aansprakelijkheden is een aannemer onderworpen? Naar de aard onderscheidt men de burgerlijke (contractuele en buitencontractuele) en de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Naargelang het tijdstip onderscheidt men de precontractuele aansprakelijkheid, de aansprakelijkheid tijdens het werk en de aansprakelijkheid na de aanvaarding van het werk. In deze bijdrage wordt alleen de contractuele aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken na de aanvaarding van een bouwwerk behandeld. Sinds het cassatieraad van 25 oktober 1985 is het duidelijk dat niet alleen de tienjarige aansprakelijkheid van de artikelen 1792 B.W. en 2270 B.W. op de schouders van aannemers rust maar ook de aansprakelijkheid op grond van lichte verborgen gebreken²⁴.

¹¹ DELVAUX, A. en DESSARD, D., *Le contrat d'entreprise de construction*, in *Répertoire Notarial*, GENIN, A. e.a. (red.), IX, Livre VIII, Brussel, Larcier, 1991, nr. 7.

¹² FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Brussel, Larcier, 1991, nr. 2; Dit lijkt (impliciet, af te leiden uit de aangehaalde voorbeelden) ook het criterium dat BAERT hanteert, die het over «het belang van de arbeid» heeft, het «belang voor de aanbesteder dat het werk op een bepaalde wijze wordt uitgevoerd» (zie BAERT, G., o.c., 502).

¹³ HANNEQUART, Y., o.c., nr. 52.

¹⁴ Zie FETTWEIS, A., VANWIJCK-ALEXANDRE, M., HENRY, P. en GERADIN, J.-M., «L'option préliminaire: commande d'un ouvrage ou achat d'un bien à fabriquer ou à construire», *Act.Dr.*, 1991, 868-869, 873-874.

¹⁵ Deze theorie werd op een duidelijke wijze geformuleerd door VAN HECKE, G., «De la nature du contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matière» (noot onder Luik, 13 december 1949), *R.C.J.B.*, 1951, 100-112. Ze werd recent onder meer toegepast door Luik, 18 juni 1970, *T.Aann.*, 1976, 301, noot BARTELS; Brussel, 31 oktober 1979, *R.W.*, 1981-82, 892; Bergen, 7 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1297. Voor een recent overzicht van de verschillende toepasselijke theorieën, om koop en aanneming van mekaar te onderscheiden, zie FETTWEIS, A., VANWIJCK-ALEXANDRE, M., HENRY, P. en GERADIN, J.-M., l.c., 861-877.

¹⁶ Zie CORNELIS, L., «Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation», (noot onder Cass., 22 maart 1979), *R.C.J.B.*, 1981, 196-219; DIRIX, E., «Exonerationbedingen», *T.P.R.*, 1988, 1171-1202; KRUIHOF, R., «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», *T.P.R.*, 1984, 233-297. Zie over exonerationclausules in bouwzaken o.a. FLAMME, M.-A., «Du devoir de surveillance de l'architecte et des clauses d'exonération de sa responsabilité», *R.C.J.B.*, 1974, (520), nrs. 27-32; HANNEQUART, Y., «Les clauses d'irresponsabilité dans les contrats d'entreprise et la sécurité du travail», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1959, 141-180.

¹⁷ KRUIHOF, R., l.c., nr. 5; zie ook VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 703, waarbij deze auteurs stellen: «Si le délai fixé par la convention apparaît raisonnable, la clause ne sera pas considérée comme apportant une restriction à la garantie légale.»

¹⁸ Zie o.m. DE PAGE, H., o.c., nr. 190; LIMPENS, J., *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nr. 356.

¹⁹ Zie infra, randnummer 6.

²⁰ Zie infra, randnummer 5.

²¹ Zie over deze problematiek voor de architecten: DE COSTER, S., «De aansprakelijkheid na oplevering voor (lichte) verborgen gebreken», *T. Aann.*, 1989, (334), nr. 50.

²² Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 113, concl. adv.-gen. MAHAUX, *R.C.J.B.*, 1960, 10, noot DABIN, en *R.W.*, 1959-60, 1255; Cass., 23 november 1987, *A.C.*, 1987-88, 371, en *R.W.*, 1986-87, 2722.

²³ Zie o.m. DE COSTER, S., l.c., nr. 45; DELVAUX, A. en DESSARD, D., o.c., nr. 232; DELVAUX, A. en BÉGUIN, Th., «La réception de l'ouvrage et ses conséquences juridiques en matière immobilière», *Act.Dr.*, 1992, 313; HANNEQUART, Y. en DELVAUX, A., «La responsabilité des édificateurs: état actuel de quelques problèmes et perspectives», in *Status et responsabilités des édificateurs: l'architecte, l'entrepreneur et le promoteur*, GILLARDIN, J. (red.), Brussel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, (157), 173-174.

²⁴ Voor een uiteenzetting over de verschuiving in het toepassingsgebied van deze aansprakelijkheden zie NACKAERTS, W., «In-

III. Probleemstelling

6. De vraag betreffende de exoneration na aanvaarding rijst slechts in het kader van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken. Deze vraag betreft niet alleen de clausules die stipuleren dat een aannemer niet aansprakelijk zal zijn voor bepaalde verborgen gebreken maar ook de contractuele bedingen die een procedure- en garantietermijn bepalen die duidelijk te kort is. De tienjarige aansprakelijkheid voor zware gebreken in bouwzaken raakt de openbare orde zodat exoneration m.b.t. de aansprakelijkheid voor deze gebreken uitgesloten is ²⁵.

IV. De invalshoek «het vermoeden van kennis van de verborgen gebreken»

7. Rust op een aannemer een vermoeden van kennis van verborgen gebreken in de zaak, in casu het gebouw of bouwwerk, dat hij levert aan de opdrachtgever? Of is de aannemer zelfs onderworpen aan een vermoeden van kwade trouw? Dit is een belangrijke vraag aangezien het antwoord bepalend is voor de geldigheid van de eventueel bedongen exonerationclausules. Wanneer dit vermoeden speelt, worden exonerationclausules namelijk als ongeldig beschouwd ²⁶. In de rechtsleer is echter geen eenduidig antwoord te vinden maar zou men drie opvattingen kunnen ontwaren.

a) *Stroming pro een vermoeden van kennis van de verborgen gebreken of zelfs kwade trouw in de persoon van aannemers*

Een eerste stroming meent dat een vermoeden van kennis gehanteerd mag worden. Het zou rusten op welke aannemer ook in de ruime zin van het woord. Een aantal auteurs spreekt van een «présomption d'aptitude à la découverte des vices cachés» ²⁷ of een «présomption de capacité des professionnels de déceler un vice caché de l'objet» ²⁸ die op alle professionelen in het bouwproces rust. Anderen stellen dat «de cassatierechtspraak inzake verborgen gebreken bij koop, de fabrikant of professionele verkoper met de verkoper te kwade trouw gelijkenschakelt: hij wordt verondersteld de gebreken van de zaak gekend te hebben, tenzij hij het bewijs levert van de absoluut onnaspeurlijke aard ervan. Clausules van beperking van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken zullen dus door hem niet kunnen worden ingeroepen. Dit geldt ook bij de professionele dienstver-

schaffer, zeer zeker m.b.t. het door hem geleverd materiaal. Maar geldt dit ook met betrekking tot de door hem gepresteerde diensten? Is hij als professioneel niet te kwader trouw indien hij zich ontlast van aansprakelijkheid voor fouten bij de uitvoering van de dienstprestatie, tenzij bewijs dat het voor een professioneel dienstverschaffer absoluut onmogelijk was te weten dat de handeling, gedraging of onthouding foutief was. Men kan zich immers niet ontlasten voor opzet, noch voor eigen zware fout» ²⁹. Ook anderen gewagen van een «présomption de mauvaise foi» ³⁰. Een gevolg van dit vermoeden van kwade trouw is de vernietiging van de oplevering en dus het doorlopen van de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheid van voor de aanvaarding. De voorstanders van deze opvatting steunen daarbij op een analoge redenering vanuit het koopcontract waarbij een dergelijk vermoeden jarenlang op professionele verkopers van toepassing was en sinds het cassatiearrest van 6 mei 1977 klaarblijkelijk op «gespecialiseerde» verkopers toepasselijk is ³¹. Deze zienswijze heeft bij sommige rechters weerklank gevonden ³². De gelijke behandeling van professionelen past in een tendens tot gelijkschakeling van het aannemingsrecht met het kooprecht ³³. Hierbij schuiven ze twee cassatiearresten naar voren: het ene van 3 april 1959 ³⁴ en het andere van 6 oktober 1961 ³⁵. Contractuele exonerationclausules voor eventuele verborgen gebreken hebben geen gevolg tenzij de professioneel zijn onoverkomelijke onwetendheid kan aantonen.

b) *Stroming contra het vermoeden van kennis van verborgen gebreken of zelfs kwade trouw in de persoon van aannemers*

Een ander deel van de auteurs neemt echter aan dat die redenering geen hout snijdt ³⁶. Men hanteert hierbij de volgende argumenten. Het eerste en belangrijkste argument is dat het contract van aanneming en koop essentieel verschillen (tenzij bij de verkoop van een toekomstige zaak): bij het

vloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid», *R.W.*, 1992-93, 169-181.

²⁵ BAERT, G., o.c., 688; BRICMONT, G., *La responsabilité des architectes et entrepreneurs*, Brussel, Larcier, 1971, nr. 78; DELVA, W., «Over de juridische natuur van de tienjarige aansprakelijkheid van architecten en aannemers», *T.P.R.*, 1964, (33), 36-39; DELVAUX, A., o.c., nr. 438; DELVAUX, A. en DESSARD, D., o.c., nr. 226; DE PAGE, H., o.c., nr. 896; FLAMME, M.-A. en LEPAFFE, J., o.c., nr. 651; HANNEQUART, Y., o.c., nr. 188; JASSOGNE, C. en VAN WUYTSWINKEL, M., o.c., nr. 457; RIGAUX, P., *L'architecte. Le droit de la profession*, Brussel, Larcier, 1975, nrs. 723-731.

²⁶ Zie DE PAGE, H., o.c., nr. 179 en nr. 189.

²⁷ JASSOGNE, C. en VAN WUYTSWINKEL, M., o.c., 312, nr. 400bis en nr. 431.

²⁸ RIGAUX, P., noot onder Bergen, 8 oktober 1990, *J.T.*, 1991, 585-586.

²⁹ MERCHERS, Y., «De problemen in verband met de uitvoering», in *De dienstverlening en de consument*, LAFFINEUR, J. (red.), in *Collection Droit et Consommation*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 96.

³⁰ PHILIPPE, D., «Le contrat de prestations de services – Tentative de définition – Perspectives de réglementation», in *De dienstverlening en de consument*, LAFFINEUR, J. (red.) in *Collection Droit et Consommation*, Brussel, Story-Scientia, 1990, (9) 25-27.

³¹ Cass., 6 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 915 en *R.C.J.B.*, 1979, 162, noot FALLON, M. Voor een recente toepassing zie Cass., 7 december 1990, *R.W.*, 1992-93, 431, noot VANSWEEVELT, T.

³² Bergen, 8 oktober 1990, *J.T.*, 1991, 584, noot RIGAUX, P. Het betrokken hof was o.a. samengesteld uit voorzitter JASSOGNE en rechter VAN WUYTSWINKEL.

³³ Zie HANNEQUART, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 441.

³⁴ Cass., 3 april 1959, *Arr. Verbr.*, 1959, 592, *Pas.*, 1959, I, 773, en *R.C.J.B.*, 1960, 207, noot VAN HECKE, G.

³⁵ Cass., 6 oktober 1961, *Pas.*, 1962, I, 152.

³⁶ Zie o.m. BAERT, G., o.c., 689, die stelt dat «de aannemer kan bedingen dat hij voor alle garantie of aansprakelijkheid zal ontslagen zijn»; DE COSTER, S., *l.c.*, (334), nr. 31 en nrs. 48-53; FORIERS, P.A., «La responsabilité de l'entrepreneur après réception. Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985», *T.Aann.*, 1988, (261), nrs. 11-13; HANNEQUART, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 447-451; HANNEQUART, Y., en DELVAUX, A., *l.c.*, (157), 168-170.

sluiten van een aannemingsovereenkomst bestaat het voorwerp van de overeenkomst nog niet zodat de aannemer niet kan nagaan of testen dat zijn «produkt» geen gebreken heeft en a fortiori niet vermoed kan worden de gebreken te kennen. De aannemer kent de zaak niet die hij afgeleverd heeft, in ieder geval niet op dezelfde wijze als een professionele verkoper of een gespecialiseerde verkoper ze kent. Verder kan gewezen worden op het feit dat het eventuele vermoeden dat de aannemer en de architect de gebreken gekend hebben, geenszins verward mag worden met een vermoeden van kwade trouw. Een vermoeden van kennis staat nog niet gelijk met een vermoeden van kwade trouw³⁷. Uit de vermelde cassatiearresten worden stellingen afgeleid die er niet in te vinden zijn. Eventuele exonerationclausules stoten dus niet op bezwaren indien ze binnen de gemeenrechtelijke grenzen overeengekomen zijn.

c) Derde stroming, die het voornoemd vermoeden alleen hanteert voor de materialen die door de aannemer gebruikt zijn

Hieronder zijn de auteurs en rechters te rekenen die de combinatieleer of de theorie van het gemengd contract toepassen³⁸. In contracten waarbij de aannemer zelf de materialen levert, wordt hij m.b.t. die materialen als een verkoper beschouwd. Hij wordt dan ook vermoed de verborgen gebreken in de materialen gekend te hebben en eventuele exonerationclausules voor die gebreken hebben geen gevolg. De aannemer is aansprakelijk voor de verborgen gebreken in de materialen, tenzij hij zijn onoverkomelijke onwetendheid aantoonst³⁹.

V. De invalshoek «onrechtmatige bedingen»

8. Nieuwe wetten doen veel inkt vloeien. Ook de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (W.H.P.C.) is reeds uitvoerig becommentarieerd⁴⁰. Wanneer echter de concrete vraag over de geldigheid van exonerationbedingen in aannemingszaken gesteld wordt, blijkt nog geen duidelijk antwoord gegeven.

³⁷ Zie vooral COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, p. 244, nr. 163; DE COSTER, S., l.c., nr. 31; HANNEQUART, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 442-444.

³⁸ Zie supra, randnummer 2.

³⁹ Dat onoverkomelijke onwetendheid vrij vaak aangenomen wordt voor nieuwe materialen blijkt uit de rechtspraak: Luik, 16 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 441; Luik, 23 oktober 1974, *T.Aann.*, 1985, 263. Zie hierover recent ABBELOOS, W., «De onoverwinnelijke onwetendheid in bouwzaken», (noot onder Kh. Gent, 9 oktober 1991), *T.G.R.*, 1992, afl. 2, 48-50.

⁴⁰ B.S., 29 augustus 1991; erratum, B.S., 10 oktober 1991. Voor commentaren zie o.m. de verschillende bijdragen in *De nieuwe wet handelspraktijken. Referaten van de studiedagen te Leuven*, STUYCK, J. en WYTINCK, P. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1992, 245 pp.; *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, DE VROEDE, P. (red.), Brugge, Die Keure, 1992, 245 pp.; *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Fagnart, J.-L. (red.), Brussel, Jeune barreau, 1991, 352 pp.

9. Om te antwoorden op die vraag over de geldigheid moet vooraf onderzocht worden of aannemingscontracten onder de werkingssfeer van de W.H.P.C. vallen. Bij lezing van de wettekst lijkt dit op het eerste gezicht niet zo te zijn. De wet heeft immers de «verkopen» op het oog die gesloten worden tussen «verkopers» en consumenten. Artikel 1, sub 6, definieert het verkopersbegrip⁴¹ terwijl consument sub 7 gedefinieerd wordt⁴². De ongelukkige keuze van de term «verkoper» is reeds betreurd in de rechtsleer⁴³. Een «verkoper» kan immers volgens de wet ook diensten verkopen, die op hun beurt sub 2 beschreven worden als «alle prestaties die een handelsdaad uitmaken of een ambachtsactiviteit bedoeld in de wet op het ambachtsregister». Aangezien produkten luidens artikel 1, sub 1, alle lichamelijke roerende zaken zijn, valt de verkoop van onroerende goederen in principe buiten de werkingssfeer van deze wet. Toch blijft de vastgoedsector niet helemaal buiten schot. Alle prestaties die een handelsdaad uitmaken, zijn immers een dienst in de zin van artikel 1, sub 2, W.H.P.C. De ondernemingen die tot doel hebben onroerende goederen te kopen om ze weder te verkopen maken volgens artikel 2, achtste lid, W. Kh. een objectieve daad van koophandel en bijgevolg een dienst uit. Ook elke onderneming van openbare of particuliere werken (bijvoorbeeld aanneming van bouwwerken) is luidens artikel 2 W. Kh. een daad van koophandel en valt dus ook via het dienstbegrip onder de toepassing van de W.H.P.C. Dit wordt trouwens bevestigd in de parlementaire voorbereiding. Er wordt o.m. gezegd dat «het ontwerp niet rechtstreeks van toepassing is op de onroerende goederen, wel indirect omdat het ook de diensten betreft. Het ontwerp heeft specifiek betrekking op de markt van roerende goederen en diensten»⁴⁴. Dat aannemingscontracten m.b.t. onroerende goe-

⁴¹ Artikel 1, lid 6, luidt: «Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder ... 6. verkoper: a. elke handelaar of ambachtsman en elke natuurlijke persoon of rechtspersoon, die produkten of diensten te koop aanbieden of verkopen in het kader van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel; b. de overheidsinstellingen of de rechtspersonen waarin de overheid een overwegend aandeel heeft, die een commerciële, financiële of industriële activiteit aan de dag leggen en die produkten of diensten te koop aanbieden of verkopen; c. de personen die, hetzij in eigen naam, hetzij in naam of voor rekening van een al dan niet met rechtspersoonlijkheid beklede derde, met of zonder winst oogmerk, een commerciële, financiële of industriële activiteit uitoefenen en die produkten of diensten te koop aanbieden of verkopen».

⁴² Artikel 1, lid 7, luidt: «Voor de toepassing van deze wet moet worden verstaan onder ... 7. consument: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte produkten of diensten verwerft of gebruikt».

⁴³ Zie vooral Fagnart, J.-L., «Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur», *T.B.H.*, 1991, (258), 263-264; Hannequart, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 451-452; Stuyck, J., «De wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument», in *De nieuwe Wet handelspraktijken. Referaten van de studiedagen te Leuven*, Stuyck, J. en Wytinck, P. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1991, (1), 26-27.

⁴⁴ Senaatscommissieverslag betreffende het ontwerp van wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker, *Gedr.St.*, Senaat, 1986-87, nr. 464/2, 12.

deren onder de toepassing van de wet vallen, blijkt eveneens uit de verantwoording bij het regeringsamendement nr. 83, dat betrekking heeft op het toevoegen van het uiteindelijke artikel 1, sub 3, over de homogene diensten ⁴⁵.

Er kan besloten worden dat zowel diensten die betrekking hebben op onroerende goederen als die welke betrekking hebben op roerende goederen, onder de toepassing van de W.H.P.C. vallen. Om de draagwijdte van het begrip diensten te achterhalen wordt door de wet zelf verwezen naar het begrip «handelsdaad» en «ambachtsactiviteit». Zo zijn o.m. aan de wet onderworpen: de prestaties van makelaarskantoren, die als tussenpersoon fungeren bij het verkopen of verhuren van een onroerend goed aan een consument, en aannemingscontracten die een onroerend goed betreffen. In de geest van de wetgever lijkt het echter aannemelijk dat het verhuren zelf van onroerende goederen (aan consumenten) uitgesloten is, gelet op de gedetailleerde (deels dwingende) regeling ter zake in het B.W. ⁴⁶. Het contract tussen een architect en een opdrachtgever valt buiten het toepassingsgebied van de wet aangezien een architect een vrije beroepsbeoefenaar is ⁴⁷.

In de rechtsleer meent een aantal auteurs terecht, zoals hierboven aangetoond, dat aanneming (ook van onroerende goederen) onderworpen is aan de W.H.P.C. ⁴⁸. Een deel van de rechtsleer blijkt er echter een andere opinie op na te houden ⁴⁹.

⁴⁵ Regeringsamendement nr. 83 op het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de verbruiker, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/4, 2. Hierbij werd (door de Regering) gesteld: «Deze dienstverleningen (homogene diensten) onderscheiden zich van die uitgevoerd door een aannemer-dienstverlener die een aanbod doet dat speciaal aangepast is aan de uitvoering van een werk waarvan de eigenschappen afhangen van de gegevens verstrekt door de verbruiker-bouwheer die een werk bestelt, dat speciaal aan zijn behoeften aangepast is. In deze tweede categorie van niet-homogene diensten zal men onder andere bepaalde prestaties vinden van (...) aannemers van renovatiewerken, enz.».

⁴⁶ Senaatscommissieverslag betreffende het ontwerp van wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker, *Gedr.St., Senaat*, 1986-87, nr. 464/2, 12. Hierbij werd opgemerkt dat «te allen prijze voorkomen moet worden dat opnieuw een debat wordt begonnen dat reeds heeft plaatsgehad in andere commissies». Zie ook DIRIX, E., *l.c.*, nr. 9.

⁴⁷ Zie over het statuut van vrij beroepsbeoefenaar in de persoon van een architect echter kritisch: VERGAUWE, J.-P., *Le droit de l'architecture*, Brussel, De Boeck, 1991, 27-41.

⁴⁸ BALLON, G.L., «Enkele belangrijke nieuwigheden in de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de gebruiker», *D.A.O.R.*, 1992, nr. 22, (59), nr. 5; DEMUYNCK, I., «De exceptio non adimpleti contractus als deel van de algemene contractvoorwaarden», *T.B.B.R.*, 1992, (328), nr. 46; DE VROEDE, P., «Algemene definities», in *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, DE VROEDE, P. (red.), Brugge, Die Keure, 1992, nr. 6; SCHAMP, J. en VAN DEN ABEELE, M., «La nouvelle réglementation des clauses abusives; champ d'application et problèmes de droit transitoire», *J.T.*, 1992, (585), 596.

⁴⁹ HANNEQUART, Y., «Réflexions générales. Droit de la construction», *Act.Dr.*, 1992, 452. Zo stelt Hannequart de vraag of «assimilant en gros les services et les produits, le législateur n'a-t-il pas voulu exclure totalement les immeubles de son champ d'application, quand il les a placés en dehors des produits?».

10. Is eenmaal aangenomen dat aannemingsovereenkomsten (ook die m.b.t. onroerende goederen) onder de toepassing van de W.H.P.C. vallen, dan rijst de vraag naar de geldigheid van exoneratieclausules voor (lichte) verborgen gebreken. De relevante bepalingen zijn de artikelen 31 tot 34 W.H.P.C., die handelen over onrechtmatige bedingen. Luidens artikel 31 is een onrechtmatig beding «... elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen». In artikel 32 volgt dan een «zwarte lijst» van bedingen en voorwaarden die onrechtmatig zijn. Belangrijk voor de exoneratie van verborgen gebreken in consumentenverkoop is lid 12: «... zijn onrechtmatig de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken: ...12. de wettelijke waarborg voor verborgen gebreken bepaald bij de artikelen 1641 tot 1649 van het Burgerlijk Wetboek op te heffen of te verminderen; ...» Kan uit de gelijkshakeling van koop en aanneming in de W.H.P.C. afgeleid worden dat ook in aannemingscontracten dergelijke exoneratieclausules uit den boze zijn? Ook hier brengt de parlementaire voorbereiding enige verklaring. «De artikelen 1641 tot 1649 van het B.W. regelen uitdrukkelijk de verplichting van de verkoper een waarborg te verlenen bij verkoop van een lichamelijk roerend goed. De Raad van State heeft beslist de inhoud van dit amendement uit te breiden tot de diensten. (...) bestaat er een rechtspraak die het stelsel van de waarborg voor verborgen gebreken inzake de verkoop van lichamelijke roerende goederen toepast op bepaalde dienstverleningscontracten. Dit waarborgstelsel is van toepassing op de dienstverleningscontracten die betrekking hebben op het uitvoeren van een werk dat gepaard gaat met het leveren van een produkt. (...) Hieruit volgt dat het verbod, af te wijken van het wettelijk waarborgstelsel, dient te worden verstaan in de zin van de rechtspraak die het voordeel vervat in de artikelen 1641 tot 1649 tot sommige diensten uitbreidt (...)» ⁵⁰.

Uit die verantwoording kan worden afgeleid dat de wetgever deze exoneratieclausules ook heeft willen verbieden in aannemingscontracten die gesloten worden met consumenten. Dit zonder meer aannemen leidt tot een overname van de rechtspraak inzake de professionele of gespecialiseerde verkopers. Dat dit niet raadzaam is, werd hierboven reeds aangetoond ⁵¹. Artikel 32, lid 12, kan eerder gelezen worden enerzijds in de zin van een bevestiging van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken bij aannemingscontracten. Anderzijds kan men er een bevestiging in zien van het standpunt dat Van Hecke reeds in 1951 geformuleerd heeft. Enerzijds neemt de meerderheid in de rechtsleer en rechtspraak immers de regeling inzake koopvernietigende gebreken als grondslag voor de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken (met de korte termijn van artikel 1648 B.W.) ⁵². Anderzijds kan het beschouwd

⁵⁰ Regeringsamendement nr. 113 op het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de gebruiker, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1240/4, 22-25.

⁵¹ Zie randnummer 7.

⁵² BAERT, G., *o.c.*, 693; BAERT, G., «Aansprakelijkheid in het bouwrecht. Actuele problemen», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, STORME, M., MERCHERS, Y. en HERBOTS, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1990, (275), 289; FLAMME, M.-A. en LEPAFFE, J., *o.c.*,

worden als een bevestiging van de theorie van het gemengde contract ⁵³. Voor het leveren van de materialen beschouwt de wetgever de aannemer als professionele of gespecialiseerde verkoper op wie de bekende zware aansprakelijkheid drukt. Bijgevolg kan de aannemer zich niet exonereren voor verborgen gebreken in de materialen. Het blijft steeds mogelijk om de termijn te beperken waarbinnen de aannemer aangesproken kan worden of het gebrek aan hem gemeld moet worden. Zolang die termijn niet onredelijk kort is, bestaat er geen probleem voor de geldigheid van dit beding ⁵⁴. Als mogelijke interpretatie van dit artikel werd gesteld dat, voor zover de toegezegde dienstverlening een resultaatsverbintenis inhoudt, op deze verbintenis bij analoge toepassing de bepaling van artikel 32, sub 12, hanteerbaar zal zijn ⁵⁵. Dit blijkt echter niet de bedoeling van de wetgever. Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, hanteert men het onderscheid tussen het materiaal en het werk.

11. Indien de schade haar oorzaak vindt in het slecht uitvoeren van de dienst en dit verborgen is bij de oplevering, is het beter te spreken van verborgen slechte uitvoering i.p.v. verborgen gebrek. De vraag luidt dan als volgt: «Kan een aannemer zich exonereren voor de slechte uitvoering van zijn werk?» Dit lijkt mogelijk binnen bepaalde grenzen. Deze grenzen worden (in consumentencontracten) getrokken door artikel 32, sub 11, van de W.H.P.C.: «... zijn onrechtmatig de bedingen en voorwaarden... die ertoe strekken: 11. de verkoper te ontslaan van zijn aansprakelijkheid voor zijn opzet, zijn grove schuld of voor die van zijn aangestelden of lasthebbers of voor het niet-uitvoeren van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt». De beoogde bedingen zijn evenwel alleen die welke de aansprakelijkheid van de verkoper uitsluiten, niet die welke zijn aansprakelijkheid beperken ⁵⁶. Op contracten en clausules die niet onder de werkingssfeer van de W.H.P.C., vallen blijft het gemene recht m.b.t. de

geldigheid van exoneratieclausules van toepassing ⁵⁷. Ook hier moeten de opgenomen verbintenissen nauwkeurig geanalyseerd worden om uit te maken of het resultaats- of inspanningsverbintenissen betreft.

12. Een concreet probleem spruit voort uit het vereiste dat binnen de werkingssfeer van de W.H.P.C. het produkt of de dienst uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden gebruikt mag worden (artikel 1, sub 7). Het betreft immers alleen contracten met consumenten. De W.H.P.C. is dus niet toepasselijk indien het aannemingscontract (de decoratie van) een kantoorruimte betreft, evenmin indien het de prestatie van een makelaarskantoor betreft dat als tussenpersoon een woonhuis met een winkelruimte verhuurt of verkoopt, en evenmin indien het aannemingscontract betrekking heeft, op de bouw van een woonhuis voor een tandarts met bijhorende tandartsenpraktijk.

VI. Aansprakelijkheid en exoneratie voor lichte verborgen gebreken volgens het huidige recht

13. De vraag betreffende de aansprakelijkheid en de exoneratie voor (lichte) verborgen gebreken dient genuanceerd gesteld te worden. Enerzijds moet men steeds oog hebben voor de betrokken contractspartijen om te weten of de W.H.P.C. van toepassing is. Er moet anderzijds steeds in concreto nagegaan worden wat de oorzaak van het verborgen gebrek is en wie een fout te verwijten is. Het is gepast in bouwzaken enerzijds de vraag betreffende de aansprakelijkheid voor de gebreken in de gebruikte materialen en de grond te stellen en anderzijds die betreffende de aansprakelijkheid voor de gebreken in het werk, de uitvoering zelf. Hierbij dient te worden vermeld dat het Hof van Cassatie in zijn arresten over de lichte verborgen gebreken geen onderscheid maakt tussen verborgen gebreken in de materialen en verborgen gebreken die te wijten zijn aan de constructie ⁵⁸. Hoewel er nuanceringen aan te brengen zijn op wat volgt — elke bouwzaak heeft haar specifieke kenmerken vooral wat betreft de verhoudingen tussen de (vaak meer dan drie) bouwdeelnemers — kunnen de aansprakelijkheden in hoofdlijnen als volgt geschetst worden.

Wanneer de schade haar oorzaak vindt in het gebrek van een materiaal of de grond, dan moeten bijkomende onderscheiden gemaakt worden ⁵⁹.

Voor functionele gebreken (gebreken die het gevolg zijn van het onaangepast zijn van de grond of de materialen aan het bouwwerk) loopt de architect zijn aansprakelijkheid op aangezien hij instaat voor de conceptie van het werk. Dit is ook zo wanneer de grond of de materialen door de opdrachtgever opgelegd werden. Exoneratie is mogelijk maar steeds met het voorbehoud dat de tienjarige aansprakelijkheid niet in het gedrang mag komen. De W.H.P.C. levert ten aanzien van de architect geen probleem op omdat hij als vrije beroepsbeoefenaar in principe niet onder het toepassingsgebied valt van de wet. De aannemer zou ook aansprakelijk

nr. 190; FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le droit des constructeurs*, nr. 127; FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, nr. 80; FORIERS, P.A., l.c., nr. 10; HANNEQUART, Y. en DELVAUX, A., l.c., 171; HERBOTS, J., «De aannemingsovereenkomst», in *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 1980, (213), nr. 15; HERBOTS, J., «La charnière chronologique des responsabilités des entrepreneurs, architectes et promoteurs», (noot onder Cass., 24 februari 1983), *R.C.J.B.*, 1985, (404), nrs. 31 en 32; HERBOTS, J., «De verval- en verjaringstermijnen in de Wet Breynse», in *Actuele problemen uit het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Bougne*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (73), nr. 18; HERBOTS, J. en PAUWELS, C., «Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, nr. 401; SIMONT, L., «Observations sur l'évolution du droit des contrats», *J.T.*, 1982, (285), nr. 12; VAN SCHOU BROECK, C., noot onder Cass., 25 oktober 1985, *R.W.*, 1988-89, (670), 673.

⁵³ Zie randnummer 7 c.

⁵⁴ Zie voor het melden van de gebreken artikel 32, sub 13 W.H.P.C.

⁵⁵ WOLFCARIUS, P., «La protection du consommateur en matière contractuelle: la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur», in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Jeune Barreau (red.), Brussel, 1991, 327, in fine.

⁵⁶ Zie DIRIX, E., l.c., nr. 22.

⁵⁷ Zie supra, randnummer 3.

⁵⁸ Zie BAERT, G., «Het gemene recht van de overeenkomst van aanneming van werk en de garantieverbintenis», *T.P.R.*, 1989, (1579), p. 1588, nr. 16.

⁵⁹ HANNEQUART, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 445-447.

kunnen zijn in het kader van zijn raadgevingsplicht en hierop gegronde plicht van wederzijds toezicht op fouten, in ieder geval wanneer het zichtbare functionele gebreken betreft ⁶⁰. De contouren van deze plicht worden in het recente cassatiearrest van 25 april 1991 omschreven: de aannemer kan van elke aansprakelijkheid vrijgesteld worden «omdat het gebrek in het ontwerp aan een aannemer die geen specialist is en het ontwerp van de bouw niet heeft opgesteld kan ontgaan» ⁶¹. Het foutieve gedrag moet echter steeds aangetoond worden. Exoneratie is mogelijk. Wanneer de aannemer het materiaal dat ongeschikt is voor het bouwwerk zelf geleverd heeft, dan is hij aansprakelijk mits zijn subjectieve fout aangetoond wordt. Deze fout zal sneller aanvaard worden indien hij een specialist is. Ook hier lijkt exoneratie mogelijk, zelfs indien de W.H.P.C. toepasselijk is omdat het functionele gebreken betreft.

Voor de intrinsieke gebreken in de grond is de architect aansprakelijk. Exoneratieclausules zullen hier waarschijnlijk op het openbare-orde karakter van de tienjarige aansprakelijkheid stoten. Ook hier kan de aannemer eventueel mee aansprakelijk gesteld worden, tenzij hij zich geldig geëxoneerd heeft. De W.H.P.C. zorgt voor geen problemen aangezien het geen materialen betreft.

Voor de intrinsieke gebreken in de materialen is de aannemer aansprakelijk. Voor zichtbare gebreken staat dit buiten kijf, ongeacht of hij ze zelf geleverd heeft of niet. Wanneer hij ze zelf geleverd heeft en het een verborgen gebrek betreft, is hij volgens sommigen slechts aansprakelijk wanneer hem een subjectieve fout verweten kan worden. Dit is een fout die beoordeeld moet worden, rekening houdende met de kennis van de aannemer, zijn ervaring, de grootte van zijn bedrijf, de graad van specialisatie, zijn nevenactiviteiten, het feit dat hij tevens leverancier is in bouwmaterialen, de redelijke voorzorgsmaatregelen waarover hij normalerwijs beschikt om door middel van navorsingsmiddelen gebreken te ontdekken... ⁶². Andere gezaghebbende auteurs menen dat op de aannemer een resultaatsverbintenis of zelfs garantieverbintenis drukt om materiaal zonder gebreken te leveren naar analogie van een verkoper. Het gebrek in het materiaal zou het bewijs zijn van het niet-nakomen van die verbintenis. Alleen door het aantonen van zijn onoverkomelijke onwetendheid zou hij aan dit vermoeden van fout kunnen ontsnappen ⁶³. Er wordt ook gesteld dat de aannemer in verband met de verborgen gebreken van de materialen aan heel wat hogere eisen moet voldoen (dan de leverancier van bouwstoffen), daar hij die materialen bewerkt en verwerkt

en hij de gebreken ervan kan vaststellen ⁶⁴. De foutaansprakelijkheid waarbij de subjectieve fout van de aannemer aangetoond moet worden, dient verkozen te worden boven een resultaatsverbintenis perfecte materialen te leveren. Een deskundigenverslag zal dit uitwijzen. Het is trouwens niet nodig ter bescherming van de consument-opdrachtgever de aannemer steeds als verkoper of leverancier te beschouwen omdat de opdrachtgever rechtstreeks de leveranciers of de fabrikanten van het gebrekkige materiaal kan aanspreken ⁶⁵. Niettemin beschouwt de wetgever hem wel degelijk als verkoper in de W.H.P.C. en zijn eventueel bedongen exoneratieclausules voor die gebreken nietig. Indien de W.H.P.C. niet van toepassing is, dan lijkt exoneratie mogelijk. Wanneer de aannemer of de architect materialen opgelegd krijgt die problemen opleveren, dan moeten ze weigeren deze te gebruiken indien ze geheel of gedeeltelijk het tenietgaan van het gebouw meebrengen (tienjarige aansprakelijkheid). Ze kunnen zich exonereren indien deze slechte materialen lichte verborgen gebreken tot gevolg zullen hebben en dit ook wanneer de W.H.P.C. toepasselijk is. De aannemer levert in dit geval het produkt, het materiaal immers niet zelf.

De architect is voor de intrinsieke gebreken in de materialen in principe niet aansprakelijk tenzij zijn fout (fout in zijn controletaak) aangetoond kan worden. Exoneratieclausules lijken op geen bezwaar te stoten.

Wanneer de schade haar oorzaak heeft in een gebrek van het werk, de uitvoering van het (bouw)werk zelf, moet de opdrachtgever de fout van de aannemer aantonen ⁶⁶. Exoneratie is mogelijk binnen de gemeenrechtelijke grenzen. Indien de W.H.P.C. toepasselijk is, dan is er nog de bijkomende beperking van het verbod van exoneratie voor eigen grove schuld (artikel 32, sub 11, W.H.P.C.). Wanneer perfecte uitvoering is overeengekomen door het aangaan van een resultaatsverbintenis, wordt de aannemer vermoed een fout begaan te hebben zodra hij het overeengekomen resultaat niet bereikt. Exoneratie lijkt bij een resultaatsverbintenis niet onmogelijk tenzij het beding iedere zin of betekenis aan de overeenkomst ontnemt. Dit is, zoals hierboven gesteld, een feitenkwestie. Ook de architect kan aansprakelijk gesteld worden o.w.v. een gebrek in zijn controletaak. Exoneratieclausules leveren geen problemen op.

14. Een contractuele regeling van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken is aangeraden gelet op de onzekerheid die bestaat over de termijnen inzake die gebreken ⁶⁷. Het bepalen van een termijn wordt slechts als een exoneratieclausule beschouwd indien hij uitzonderlijk kort is, wat nogmaals een feitenkwestie uitmaakt. Exoneratieclausules zijn meestal geldig, zoals hierboven aangetoond werd. Hannequart beschouwt als bijkomende geldigheidsvoorwaarde dat de opdrachtgever na de aanvaarding over een redelijke termijn moet beschikken waarbinnen hij kan reageren op eventuele gebreken. Deze proeftijd moet voldoende lang zijn om het geleverde te testen. Zo zou bedon-

⁶⁰ Zie ook FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, Brussel, Larcier, 1991, p. 171-172, nr. 220, die stellen dat deze oplossing geldt indien het gebrekkige materiaal gekozen of opgelegd is door de opdrachtgever of zijn architect.

⁶¹ Cass., 25 april 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 873-874.

⁶² Zie DIEUSAERT, L., noot onder Kh. Kortrijk, 24 april 1981, *T.Aann.*, 1984 (232), 237; zie ook Kh. Turnhout, 9 januari 1986, *T.Aann.*, 173, met noot.

⁶³ FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, nr. 220, maar klaarblijkelijk hanteren ze deze oplossing slechts bij de tienjarige aansprakelijkheid; HANNEQUART, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 417.

⁶⁴ BAERT, G., o.c., 558.

⁶⁵ BAERT, G., o.c., 559. Zie voor een recente toepassing: Antwerpen, 27 februari 1991, *T.Aann.*, 1991, 395, noot FLAMME, Ph.

⁶⁶ Zie hierover FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le contrat d'entreprise. Quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, nrs. 206-219.

⁶⁷ DELVAUX, A. en DESSARD, D., o.c., nr. 233, pp. 186-187; DELVAUX, A. en HANNEQUART, Y., l.c., 173. Zie over deze onzekerheid NACKAERTS, W., l.c., nrs. 2 en 3.

gen kunnen worden dat de voorlopige oplevering de aanvaarding impliceert en de dag van de definitieve oplevering de laatste dag is waarop de opdrachtgever zijn klacht kan doen over de lichte verborgen gebreken, op voorwaarde dat de periode tussen beide opleveringen lang genoeg is. Die termijnen zijn afhankelijk van de aard en de grootte van het werk. Bedingen dat een aannemer van alle garantie of aansprakelijkheid ontslagen is, lijkt volgens hem echter niet mogelijk omdat de vrijwaring voor verborgen gebreken in dat geval geen voorwerp meer heeft⁶⁸. Hij roept dus de derde gemeenrechtelijke uitzondering op de geldigheid van exonerationclausules in, dat de aangegane verbintenis daardoor teniet zou worden gedaan. Deze opvatting is aanvaardbaar in een aantal concrete gevallen – het is een feitenkwestie waarbij de specialisatie of het professioneel-zijn een doorslaggevende rol in speelt⁶⁹ – maar is te verregaand om als algemene regel te gelden. In principe doet een dergelijke exonerationclausule immers geen afbreuk aan het voorwerp van de overeenkomst⁷⁰. Wanneer de W.H.P.C. van toepassing is, geldt natuurlijk de beperking i.v.m. de materialen waarvoor het onrechtmatig is «een onredelijk korte termijn te bepalen om gebreken aan de verkoper te melden» (artikel 32, sub 13, W.H.P.C.).

VII. Europese initiatieven

15. Op Europees niveau komt er ook beweging in het privaatrechtelijk bouwrecht⁷¹. Zo is er het bekende voorstel voor een richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor diensten van 9 november 1990 dat ook toepasselijk is op de dienstverleners in de bouwsector⁷². De hoofdlijnen van dit voorstel zijn de volgende. De verrichter van een dienst is aansprakelijk voor de schade die door zijn schuld bij het verrichten van de dienst wordt toegebracht (art. 1, 1°). Het bewijs dat geen fout is begaan moet door de verrichter van de dienst worden geleverd (art. 1, 2°). In artikel 2 volgt een zeer ruime omschrijving van het begrip dienst, terwijl in artikel 3 de verrichter van een dienst wordt gedefinieerd. Opmerkelijk is dat alleen de rechtstreekse schade wordt beoogd aan personen of goederen op voorwaarde dat die goederen normaal bestemd zijn voor particulier gebruik of verbruik en (bovendien) hoofdzakelijk voor eigen gebruik of verbruik waren bestemd of werden aangewend (art. 4). De schade en het oorzakelijk verband tussen de dienst en de schade moet bewezen worden (art. 5). Volgens artikel 7 kan de aansprakelijkheid van de dienstverrichter beperkt noch uitgesloten

worden, terwijl artikel 8 een hoofdelijke aansprakelijkheid instelt wanneer verscheidene personen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade. Zeer verregaand zijn de verval- en verjaringstermijnen die bepaald worden in de artikelen 9 en 10 m.b.t. het ontwerp of de constructie van gebouwen. De gelaedeerde is vervallen van zijn rechten twintig jaar te rekenen vanaf de datum waarop de dienst is verricht (art. 9) en zijn vordering tot schadevergoeding verjaart tien jaar vanaf de datum waarop de schade, de dienst en de identiteit van de verrichter van de dienst aan de eiser bekend waren of aan deze bekend hadden moeten zijn (art. 10). Na hevig verzet tegen dit voorstel vanuit de betrokken beroepsmilieus werden in maart 1991 vier werkgroepen opgericht, samengesteld uit experts aangewezen door de representatieve Europese beroepsorganisaties van de bouwsector. De volgende thema's werden tot begin 1992 onderzocht: de oplevering, de aansprakelijkheid van de bouwparticipanten, de wettelijke garantie en de financiële dekking van deze garantie. Wat de aansprakelijkheid betreft, werd het toepassingsgebied uitgebreid (in vergelijking met het voorstel), het principe van de hoofdelijke aansprakelijkheid werd verlaten, de fout van de dienstverlener moet aangetoond worden en dit moet gebeuren binnen een tijdsbestek van vijf jaar bij zware gebreken en één jaar bij andere, aanvangend vanaf de oplevering. Deze aansprakelijkheidsvordering verjaart één jaar vanaf de aangifte van het gebrek of vanaf het moment dat dit ontdekt moest worden. Hoewel deze rapporten meer dan nuttige informatie bevatten moet het een en ander nog nader onderzocht worden. Dit verklaart waarschijnlijk de houding van de Europese Commissie. Deze heeft namelijk gesteld dat de besluiten van de werkgroepen haar niet binden en dat het definitief rapport niet als dusdanig gepubliceerd wordt. Met het subsidiariteitsbeginsel van het Verdrag van Maastricht als nieuw leidmotif is het echter de vraag of een harmonisatie op dit vlak nog een haalbare zaak is. Verschillende scenario's behoren tot de mogelijkheden⁷³ maar een definitieve tekst lijkt nog niet voor morgen.

Tevens moet de Richtlijn van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake voor de bouw bestemde producten (89/106/EEG) vermeld worden⁷⁴. Deze voert twee nieuwe aansprakelijkheden in. De ene drukt op de fabrikant van het produkt of zijn lasthebber en de andere op de administraties van de lidstaten.

VIII. Besluit

16. Het wordt de rechtspraktijzen in bouwzaken niet makkelijk gemaakt. Het door sommigen gehanteerde «vermoeden van kennis van verborgen gebreken» bij aannemers en voor interpretatie vatbare formuleringen in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument maken dat geen klare

⁶⁸ HANNEQUART, Y., «Droit de la construction. Réflexions générales», *Act.Dr.*, 1992, 448-449; *contra*: BAERT, G., *o.c.*, 689; DELVAUX, A., *o.c.*, nr. 429.

⁶⁹ Zie CORNELIS, L., *l.c.*, nr. 14; DE COSTER, S., *l.c.*, nr. 51; FORIERS, P.A., «La responsabilité de l'entrepreneur après réception. Réflexions à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1985», *T.Aann.*, 1988, (261), nr. 13.

⁷⁰ Zie CORNELIS, L., *l.c.*, nr. 14; DE COSTER, S., *l.c.*, nr. 51.

⁷¹ Zie o.m. MATHEI, Ph., «Vers une proposition de directive spécifique dans le secteur de la construction», in *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, FRASELLE, N. (red.), Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 1992, 47-72; PERINET-MARQUET, H., «La responsabilité des constructeurs en droit communautaire: enjeux et débat», *Rev. Droit immob.*, 1992, 457-462.

⁷² *Pb.*, 1991, C 12/8.

⁷³ Zie PERINET-MARQUET, H., *l.c.*, 459-462.

⁷⁴ *Pb.*, 1989, L 40/12. Zie hierover CAMPOS, J.-A., «Circulation des produits de construction», *Rev.Droit immob.*, 1990, 10-15; CHEMILLIER, P., «L'Europe des produits de construction», *Rev. Droit immob.*, 1992, 415-417; DECOCO, A., «La directive relative à la circulation des produits de construction – La place de la directive "produits de construction" dans le droit communautaire», *Rev. Droit immob.*, 1990, 143-147 (verbeterde bijdrage).

wijn geschonken kan worden in deze materie. Kan een aan-
nemer zich exonereren voor lichte verborgen gebreken? Het
antwoord op deze vraag lijkt bevestigend te zijn. Hij kan dit,
maar in consumentencontracten slechts in beperkte mate. In
bovenstaande bijdrage werd gepoogd deze beperkingen te
ontwaken. Nogmaals dient aangedrongen te worden op een
wetgevend ingrijpen m.b.t. de regeling van gebreken in

bouwzaken. Zal de Belgische wetgever talmen tot de Euro-
pese overheden in een nieuwe en uniforme regeling voor-
zien?

Wim NACKAERTS
Assistent K.U. Leuven

FONDSEN VOOR BESTAANSZEKERHEID EN BUITENLANDSE WERKGEVERS: «ENIGE EUROPEESRECHTELIJKE BEDENKINGEN»

1. Reeds op het einde van de tweede wereldoorlog stond
de bestaanszekerheid van de werknemers bij de sociale part-
ners hoog in het vaandel geschreven: het «waarborgen van
een zo hecht mogelijke bestaanszekerheid» werd in het col-
lectief overleg ingeschreven. Aangezien de wettelijke sociale
zekerheid niet altijd voldeed aan de wens van de werkne-
mers om de bereikte levensstandaard te handhaven, beoog-
den de sociale partners de werknemers bestaansmiddelen te
verschaffen opdat zij inkomenszekerheid zouden genieten.
Vooral in sectoren waar toevalsfactoren de continuïteit van
de werkgelegenheid sterk beheersten en periodes van werk-
loosheid schering en inslag waren, kreeg het verlangen de
werknemers een betere bescherming te bieden, krachtige
impuls. Naast de bestaande wettelijke sociale zekerheid
gingen vakbonden en werkgeversorganisaties *aanvullende
stelsels van bestaanszekerheid* creëren. Onmiddellijk na de
tweede wereldoorlog doken de eerste bedrijfstakgewijze re-
gelingen op, waarbij tot tegemoetkomingen werd besloten
door aanvullende dekkingen van sociale risico's te verlenen.

Het creëren van die sectoriële stelsels ging soms gepaard
met de oprichting van een fonds voor bestaanszekerheid in
een paritair comité of subcomité¹. Deze fondsen, in het le-
ven geroepen om de nadelen te ondervangen die verbonden
waren aan de arbeidsvoorwaarden in bepaalde industrie-
sectoren, leveren een fundamentele bijdrage tot de sociale be-
scherming van werknemers.

2. Een fonds voor bestaanszekerheid² kan uitsluitend
worden opgericht in een paritair comité of subcomité, natio-
naal of regionaal, door representatieve werknemers- en

werkgeversorganisaties door middel van een CAO, die door
de Koning algemeen verbindend kan worden verklaard³.

De bepaling van de aard, de omvang en de toekennings-
voorwaarden van de door het fonds uitgekeerde voordelen
gebeurt eveneens door middel van algemeen verbindend
verklaarde CAO's.

3. Aanvankelijk beoogden de bestaanszekerheidsfondsen
slechts het toekennen van aanvullende werkloosheidsuitke-
ringen aan werkloze arbeiders uit sectoren die in hoge mate
waren blootgesteld aan bijzondere werkloosheidsrisico's.
Het ontstaan van de eerste fondsen — omstreeks 1964 —
lag dan ook in die bedrijfstakken waar arbeid werd verricht
in open lucht of in die sectoren waarin weersomstandighe-
den en onregelmatige tewerkstelling een grote invloed kon-
den uitoefenen (bv. havenbedrijf, bouwsector, scheepsher-
stellingsbedrijf, ...) ⁴. Op die manier kwamen de eerste fond-
sen ongetwijfeld tegemoet aan een dringende en belangrijke
noodwendigheid: risico's, eigen aan de uitoefening van het
beroep, konden door de sociale partners worden opgevan-
gen. Weldra bleven de aanvullende voordelen verstrekt door
de FBZ's niet langer beperkt tot werkloosheidsvergoedin-
gen, maar breidden ze zich uit naar de ziekteverzekering, de
arbeidsongeschiktheidsreglementering, de kinderbijslag,
etc. Kortom, de fondsen gingen allerhande voordelen uitke-
ren ter aanvulling van de wettelijke sociale zekerheid⁵. He-

³ Art. 1 wet 7 januari 1958.

⁴ CASSIMONS, J., «De Fondsen voor bestaanszekerheid en de ne-
gatieve syndicale vrijheid», *Or.*, 1974, 303 e.v., nr. 10; DE WINTER,
D., *Fondsen voor Bestaanszekerheid*, Leuven, Instituut voor Arbeids-
recht, 1971, 5; FEYS, F., *De Fondsen voor Bestaanszekerheid*, Natio-
nale Confederatie van het Bouwbedrijf, Brussel, 1966, 15; RAVET-
SCHUINS, F., «Les régimes juridiques des fonds de sécurité d'existen-
ce», *B.T.S.Z.*, 1960, 817.

⁵ Te midden van talrijke aanvullende sociale-zekerheidsstelsels
nemen de Fondsen voor Bestaanszekerheid een aanzienlijke plaats
in. Terwijl de wettelijke sociale zekerheid in alle Europese landen
wordt aangevuld met bovenwettelijke voordelen door middel van al-
lerhande technieken en formules, worden die voordelen in België

¹ De eerste fondsen werden in het leven geroepen alvorens enige
wettelijke regeling in dezen bestond. De kaderwet van 7 januari
1958 (*B.S.*, 7 februari 1958) kende de Fondsen uiteindelijk hun de-
finitief statuut toe. Hoewel deze wet reeds enkele malen het voor-
werp van wijzigingen uitmaakte, ligt zij nog steeds aan de basis van
de oprichting van nieuwe Fondsen voor Bestaanszekerheid. Zie DE-
GUELLE, C., «Les régimes professionnels complémentaires de la sé-
curité sociale en Belgique», *B.T.S.Z.*, 1962, 344; FAFCHAMPS, J., *Les
conventions en Belgique*, Brussel, La Pensée Catholique, 1961, 122.

² Hierna kort te noemen als FBZ.

den bewegen de fondsen zich op de meest uiteenlopende terreinen, waardoor de sociale voordelen die ze uitkeren niet langer als complementen van de sociale zekerheid kunnen worden beschouwd (bv. jaareindepremies, vorstvergoeding, weerverlet- en getrouwheidszegels, etc.). In dit verband spreekt men weleens van «bovenwettelijke uitkeringen» van sociale zekerheid.

Naast het verstrekken van dit hele gamma van sociale voordelen ⁶, kunnen de fondsen bovendien ook werkelijke sociale diensten verlenen: ze zijn bevoegd om maatregelen te treffen inzake de veiligheid en gezondheid van de werknemers, alsook om initiatieven inzake beroepsopleiding voor hun rekening te nemen ⁷.

Het grote nut van de fondsen is tegenwoordig nog steeds gelegen in de oorspronkelijke nagestreefde doelstelling, namelijk het modaliseren en het aanvullen van de wettelijke sociale zekerheid op een verantwoorde wijze.

De groeiende aandacht voor het bestaan en concrete werking van deze fondsen vindt dan ook haar voornaamste verklaring in het licht van een toenemende belangstelling voor alle mogelijke «aanvullende sociale verzekeringen» waardoor complementen worden verleend op de sociale bescherming geboden door het klassieke sociale-zekerheidsstelsel.

I. Probleemstelling

A. Toepassingsgebied

4. De statuten van de fondsen worden opgesteld door de paritaire comités, waarbij duidelijk wordt aangewezen wie onder het toepassingsgebied ressorteert ⁸. Veelal vermelden de statuten dat tot het toepassingsgebied behoren «alle werkgevers en werknemers die door hun activiteit onder de bevoegdheid van het paritair comité ressorteren». Onmiskenbaar strekt het toepassingsgebied van de fondsen zich uit tot buitenlandse ondernemingen die in België actief zijn, zelfs met buitenlands personeel. Het uitgangspunt is immers dat een onderneming zonder meer en van rechtswege ressorteert onder een paritair comité, zodra zij een activiteit uitoefent die binnen de bevoegdheid van dat paritair comité valt ⁹. De aanwijzing van het bevoegd paritair comité voor buitenlandse ondernemingen – zonder zetel binnen het Belgisch grondgebied, doch die wel op permanente wijze werknemers in België tewerkstellen – gebeurt eveneens op basis van de activiteit uitgeoefend op het Belgische grondgebied ¹⁰.

meestal sectorieel, via Fondsen voor Bestaanszekerheid gefinancierd en toegekend.

⁶ Art. 1 wet 7 januari 1958. Fondsen voor bestaanszekerheid kunnen worden opgericht met het oog op: «1° het financieren, toekennen en uitkeren van sociale voordelen aan bepaalde personen».

⁷ Art. 1 wet 7 januari 1958. Fondsen voor Bestaanszekerheid kunnen eveneens worden opgericht met het oog op: «2° het financieren en organiseren van de vakopleiding van de werknemers en van de jongeren; en 3° het financieren en het verzekeren van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers in het algemeen».

⁸ Art. 2 wet 7 januari 1958; art. 4 wet 7 januari 1958.

⁹ VANACHTER, O., «De aanwijzing van het bevoegd paritair comité», *Or.*, 1985, 202.

¹⁰ Op de vraag of de aanwijzing van het bevoegd paritair comité op dezelfde wijze dient te geschieden als voor een onderneming die

Kortweg kan worden gesteld dat buitenlandse werkgevers, zodra ze hun werknemers in België tewerkstellen in een bepaalde bedrijfstak, behoren tot het ressort van het betrokken paritair orgaan. Gaat het om een sector in wiens schoot een bestaanszekerheidsfonds is opgericht, dan vallen buitenlandse werkgevers en werknemers onder het toepassingsgebied van dit Fonds.

B. Bijdrageplicht

5. Verder wijzen de statuten van de fondsen telkenmale op het feit dat de fondsen gestijfd moeten worden opdat zij zich van hun taken kunnen kwijten. Doorgaans treft men daartoe de volgende formulering aan: «Alle werkgevers die onder het toepassingsgebied ressorteren, zijn bijdrageplichtig.» Dit betekent dat alle werkgevers, zowel de Belgische als de buitenlandse, die in België een activiteit ontplooiën die onder de bevoegdheid van het betrokken fonds ressorteert, bijdragen verschuldigd zijn ¹¹.

Bij het daadwerkelijk innen van de bijdragen voor het fonds duiken echter moeilijkheden op. Meer en meer buitenlandse ondernemingen aarzelen niet hun aansluiting bij het FBZ te betwisten, om zo aan de bijdrageverplichting te ontsnappen ¹². Deze problematiek is de laatste tijd zo fel voor het voetlicht gebracht, dat een studie daaromtrent een absolute noodzakelijkheid is geworden.

Daar buitenlandse werkgevers hun weigering tot betaling frequent baseren op de EG-reglementering, dient in de eerste plaats onderzocht te worden in hoeverre de weigering op basis van de EG-regeling gefundeerd is. Wanneer blijkt dat de bedoelde buitenlandse werkgevers hun weigering tot bijdragebetaling niet rechtmatig kunnen baseren op de EG-

wel een zetel op het Belgisch grondgebied heeft, kunnen uiteenlopende antwoorden worden gegeven: ofwel neemt men uitsluitend de activiteit uitgeoefend op het Belgisch grondgebied in aanmerking; ofwel houdt men tevens rekening met de activiteit in het buitenland. De voorkeur van de Dienst Collectieve Arbeidsbetrekkingen van het Ministerie van Arbeid en Tewerkstelling blijkt uit te gaan naar de eerste oplossing. Zie BOCKSTEINS, H. en BUYSENS, H., «De afbakening van de bevoegdheid van de paritaire comités», in *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 141, nr. 507.

¹¹ Brussel, 26 oktober 1977, *J.T.*, 1978, 87 e.v.; DUMORTIER, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 304-336; BOCKSTEINS, H. en BUYSENS, H., «De afbakening van de bevoegdheden van de paritaire comités», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 3, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 137-182.

¹² Nu weigeren de buitenlandse ondernemingen niet alleen bijdragen te betalen, doorgaans schieten zij ook te kort in hun aangifteverplichting zodat het in vele gevallen onmogelijk is een vordering in te stellen. In welke mate en in welke verhouding vreemde werkgevers – die werken met gedetacheerde werknemers – hun wettelijke verplichtingen naleven, is dus niet altijd even gemakkelijk te achterhalen. Een sector die in het verleden meermaals met deze problematiek werd geconfronteerd, is de bouwsector, met name wat betreft de toekenning van de weerverlet- en de getrouwheidszegels in deze bedrijfstak. (*Weerverletzegels* worden in geval van slecht weer toegekend ter aanvulling van het dagloon aan de werknemers uit het bouwbedrijf. Zij kunnen tevens aanspraak maken op een getrouwheidspremie (de zogenaamde *getrouwheidszegels*), ter bevordering van de werkelijke arbeid in de bouwnijverheid. De getrouwheidspremie kan worden beschouwd als een jaareinde-uitkering).

Verordeningen, rijst de vraag of er daadwerkelijk een grondslag bestaat waarop de bijdrageverplichting dan wel kan berusten ¹³.

II. Wetgeving van toepassing op EG-onderdanen, tewerkgesteld binnen de EG

A. De hoofdregel in de EG-Verordening 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale-zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen

6. Ter bepaling van de toepasselijke sociale-zekerheidswetgeving voor de tewerkstelling op het grondgebied van de EG-onderdanen of van op het grondgebied van een van de Lid-Staten wonende staatlozen of vluchtelingen, geldt bovengenoemde verordening. Zij coördineert de desbetreffende nationale stelsels van sociale zekerheid en bevat bepalingen die aanwijzen welke wetgeving in een bepaalde situatie toepasselijk is. Daartoe bevat titel II van de verordening een volledig stelsel van conflictregels (cf. artt. 13 tot 17): aan de hand van één uniform aanknopingspunt wordt de toepasselijkheid van een nationale wetgeving bepaald.

Het algemeen principe is neergelegd in artikel 13, lid 2, a, waarin wordt bepaald dat de werknemer onder het stelsel valt van een Lid-Staat op het grondgebied waarvan hij werkt, zelfs indien hij op het grondgebied van een andere Lid-Staat woont of indien de zetel van de onderneming of het domicilie van de werkgever waarbij hij werkzaam is, zich bevindt op het grondgebied van een andere Lid-Staat ¹⁴. De hoofdregel vertaalt dus de toepassing van de *lex loci laboris*: de wetgeving van het land van tewerkstelling is van toepassing.

Uitgangspunt van de verordening is dat degene op wie de verordening van toepassing is, slechts aan de wetgeving van één Lid-Staat onderworpen kan zijn.

Op grond van voormelde verordening is een vreemde werkgever in België sociale-zekerheidsbijdragen verschuldigd op het loon dat hij betaalt aan zijn in België tewerkgestelde werknemers die EG-onderdanen zijn, zelfs al heeft hij in België geen vestiging of exploitatiezetel.

7. Naar toepassing van het algemeen beginsel – dat de wetgeving van het land waar de werknemer werkzaam is, op hem van toepassing is, ook al is hijzelf of zijn werkgever in een andere Lid-Staat gevestigd –, zou de Belgische wetgeving – alsook de CAO die integraal deel uitmaakt van het Belgisch positief recht – toepasselijk zijn op vreemde werknemers die in ons land worden tewerkgesteld. Het probleem

van de bijdrageverplichting van buitenlandse werkgevers lijkt hiermee opgelost te zijn, ware het niet dat de verordening talrijke afwijkingen inhoudt van het werklandprincipe en wel voor die gevallen waarin dat principe geen bevredigende oplossing biedt. Eén zeer belangrijke afwijking heeft juist betrekking op gedetacheerde werknemers, die het centrale punt van ons onderzoek uitmaken.

B. Bijzondere regeling: detachering van EG-onderdanen binnen de EG

8. Voor gedetacheerde werknemers geldt een uitzonderingsbepaling ¹⁵: «Op diegene die in een bepaalde Lid-Staat als werknemer werkzaam is, blijft – in geval van detachering op het grondgebied van een andere Lid-Staat teneinde aldaar voor rekening van de onderneming arbeid te verrichten – de wetgeving van de eerstgenoemde Lid-Staat van toepassing ¹⁶... Weliswaar mag de te verwachten duur van die arbeid niet meer dan twaalf maanden bedragen ¹⁷ en mag de betrokkene niet worden uitgezonden ter vervanging van een ander persoon wiens detachering is beëindigd.

Tijdens de detachering moet er een band blijven bestaan tussen de detacherende onderneming en de gedetacheerde arbeider.

Uit het bovenstaande zou kunnen worden afgeleid dat gedetacheerde werknemers geen rekening hoeven te houden met Belgische CAO's waarbij FBZ's worden opgericht en verplichte bijdragen worden vastgesteld, daar zij tot het sociale-zekerheidsstelsel van hun land blijven behoren. Overeenkomstig een dergelijke redenering zouden buitenlandse werkgevers überhaupt geen bijdragen hoeven te betalen voor tijdelijk in België tewerkgestelde gedetacheerde werknemers.

¹⁵ Gedetacheerde werknemers = werknemers die voor rekening van hun gewone werkgevers slechts tijdelijk worden tewerkgesteld op het grondgebied van een andere Lid-Staat.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is de uitzonderingsbepaling ook van toepassing op een werknemer die niet gewerkt heeft in het land waar de onderneming is gevestigd, doch die uitsluitend wordt aangenomen om naar het buitenland te worden uitgezonden, mits er gedurende zijn detachering een organische band tussen de onderneming en de werknemer bestaat én mits de onderneming haar activiteiten gewoonlijk uitoefent op het grondgebied van de eerste lidstaat. De bepaling is eveneens toepasselijk op de ondernemingen die zelf geen arbeid laten verrichten, doch alleen arbeidskrachten ter beschikking stellen en ook in de gevallen van uitleening van een werknemer. Cf. H.v.J., 5 december 1967, zaak 19/67 (Van der Vecht), *Jur.*, 1967, 431, p. 443; H.v.J., 17 december 1970, zaak 35/70 (Manpower), *Jur.*, 1970, 1251, 14.

¹⁶ Artikel 14 EG-Verordening 1408/71. De achterliggende reden van de regel dat de gedetacheerde onderworpen blijft aan de wetgeving van het land waar hij gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht, is de bevordering van het vrij verkeer van werknemers. Deze zou in het gedrang kunnen komen wanneer de toepasselijke sociale-zekerheidswetgeving te snel zou wisselen.

¹⁷ Indien de te verrichten arbeid door onvoorziene omstandigheden de oorspronkelijk voorziene tijdsduur overschrijdt en meer dan twaalf maanden duurt, kan, na toestemming van de bevoegde autoriteiten of het daartoe aangewezen orgaan in het land van detachering, een verlenging van ten hoogste twaalf maanden worden toegestaan.

¹³ De problematiek betreffende het innen van bestaanszekerheidsbijdragen van buitenlandse werkgevers heeft zowel betrekking op Europese als op niet-Europese ondernemingshoofden. Daar de Belgische bedrijfstakken doorgaans worden geplaagd door moeilijkheden die betrekking hebben op betalingsweigeringen door buitenlandse werkgevers uit EG-landen die werknemers in België detacheren, zal de focus in dit artikel voornamelijk worden gericht op *werknemers gedetacheerd door werkgevers uit EG-landen*.

¹⁴ «Op diegene die op het grondgebied van een EG-Lid-Staat werkzaamheden uitoefent krachtens een arbeidsovereenkomst, is de wetgeving van die staat van toepassing, zelfs indien hij op het gebied van een andere Lid-Staat woont of indien de zetel van de onderneming of het domicilie van de werkgever waarbij hij werkzaam is, zich bevindt op het grondgebied van een andere Lid-Staat.»

C. Weigering door buitenlandse werkgevers bijdragen aan Belgische FBZ's te betalen

9. Buitenlandse ondernemingen putten hun voornaamste argumenten om niet aan te sluiten bij het FBZ, en aldus ook geen bijdragen te betalen, uit voornoemd artikel 14 EG-Verordening 1408/71¹⁸. Zij verdedigen de stelling dat de verordening bij voorrang van toepassing is op iedere beschikking van intern recht op grond van een aantal motieven, die een korte toelichting vereisen:

10.a) *Materiële werkingssfeer*: de verordening geldt voor alle wettelijke regelingen betreffende takken van sociale zekerheid die voorzien in prestaties bij ziekte en moederschap, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten, werkloosheid en overlijden, zowel als gezinsbijslagen en wel zonder onderscheid tussen algemene en bijzondere stelsels, al dan niet op premie- of bijdragebetaling berustende stelsels of ook stelsels met uitvoering waarvan de werkgevers belast zijn¹⁹.

Waar een FBZ, als techniek van aanvullende sociale verzekeringen, belast is met de financiering en uitkering van sociale voordelen, valt de regeling duidelijk onder het toepassingsgebied van de Europese verordening.

11.b) *Personele werkingssfeer*: de verordening is toepasselijk op werknemers en zelfstandigen op wie de wetgeving van één of meer Lid-Staten van toepassing is of is geweest. De werknemers die worden gedetacheerd, blijven aangesloten bij hun eigen sociale-zekerheidsstelsel, wat trouwens blijkt uit het feit dat zij in het bezit zijn van de vereiste detachingsdocumenten.

12.c) *Interne werking van de gemeenschapsrechtelijke verordening*: het KB tot algemeenverbindendverklaring van de CAO tot oprichting van het fonds, is strijdig met de verordening. Volgens het KB moet immers iedere werkgever, zowel de Belgische als de buitenlandse die onder het betrokken paritair comité ressorteert en die arbeiders in België tewerkstelt, aangesloten zijn bij het fonds van bestaanszekerheid; terwijl de Europese verordening bepaalt dat tijdelijk in België gedetacheerde arbeiders niet aangesloten hoeven te zijn bij het sociale-zekerheidsstelsel van het grondgebied waar zij tewerkgesteld zijn, wat uiteraard tevens geldt voor het FBZ, dat er een onderdeel van is.

Overeenkomstig artikel 189 EG-Verdrag heeft de Europese verordening voorrang op ermee strijdig nationaal recht. Dit vloeit voort uit haar rechtstreekse werking in de EG-Lid-Staten. Door de verordening worden immers afdwingbare rechten en plichten gecreëerd, die het individu voor de nationale rechter kan invoeren. De verordening heeft met andere woorden voorrang op het KB tot algemeenverbin-

dendverklaring van CAO's tot oprichting van het fonds²⁰.

13. Hoe logisch die redenering op het eerste gezicht ook moge lijken, zij stuit op fundamentele bezwaren en kritieken.

Allereerst moet een onderscheid worden gemaakt tussen het sociale-zekerheidsrecht en het arbeidsrecht. De uitzondering vervat in art. 14 EG-Verordening 1408/71 slaat op het sociale-zekerheidsrecht waarvoor de wetgeving van de staat waar de onderneming gevestigd is en van waaruit de aldaar wonende werknemers tijdelijk worden gedetacheerd, van toepassing is. De regeling van de betaling van de bijdragen voor bestaanszekerheid behoort daarentegen tot de arbeidswetgeving, die van toepassing is op alle ondernemingen die in België personeel tewerkstellen, ongeacht of dit personeel al dan niet aan de Belgische RSZ onderworpen is. Dat het betalen van bijdragen aan een FBZ een probleem van arbeidsrecht is, staat buiten kijf: de werkgever heeft een individuele verplichting tot betaling van bijdragen, aangegaan als een contractuele overeenkomst, nl. de CAO waarbij het FBZ is opgericht. Principes uit sociale-zekerheidswetgevingen, zoals bv. detachering, mogen niet zomaar worden overgeënt op de CAO-wetgeving. Het gaat hier immers om twee verschillende juridische systemen, met eigen doelstellingen, toepassingsgebieden en controlemaatregelen.

14. Daarenboven gaat het hier om CAO's die voornamelijk aanvullende sociale-zekerheidsuitkeringen verstrekken, terwijl de verordening concreet geen oplossing regelt voor de conventionele aanvullende sociale-zekerheidsstelsels. De uitzondering op het beginsel van de verordening dat iedereen valt onder de sociale zekerheid van de plaats van tewerkstelling, namelijk dat voor gedetacheerde werknemers de sociale zekerheid van de plaats van de zetel van de onderneming geldt, slaat met andere woorden alleen op de zogenaamde *klassieke* takken van de sociale zekerheid²¹; de uitbreiding van het stelsel van de tijdelijke detachering tot prestaties verschuldigd krachtens CAO's gesloten in het raam van de wet 7 januari 1958 op de FBZ's, is niet toegelaten²².

De verordening bevat immers in artikel 1, j, al. 2, een uitdrukkelijke uitzondering voor «bestaande of toekomstige bepalingen van contractuele oorsprong», zelfs indien de overheid deze overeenkomsten verbindend heeft verklaard²³ of er een extensieve toepassing aan verleende.

De CAO-bepalingen werden buiten de werkingssfeer van de verordening gehouden omdat de conventionele bepalingen te talrijk en te uiteenlopend waren en zij slechts het

¹⁸ = uitzonderingsbepaling voor gedetacheerden. Vastgesteld werd dat in de bouw- en in de metaalsector veel firma's de detachering frauduleus toepassen om de sociale zekerheid in ons land te ontduiken. In theorie betalen zij dan bijdragen in hun eigen land, wat «een hele slok op de borrel» kan schelen tegenover de bijdragen die in ons land moeten worden betaald. Het voordeel daarvan is immers, de concurrentie wordt op deze manier vervalst en de arbeidsmarkt erdoor ontvrikt. De vakbondsmensen beschouwen dit als «legale vitrines voor illegale praktijken» (artikel in *Knack*, «Sociale fraude. Vreemd volk op de werf», 29 mei 1991, 12-15).

¹⁹ Art. 4, EG-Verordening 1408/71.

²⁰ Rb. Bergen, 22 februari 1977, *J.T.T.*, 1978, 91; Bergen, 29 juni 1977, *J.T.T.*, 1978, 87; Corr. Rb. Aarlen, 26 maart 1981, *J.T.T.*, 1981, 173-174.

²¹ Bergen, 29 juni 1977, *J.T.T.*, 1978, 87; Corr. Rb. Aarlen, 26 maart 1981, *J.T.T.*, 1981, 173-174: «De verordening is niet van toepassing op bepalingen van conventionele oorsprong zoals de bijdragen voor getrouwheids- en weerverletzegels die opgelegd werden krachtens de beslissingen in de schoot van het paritair comité van de bouwnijverheid en die bij koninklijk besluit verplicht werden verklaard.»

²² VERHEGGE, G.J.Y., «Problemen in verband met de vreemde werkgever in België», *R.W.*, 1978-79, 1154.

²³ Wat gebeurt bij overeenkomsten tot oprichting van een bestaanszekerheidsfonds.

voorwerp van coördinatie konden uitmaken na besprekingen met de werkgevers.

De huidige coördinatie van sociale-zekerheidsrechten beperkt zich dus tot de klassieke sociale-zekerheidsprestaties die bij de wet worden geregeld. Het belang van de aanvullende stelsels neemt echter vandaag de dag enorm toe; waardoor de vraag naar de noodzakelijke coördinatie van aanvullende sociale-zekerheidsrechten meer en meer wordt gesteld ²⁴.

Aangezien de problematiek betreffende de bijdragebetaling door buitenlandse werkgevers aan Belgische FBZ's concreet een conventioneel aanvullend stelsel betreft, kunnen en mogen wij aan voornoemde uitzondering niet zonder meer voorbijgaan.

15. Naar aanleiding van de vaststelling dat de verordening niet van toepassing is op prestaties die voortvloeien uit contractuele overeenkomsten, dienen twee opmerkingen te berde te worden gebracht.

— Aan de staten die zulks wensen, is de mogelijkheid gelaten om de verordening toch toe te passen op contractuele bepalingen. Hoewel de aanvullende stelsels uit het toepassingsgebied zijn gesloten, is een deur tot uitbreiding open gelaten. De Lid-Staten kunnen de beperking opheffen door een verklaring af te leggen waarin ze de toepassing van de verordening uitdrukkelijk bevestigen. Het is echter alleen wanneer de contractuele bepalingen dienen tot het in toepassing brengen van een verplichte regeling als bedoeld bij artikel 4 of wanneer dit conventioneel stelsel wordt beheerd door dezelfde instelling die de bij artikel 4 bedoelde regelingen beheert, dat de betrokken Lid-Staat kan verklaren dat een dergelijke conventionele regeling bedoeld is bij de verordening. Zulks gebeurde reeds in Frankrijk (Assedic) naar aanleiding van de werkloosheid verzekerd in het kader van een interprofessioneel conventioneel stelsel, in het leven geroepen door een CAO van 31 december 1958. De Franse CAO-regeling inzake de werkloosheidsverzekering werd alzo onder de werkingssfeer van de verordening gebracht. Op die wijze is de CAO-regeling niet meer aanvullend, maar substituerend of gelijkwaardig aan een wettelijk regime ²⁵. Het lijkt echter zeer onwaarschijnlijk dat de sociale partners zich met zulk een oplossing akkoord zullen verklaren. Bovendien zou een dergelijke handelwijze evenmin een oplossing betekenen voor het probleem van de bijdragebetaling door buitenlandse werkgevers. Op de geschetste manier zou het conventionele stelsel immers onder het materiële toepassingsgebied van de verordening gebracht worden en evenzeer de uitzondering van art. 14 voor gedetacheerde werknemers ondergaan.

— Verder dient gewag te worden gemaakt van het voorstel van de Europese Commissie om dergelijke aanvullende stelsels onder het toepassingsgebied van de verordening te brengen, wat geen sinecure zal zijn. Gelet op wat volgt, zal

ook dit voorstel geen wezenlijke oplossing bieden voor het bijdrageprobleem.

D. Conclusie

16. Het argument, gebaseerd op art. 14 EG-Verordening 1408/71 waarmee de buitenlandse ondernemingen steeds schermen om geen bijdragen te hoeven betalen, biedt derhalve geen been om op te staan. Daarmee is echter het probleem niet opgelost. Een volgende stap zal bestaan in het zoeken naar een wettelijke basis waarop die ondernemingen eventueel wel tot betaling kunnen worden verplicht.

III. Ruimere context van de wetsconflicten

17. In feite kan worden gesteld dat het gehele probleem niet alleen de detachering van werknemers aanbelangt, en ruimer moet worden gesitueerd.

De hamvraag heeft betrekking op de toepassing van CAO's bij tewerkstelling in België. Wanneer een werknemer in België in dienst is van een in België gevestigde werkgever, stelt de toepassing van CAO's ons geenszins voor problemen. In dat geval wordt de arbeidsverhouding volledig door het Belgische arbeidsrecht beheerst met inbegrip van de CAO. Problematisch is daarentegen de situatie van de vreemde werknemer die in België arbeid verricht in dienst van een in het buitenland gevestigde werkgever. Kan er dan nog sprake zijn van de toepassing van de Belgische CAO? Het gaat dan immers om een vreemde individuele arbeidsovereenkomst, gesloten tussen een vreemde werkgever en een vreemde werknemer.

18. De toepasselijkheid van een CAO in het algemeen heeft reeds herhaaldelijk stof doen opwaaien, maar het is vooral de toepassingsbegrenzing van *algemeen verbindend verklaarde CAO's met betrekking tot de sociale zekerheid* die bijzondere problemen stelt. Deze overeenkomsten verplichten de werkgevers tot het betalen van bijdragen en geven de werkgevers in vele gevallen het recht op uitkeringen die de wettelijke sociale zekerheid aanvullen. De vraag die in dit onderzoek aan de orde is, is juist gericht op de toepasselijkheid van een Belgische CAO met betrekking tot de sociale zekerheid. Concreet luidt ze als volgt: «Is een in het buitenland gevestigde werkgever die tijdelijk personeel in België tewerkstelt, verplicht bijdragen te betalen aan een FBZ in België?»

19. De geldingskracht van de CAO stelt ons voor een probleem van internationale wetsconflicten betreffende collectieve aspecten van de arbeidsverhoudingen. Dat het hier gaat om een *wetsconflict* hoeft verder geen betoog. Het staat buiten kijf dat er sprake is van zulk een conflict, wanneer het gaat om werknemers die werken in een land waarvan zij niet de nationaliteit bezitten. In het algemeen wordt de reglementering van de wetsconflicten in verband met de aanvullende stelsels van sociale zekerheid uitgeoefend volgens de *traditionele regels van het internationaal recht* en buiten het kader van de Europese verordeningen betreffende de sociale zekerheid.

²⁴ Zo wordt in een nota van de Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van de migrerende werknemers benadrukt dat een coördinatie van aanvullende regimes ingevoerd door collectieve arbeidsovereenkomsten noodzakelijk is, met het oog op het vrij verkeer van gekwalificeerde werknemers.

²⁵ LYON-CAEN, G. en LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, Parijs, Dalloz, 1991, nr. 285; verklaring van de Franse overheid, *P.B.C.*, nr. 1/90 van 6 april 1973.

Uiteindelijk belanden wij bij het internationaal *arbeidsprivaatrecht*²⁶, aangezien de Belgische reglementering inzake CAO's en de FBZ's behoren tot de reglementering van de arbeid.

20. Buiten de Europese verordeningen inzake sociale zekerheid (welke buiten toepassing staan), zijn er immers geen andere internationale teksten of verdragen die ons helpen het wetsconflict op te lossen. Het verdrag van Rome van 19 juni 1980²⁷ kan in dit kader geen uitweg bieden, aangezien dit verdrag geen toepassing vindt wanneer het gaat om CAO's²⁸.

21. Eventueel grijpen we naar de traditionele regels van het internationaal recht. Een onderzoek van rechtspraak en rechtsleer leert ons dat tot nog toe opvallend weinig onderzoek verricht is van de situatie van de CAO ten aanzien van het internationaal privaatrecht. Wat men aantreft, zijn bondige stellingnames en vaststellingen, zonder uitgebreide argumenteringen²⁹.

22. Het internationaal privaatrecht beoogt aan de hand van *verwijzingsregels* het toepasselijke recht aan te wijzen.

Wanneer zich in een bepaalde aangelegenheid een *vreemd element* voordoet, kan de rechter twee houdingen aannemen.

– Het is mogelijk dat de rechter oordeelt dat de toepassing van elk vreemd recht dient te worden uitgesloten. Deze uitsluiting wordt dan traditioneel gegrond op art. 3, eerste lid, B.W. De geviseerde bepalingen moeten de rust op het grondgebied vrijwaren, de orde handhaven en de veiligheid binnen de staat waarborgen («*wetten van politie en veiligheid*»). Wetten van politie en veiligheid gelden voor al wie zich op het Belgisch grondgebied bevindt. In vele gevallen (cf. arbeidsovereenkomsten) zijn die wetten niet langer de uitzondering maar wel de regel, zodat de toepassing van de verwijzingstechnieken geen functie meer heeft. Dat is ook de reden dat andere auteurs de benaming «*finaliteitsbeschermende wetten*» verkiezen boven de bepaling «*wetten van politie en veiligheid*»³⁰. De rechter oordeelt hier dat er zelfs niet hoeft te worden getoetst, omdat het vreemd recht nooit van toepassing kan zijn. De materie is te belangrijk, er kan bijgevolg geen sprake zijn van IPR in het algemeen.

– De rechter kan zich anderzijds afvragen of het al dan niet aanneembaar is dat hij voor bepaalde rechtsbetrekkingen de toepassing van een vreemde wet in de rechtsorde aanvaardt. Als de rechter zich bereid verklaart vreemd recht

toe te passen, zal dit recht worden bepaald door de *colli-sieregel* (conflictenregel), die de rechter toestaat een aangelegenheid waarin een vreemd element voorkomt, en die vooraf in een rechtscategorie is ondergebracht, door middel van een aanknopingsfactor aan te knopen aan een vreemde rechtsorde. Stelselmatig verwerpen de rechters echter het toepasselijke vreemd recht ten bate van het eigen recht op basis van de Belgische openbare orde. De exceptie van de internationale openbare orde waarborgt het behoud van de meest essentiële bestanddelen van de gevestigde, zedelijke, politieke of economische orde. Deze exceptie dient slechts te worden gehanteerd als, in het kader van de toepassing van de verwijzingsregel, aangevoeld wordt dat de onaanvaardbare gevolgen van een concrete toepassing van vreemd recht dienen te worden geweerd³¹.

23. De exceptie van de internationale openbare orde dient wel duidelijk te worden onderscheiden van de wetten van politie en veiligheid (of de finaliteitsbeschermende wetten). Bij deze exceptie toetst men wel, doch wil men geen toepassing maken van het door de verwijzingsregel aangegeven vreemd recht. Dit onderscheid tussen de exceptie van internationale Belgische openbare orde enerzijds en de finaliteitsbeschermende wetten anderzijds, werd in de recente uitspraak niet altijd precies aangevoeld. De hoven en rechtbanken hanteren in aangelegenheden zoals het arbeidsrecht vaak de exceptie van de internationale Belgische openbare orde, terwijl zij duidelijk niet een toepassing van het door de verwijzingsregel aangewezen vreemd recht in concreto willen afwijzen, maar wel integendeel het vreemd recht als zodanig gewoon willen uitsluiten omdat zij aan de Belgische regel een finaliteitsbeschermende werking toekennen.

Laten we dan terugkeren naar de concrete vraagstelling waar we worden geconfronteerd met een situatie waarin een vreemd element zit verweven, namelijk is de arbeidsovereenkomst aan vreemd recht onderworpen maar wordt ze gelokaliseerd op Belgisch grondgebied.

24. De Belgische rechtspraak³² heeft herhaaldelijk in haar vonnissen en arresten bevestigd dat de bepalingen van de *algemeen verbindend verklaarde CAO's* in België moeten worden beschouwd als «*wetten van politie en veiligheid* in de zin van art. 3, eerste lid, BW», waaruit wordt afgeleid dat alle werkgevers die in België personeel tewerkstellen, de bepalingen ervan moeten naleven³³.

De bepalingen van de betrokken CAO's behoren tot de reglementering van de arbeid en de sociale openbare orde³⁴. Benevens de bescherming van de individuele werk-

²⁶ De vraag naar de bindende kracht en naar de bevoegdheids-sfeer *ratione loci* van collectieve arbeidsovereenkomsten, komt aan bod. Alleen de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten worden in casu in aanmerking genomen, aangezien de problematiek betrekking heeft op het vorderen van bijdragen door een Fonds voor Bestaanszekerheid, dat slechts in het leven kan worden geroepen door een algemeen verbindend verklaarde CAO.

²⁷ Verdrag van Rome van 19 juni 1980 m.b.t. het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten.

²⁸ Raad, rapport, *P.B.C.*, nr. 282/24 van 31 oktober 1980.

²⁹ PARIJS, R. en VAN BUGGENHOUT, C., «*Internationaal privaatrecht, finaliteitbeschermende wetten en arbeidsrecht*», *R.W.*, 1979-80, 2634, en VERHEGGE, G., «*Problemen in verband met de vreemde werkgever in België*», *R.W.*, 1978-79, 1137.

³⁰ PARIJS, R. en VAN BUGGENHOUT, C., «*Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht*», *R.W.*, 1979-80, 2629-2646.

³¹ DE CEUSTER, J. en REICH, S., «*I.P.R.*», *R.W.*, 1978-79, 2537.

³² De rechtspraak in België is praktisch eenduidig ten aanzien van de voorliggende materie qua resultaat; wat de argumenten betreft zijn er soms verschilpunten op te merken. Er wordt niet geaarzeld de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten toepasselijk te verklaren op vreemde werkgevers en werknemers. Deze strekking moet duidelijk voor ogen gehouden worden, wanneer met betrekking tot een concreet geval de nationale rechter wordt gevraagd uitspraak te doen.

³³ Bergen, 29 juni 1977, *J.T.T.*, 1978, 87, en Brussel, 26 oktober 1977, *J.T.*, 1978, 87.

³⁴ Cf. de collectieve arbeidsovereenkomsten uit de bouwsector welke verplichtingen voor de werkgever inhouden betreffende getrouwheids- en weerverletzegels.

nemer, beogen ze de gemeenschap te dienen, de sociale vrede te verzekeren en te bestendigen en de economische en sociale organisatie van het land te waarborgen. Het gaat daarom om bepalingen van politie en veiligheid (anderen kiezen voor de benaming «finaliteitsbeschermende wetten»), zoals bedoeld in art. 3, eerste lid, BW, die gelden voor al wie zich op het Belgisch grondgebied bevindt³⁵. In casu is het territorialiteitsbeginsel gebiedend.

25. Dit principe wordt afgeleid uit de parlementaire voorbereiding van de Wet 5 december 1968 betreffende de CAO's en de paritaire comité's, welke zeer duidelijk zijn. Art. 31 Wet 5 december 1968 bepaalt dat de algemeen verbindend verklaarde overeenkomst bindend is voor alle werkgevers en werknemers die behoren tot het ressort van het paritair orgaan en voor zover zij vallen onder de werkingssfeer zoals deze in de overeenkomst is bepaald. Dergelijke CAO's beheersen in principe alle individuele arbeidsverhoudingen die in België worden uitgevoerd, ongeacht de duur en de context van de tewerkstelling. Het is nochtans mogelijk dat de algemeen verbindend verklaarde CAO niet van toepassing is op sommige werkgevers of werknemers die onder het betrokken paritair orgaan ressorteren. In de CAO kan bijvoorbeeld worden bepaald dat één of meer ondernemingen, sommige gewesten of bepaalde categorieën van personen respectievelijk niet tot de bedrijven, het gebied of de personen behoren waarvoor ze geldt. In die onderstelling kan het KB tot algemeenverbindendverklaring van de CAO niet tot gevolg hebben dat de uitsluiting wordt tenietgedaan: de bindende kracht dekt volkomen de in de overeenkomst bepaalde werkingssfeer. Dat kan evenwel slechts worden toegelaten wanneer aan het beginsel der gelijkheid van burgers die in een zelfde toestand verkeren, wordt vastgehouden. Uitsluitingen zijn met andere woorden slechts toegelaten, wanneer de oorzaken ervan gewettigd zijn.

26. Zo kan het gebeuren dat een CAO in een bedrijfstak voorziet in de oprichting van een fonds dat tot doel heeft een aanvullend rustpensioen te vormen. Nu is het evenwel zo dat verschillende ondernemingen reeds groepsverzekeringen voor hun personeel hebben gesloten. Als de CAO ook op die ondernemingen van toepassing was, zouden deze moeten bijdragen in het fonds en tevens hun groepsverzekering blijven nakomen (of afzien van de voortzetting daarvan, wat nadelig is). Die ondernemingen zouden zwaardere lasten te dragen krijgen dan andere ondernemingen (of zouden in een nadelige toestand worden geplaatst). Dergelijke ondernemingen zouden dan ook uit de werkingssfeer van de CAO kunnen worden gesloten.

27. Wanneer wordt gezegd dat de algemeen verbindend verklaarde CAO geldt voor alle werkgevers en werknemers die behoren tot het ressort van het paritair orgaan waarin de overeenkomst is gesloten (behoudens de toelaatbare beperkingen bepaald in het toepassingsgebied) worden zowel de *vreemdelingen* als de *ationale onderdanen* bedoeld; dit blijkt uit de memorie van toelichting van de CAO-Wet³⁶. Luidens de memorie moet dit enerzijds blijken uit de algemene bewoordingen van art. 31. De CAO tot oprichting van het bestaanszekerheidsfonds wordt algemeen verbindend

verklaard, zodanig dat *alle* werkgevers, Belgische én buitenlandse, die behoren tot het ressort van het betrokken paritaire comité, gebonden zijn door de CAO in kwestie. Buitenlandse firma's aarzelen niet deze stelling te ontkennen. Zij beweren dat zij niet gehouden zijn de betrokken arbeidsvoorwaarden na te leven, die gedefinieerd worden door Belgische collectieve overeenkomsten, wegens het feit dat zij de betwiste overeenkomsten niet hebben gesloten of dat zij niet aangesloten zijn bij een organisatie die de overeenkomst gesloten heeft of ertoe toetgetreden is. De algemeenverbindendverklaring brengt echter juist met zich dat de persoonlijke toepassingsfeer wordt verruimd tot alle werkgevers, ook de ongeorganiseerde of zogeheten derden, en hun werknemers, die behoren tot het ressort van het paritair orgaan³⁷. Alle werkgevers en werknemers van een bepaalde sector zijn door de techniek van de algemeenverbindendverklaring onderworpen aan dezelfde arbeidsvoorwaarden³⁸.

28. Anderzijds is in de memorie bepaald dat het principe van de bindende kracht van de algemeen verbindend verklaarde CAO's zowel voor vreemdelingen als voor nationale onderdanen, voortvloeit uit het feit dat op de niet-naleving van de algemeen verbindend verklaarde overeenkomst strafrechtelijke sancties worden gesteld³⁹, waardoor die overeenkomsten bepalingen van *openbare orde* worden⁴⁰. Na te hebben gesteld dat de verbindend verklaarde overeenkomst, zonder enige mogelijke uitzondering, voor iedere persoon geldt, die op het Belgisch grondgebied de in de overeenkomst bepaalde beroepsarbeid verricht, wordt in de memorie verder opgemerkt dat dergelijke overeenkomsten eveneens van toepassing zijn op de werknemers en werkgevers die onderdaan zijn van een EG-Lid-Staat die op het Belgisch grondgebied een in de genoemde overeenkomst bedoelde beroepsarbeid verrichten. Sommigen menen aan de hand van EG-Verordening 38/64⁴¹ te kunnen staven dat een in ons land werkzame werknemer die onderdaan is van een andere Lid-Staat en op wiens arbeidsovereenkomst het recht van zijn land van herkomst van toepassing was, evenals zijn werkgever niet binnen het toepassingsgebied valt van de bij

³⁷ RAUWS, W., «De binding van de normatieve bepalingen», in *Actuele problemen van het Arbeidrecht*, 3, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 50-53, nr. 123-126.

³⁸ Tot het ressort van het paritair orgaan behoren is hetzelfde als in de bedrijfstak werkzaam zijn. De buitenlandse werkgever zou dus voor het personeel dat hij in België tewerkstelt, de Belgische algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst moeten naleven, louter en alleen omdat hij in België in de betrokken sector werkzaam is.

³⁹ Corr. Rb. Aarlen, 26 maart 1981, *J.T.*, 1981, 173-174. Cf. *infra*.

⁴⁰ De memorie ziet een toepassing van voornoemd principe in het KB 26 maart 1964, waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de beslissing van 18 december 1963 (*B.S.*, 15 april 1964) van het nationaal paritair comité voor de metaalbouw tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden der werklieden tewerkgesteld in ondernemingen die bruggen en metalen gebinten monteren. In hoofdstuk I, art. 1, van de bijlage van genoemd besluit staat, wat het toepassingsgebied van deze collectieve arbeidsovereenkomst betreft, inderdaad uitdrukkelijk vermeld dat de beslissing eveneens toepasselijk is op de in België met buitenlands personeel werkende buitenlandse ondernemingen.

⁴¹ De EG-Verordening nr. 38/64 werd vervangen door de EG-Verordening 1612/68 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *P.B.C.*, nr. 257/2 van 19 oktober 1968.

³⁵ Rb. Tongeren, 9 maart 1977, onuitgeg. A.R. nr. 596, in zake Menten e.a. t/ Openbaar Ministerie.

³⁶ *Gedr.St., Senaat*, 1966-67, nr. 148, 23 februari 1967, 36-38.

KB algemeen verbindend verklaarde CAO. Deze interpretatie werd echter als strijdig beschouwd met het principe dat *politiewetten en de wetten van openbare orde van territoriale aard zijn en absoluut bindend zijn voor iedere persoon die zich op het grondgebied bevindt van de Staat die ze heeft uitgevaardigd*. Dienaangaande wordt in de memorie van toelichting tot slot ook opgemerkt dat dit principe van territorialiteit en absolute binding derhalve ook geldt voor de algemeen verbindend verklaarde CAO's ⁴².

29. Voor de tewerkstelling van Belgische werknemers in het buitenland hanteert men bovendien steeds het principe dat de dwingende bepalingen van de vreemde wetgeving op hen toepasselijk zijn, aangezien de meeste bepalingen uit het arbeidsrecht van dwingende aard zijn, daar het de bescherming van de werknemers beoogt. Wanneer een Belgische werkgever bv. in Nederland werknemers tewerkstelt, dient hij het Nederlands (collectief en individueel) imperatief arbeidsrecht na te leven. A contrario moeten buitenlandse ondernemingen die vreemde werknemers in België tewerkstellen, bijgevolg ook de dwingende bepalingen van de Belgische arbeidswetgeving naleven.

30. Niet alleen de rechtspraak, maar ook de rechtsleer heeft zich voornamelijk achter een dergelijke redenering geschaard. De Belgische auteurs verklaren zich doorgaans akkoord met de toepassing van algemeen verbindend verklaarde CAO's op alle arbeidsverhoudingen die in België worden uitgevoerd, zonder enige uitzondering. De argumentaties die zij voeren tot staving van die stelling, zijn vaak erg uiteenlopend. Sommige verdedigen dat politiewetten en wetten van openbare orde van territoriale aard zijn en absoluut bindend zijn voor iedere persoon die zich bevindt op het grondgebied van de Staat die ze heeft uitgevaardigd. Dat de algemeen verbindend verklaarde CAO bindend is zowel voor vreemdelingen als voor nationale onderdanen, wordt afgeleid uit de bewoordingen van art. 31 CAO-Wet en uit de strafsancities ⁴³ die worden gesteld op het niet-naleven van de algemeen verbindend verklaarde CAO's ⁴⁴. Andere auteurs huldigen hetzelfde principe, maar putten hun verklaring uit «de primauteit van de collectieve wilsuiting boven de individuele wilsuiting in de arbeidsverhouding wat een finaliteit op zichzelf is binnen onze rechtsorde, die zo essen-

tieel is en derhalve zo moet worden beschermd, dat geen enkele afwijking aanvaardbaar is» ⁴⁵. In een iets meer genuanceerde opvatting wordt de algemeen verbindend verklaarde CAO eerst beschouwd als «strikt territoriaal geldig» indien ze materies regelt die behoren tot «de politie en veiligheid» ⁴⁶. Ten slotte is in de rechtsleer de preciezere stelling terug te vinden, die een territoriale toepassing van de algemeen verbindend verklaarde CAO's voorstelt, maar de geldingskracht blijft erkennen van een buitenlandse CAO in zoverre die gunstiger is voor de werknemer dan de Belgische ⁴⁷.

Bij wijze van besluit mag gesteld worden dat, ondanks de verschillende aangevoerde steunpunten van de Belgische auteurs, zij zich haast allemaal scharen achter de conclusie van onze rechtspraak dat buitenlandse ondernemingen onze CAO's dienen te respecteren ⁴⁸.

31. Door te steunen op het argument van wetten van politie of veiligheid, of finaliteitsbeschermende wetten, wordt duidelijk gemaakt dat de rechtbanken en auteurs in ons land van oordeel zijn dat het vreemd recht niet *kan* worden toegepast in deze materie ⁴⁹; zij plaatsen zich met andere woorden buiten het IPR.

⁴⁵ PARIJS, R. en VAN BUGGENHOUT, C., «Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht», *R.W.*, 1979-80, 2629-2646.

⁴⁶ PIRON, J., «Eléments de réflexion pour la solution des conflits de lois en matière de droit du travail», *Droit social*, 1966, 212.

⁴⁷ DE VOS, L., *Le problème des conflits de lois*, Brussel, Bruylant, 1978, 624.

⁴⁸ Cf. X., «Nederlandse aannemers kunnen niet onder de Belgische CAO uit», *Cobouw*, 1978, nr. 78, 16. «Nederlandse aannemers, die met Nederlandse werknemers, in België werken uitvoeren, dienen er rekening mee te houden dat zij ruim 11% van de brutolonen dienen te besteden aan de aankoop van 'weerverlet- en getrouwheidszegels' (...) Van Belgische zijde legt men de Nederlandse ondernemingen niets in de weg als de Nederlandse CAO wordt toegepast, voor zover die maar beter is dan de Belgische. Alleen de aankoop van verlet- en getrouwheidszegels gaat boven de Nederlandse CAO uit. En omdat de Belgische CAO per koninklijk besluit van 27 juli 1977 algemeen verbindend is verklaard met terugwerkende kracht tot 1 oktober 1976 zullen dus ook de Nederlandse ondernemingen verlet- en getrouwheidszegels dienen te betalen.»

⁴⁹ Wet 5 december 1968; *Gedr.St.*, *Senaat*, 1966-67, nr. 148, 23 februari 1967, 37; DELHUVENNE, M., «Algemene problematiek van de individuele arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, o.l.v. BLANPAIN, R., CAD, lbl., II, 1, 196-197; DUMORTIER, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 304-336; BLANPAIN, R., «De collectieve arbeidsovereenkomst» in *Arbeidsrecht*, o.l.v. BLANPAIN, R., III, lbl., 13, 64-75; vraag nr. 54 van de heer Lindemans van 31 januari 1978, antwoord van de heer Spitaels, *Bull. Vr. en Antw.*, *Senaat*, 1977-78, 21 februari 1978, nr. 20, 776; brief Ministerie Tewerkstelling en Arbeid, Corr. Rb. Aarlen, 26 maart 1981, *J.T.T.*, 1981, 173-174; antwoord op de parlementaire vraag gesteld door de heer Wintgens van 26 februari 1990; *Gedr.St.*, *Senaat*, 1966-67, nr. 148, 36-38; DE CEUSTER, J., «Het arbeidsrechtelijk statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 2, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 448 en 486; BOCKSTEINS, H. en BUYSENS, H., «De afbakening van de bevoegdheden van de paritaire comités», in *Actuele problemen van arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 139 e.v.; PARIJS, R. en VAN BUGGENHOUT, C., «Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht», *R.W.*, 1979-80, 2630-2646.

⁴² BLANPAIN, R., «De collectieve arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, BLANPAIN, R. (red.), lbl., III, 13, 58, en VERHEGGE, G.J.Y., «Problemen in verband met de vreemde werkgever in België», *R.W.*, 1978-79, 1144-1145.

⁴³ *Contra*: DUMORTIER, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1981, 323: «Uit het strafrechtelijk karakter van een rechtsregel kan niet automatisch het toepassingscriterium van die bepalingen worden afgeleid. In dat opzicht is het verbinden van strafsancities aan de overtreding van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten analoog met het klasseren van sommige wetsbepalingen als 'wetten van politie en veiligheid'. De kwalificatie als 'strafwet' of als 'politieregeling' zegt op zichzelf nog niets over de vraag naar en wanneer de regel toepassing vindt. Dat is een afzonderlijke vraag.» De auteur verklaart zich wel akkoord met het feit dat de koppeling van strafsancities aan de niet-naleving van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, de bepalingen van deze laatste automatisch promoveert tot publiekrechtelijke voorschriften in internationaalprivaatrechtelijke zin.

⁴⁴ BLANPAIN, R., «De collectieve arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, BLANPAIN, R. (red.), lbl., III, 13, 58.

32. *Eerste nuancerings*: de Belgische rechtspraak en rechtsleer onderschrijven het principe dat de algemeen verbindend verklaarde CAO's, die in België moeten worden gesloten zonder enige mogelijke uitzondering gelden voor iedereen die op het Belgisch grondgebied de in de overeenkomst bepaalde beroepsarbeid verricht, ongeacht de duur en de context van de tewerkstelling⁵⁰. Hoewel wij de mening zijn toegedaan dat die stelling in beginsel niet foutief is, moet toch benadrukt worden dat het «onvoorwaardelijk» hanteren van voormeld beginsel uit den boze is. Een nuancerings is dan ook noodzakelijk⁵¹. De vraag naar de toepassingscriteria moet worden gesteld. CAO's kunnen immers zelf hun toepassingsgebied vastleggen en bepaalde werknemers uitsluiten. Zo kunnen algemeen verbindend verklaarde CAO's moeilijk worden toegepast zonder dat tevens een toepassing wordt gemaakt van de Belgische sociale-zekerheidswetgeving of de arbeidsovereenkomstenwet. De inhoud van de CAO laat dan duidelijk verstaan dat ze praktisch gezien niet toegepast kan worden op werknemers die niet eveneens onder toepassing vallen van een of andere Belgische wet.

Zulke situaties treft men bijvoorbeeld aan bij algemeen verbindend verklaarde CAO's, die in aanvullende sociale-zekerheidsvoordelen voorzien, die hun toepassingsgebied beperken tot werknemers die de wettelijke uitkeringen van de Belgische sociale zekerheid genieten. Bij wijze van voorbeeld verwijzen wij hier naar de CAO van 23 november 1978⁵² over de bestaanszekerheid voor arbeiders van de bouwnijverheid, waarin het recht op aanvullende vergoeding slechts bestond, voor zover de werknemers werkloosheidsuitkeringen ontvingen. Deze bepaling vereist niet uitdrukkelijk dat de werknemer op grond van een Belgische wet recht heeft op werkloosheidsuitkeringen; niettemin laat de geest en de context van de CAO daarover weinig twijfel bestaan. De betrokken overeenkomst heeft tot doel de werknemers een bescherming of voordeel te geven welke die van de wettelijke bepalingen aanvullen. Als de wet niet van toepassing is, is uiteraard de aanvulling zinloos⁵³. Het standpunt dat algemeen verbindend verklaarde overeenkomsten die in België worden gesloten, zonder enige uitzondering toegepast moeten worden op elke beroepsarbeider, kan dus op *praktische bezwaren* stoten. Alleen wanneer uit de letter of de geest van de algemeen verbindend verklaarde CAO niet blijkt dat de toepassing van de Belgische sociale zekerheid wordt voorondersteld, geldt de overeenkomst voor alle werknemers die werkzaam zijn in België en waarvan de

werkgever binnen het ressort van het paritair orgaan valt⁵⁴. Wordt de toepassing van de sociale zekerheid in ons land wel voorondersteld, dan heeft de algemeen verbindend verklaarde overeenkomst dezelfde toepassingsbegrenzing als de sociale-zekerheidswetgeving. Daartoe dient men de EG-Verordening 1408/71 te raadplegen, waarmee wel rekening gehouden moet worden om te weten of de buitenlandse werknemer, werkzaam in België, al dan niet valt onder de Belgische sociale zekerheid. Dat is een andere kwestie dan de vraag of de verordening van toepassing is met betrekking tot de in CAO's voorkomende aanvullende regelingen.

33. *Tweede nuancerings*: hoewel bovenstaande nuancerings absoluut noodzakelijk en terecht is, bestaat het gevaar dat het onderscheid tussen de *financieringsbepalingen* en de *uitkeringsbepalingen uit het oog wordt verloren*. De zojuist geschetste stellingen liggen alle in het vlak van de *uitkeringen*. Een CAO kan immers bepaalde werknemers uit haar toepassingsgebied uitsluiten⁵⁵. Het gaat hier echter om een *bijkomende voorwaarde*⁵⁶ die is gesteld om de aanvullende sociale-zekerheidsprestaties te verkrijgen, wat betekent dat buitenlandse werknemers die in België zijn gedetacheerd in ondernemingen die ressorteren onder een paritair comité waarin soortgelijke afspraken zijn gemaakt, geen aanvullende uitkeringen kunnen genieten, tenzij zij ooit onder het Belgische sociale-zekerheidsrecht vallen. Dit doet weliswaar geen afbreuk aan het principe van de *financiering*. Op dat punt zijn de statuten van de fondsen steeds zeer duidelijk, waar wordt bepaald dat een fonds wordt gestijfd door de bijdragen verschuldigd door de werkgevers die ressorteren onder het toepassingsgebied van het betrokken paritair comité, waardoor zowel de Belgische als de buitenlandse werkgevers worden bedoeld. Buitenlandse werkgevers die tijdelijk hun werknemers in België tewerkstellen, ontsnappen bijgevolg niet aan de betaling van bijdragen aan het fonds, hoewel hun

⁵⁰ «Zelfs indien werkgever en werknemer krachtens de regels van het internationaal privaatrecht overeenkomen om hun arbeidsverhouding te onderwerpen aan een andere dan de Belgische wetgeving» (meegedeeld door het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid).

⁵¹ DUMORTIER, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 304-377.

⁵² Algemeen verbindend verklaard bij K.B. 25 januari 1979, *B.S.*, 15 mei 1979.

⁵³ Talrijke protesten van buitenlandse werkgevers tegen de bijdragebetaling berusten op de redenering dat, wanneer men niet aan de Belgische sociale-zekerheidswetgeving onderworpen is, men evenmin onderworpen is aan de aanvullingen erop.

⁵⁴ Hier dient opgemerkt te worden dat Fondsen voor Bestaanszekerheid buiten de aanvullende sociale-zekerheidsvoordelen ook sociale voordelen toekennen zonder dat deze een aanvulling vormen op de bestaande sociale-zekerheidswetgeving. In dat geval zou er geen enkel probleem rijzen (bv. jaareindepremie). Wanneer bijvoorbeeld een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst bepaalt dat de arbeiders die zich 's morgens normaal aanbieden op het werk, maar niet aan hun arbeid kunnen beginnen door het slechte weer, van hun werkgevers een vergoeding krijgen gelijk aan 50% van hun loon, terwijl de andere 50% wordt uitgekeerd door een Fonds voor Bestaanszekerheid via weerverletzegels, dan belet niets dat die regeling wordt toegepast op alle werknemers die werkzaam zijn in België en waarvan de werkgever ressorteert onder het paritair comité in wiens schoot de overeenkomst is gesloten.

⁵⁵ Bv.: — «om recht te hebben op aanvullende werkloosheidsuitkeringen dienen de werkliden en de werksters gerechtigd te zijn op de werkloosheidsuitkeringen met toepassing van de wetgeving op de werkloosheidsverzekering»;

— «om recht te hebben op ziekte-, bevallings- en ongevallenbijslagen moeten de werknemers gerechtigd zijn op de primaire vergoedingen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering met toepassing van de wetgeving terzake».

⁵⁶ Het vastleggen van het toepassingsgebied en het uitsluiten van werknemers is veeleer een *bijkomende voorwaarde* die door de sociale partners kan worden gesteld, dan een *uitzondering* op het principe van de toepasselijkheid van een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst.

werknemers niet blijken te voldoen aan de gestelde voorwaarden om de uitkeringen ook effectief te genieten.

IV. Praktische naleving van de bijdragebetaling

34. Is men eenmaal tot de conclusie gekomen dat de gedetacheerde werknemers in ons land de desbetreffende CAO-bepalingen dienen na te leven, dan moet vervolgens worden nagegaan of de modaliteiten van berekening en betaling der bijdragen niet zodanig zijn vastgesteld dat de buitenlandse werkgevers bij de feitelijke naleving op bepaalde moeilijkheden stuiten.

35. Enerzijds argumenteren vreemde werkgevers vaak dat de CAO in praktijk niet kan worden toegepast zonder ook tegelijk de Belgische sociale-zekerheidswetgeving toe te passen. Dat is het geval wanneer de aanvullende vergoeding wordt berekend volgens de wettelijke sociale-zekerheidsuitkering die de werknemer geniet⁵⁷. Opnieuw worden we echter geconfronteerd met een argument dat gericht is op de uitkeringen en niet op de bijdragebetaling. Het betreft nogmaals een bijkomende voorwaarde die de sociale partners kunnen stellen.

36. Anderzijds is vaak als reden voor de niet-betaling door buitenlandse werkgevers opgeworpen, dat deze werkgevers de aan hun arbeiders uitgekeerde lonen niet bij de RSZ aangeven⁵⁸, dat de artikelen van de statuten van de fondsen veelal bepalen dat de bijdragen worden berekend op basis van de aan de RSZ aangegeven brutobezoldigingen, dat bijgevolg de werkgevers niet hoeven te betalen.

De nakoming van de plichten van de buitenlandse werkgevers veronderstelt dan dat deze werkgevers kennis hebben van de CAO's en dat zij zelf het initiatief nemen om hun bijdragen aan het fonds te storten.

Toch zijn de buitenlandse werkgevers, in principe, niet uitgesloten van de bijdrageverplichting, aangezien de koninklijke besluiten waarbij de beslissingen van de paritaire comités algemeen verbindend worden verklaard, van openbare orde zijn. Evenwel is het zo dat de berekenings- en betalingsmodaliteiten niet altijd op zo'n manier zijn vastgesteld dat ze zonder meer voor buitenlandse ondernemingen kunnen worden toegepast.

Wanneer bijdragen worden geïnd door de RSZ, dan zullen de modaliteiten van berekening en betaling zo vastgesteld zijn dat ze niet effectief kunnen worden toegepast voor gedetacheerde werknemers, aangezien zij niet onder de Belgische sociale-zekerheidsregeling vallen, en omdat de RSZ zich niet bevoegd acht uitsluitend bijdragen in te vorderen voor een FBZ. Ten slotte zijn er geen bijdragen verschuldigd wanneer ze moeten worden berekend *op de bij de RSZ aangegeven lonen*, aangezien er voor een gedetacheerde werknemer geen lonen worden aangegeven.

Dat buitenlandse werkgevers die hier alleen met gedetacheerde werknemers werken, geen aangifte der brutolonen hoeven te doen bij de RSZ, betekent niet automatisch dat

deze toestand kan worden aangevoerd om geen bijdragen verschuldigd te zijn. Praktische moeilijkheden mogen immers de toepassing van het principe niet in de weg staan.

V. Dubbele bijdrageverplichting

37. Buitenlandse bedrijven die hun werkgevers detacheren, beklagen zich erover dat zij vaak bijdragen dienen te betalen én aan de nationale systemen én aan de regelingen van de ontvangende Lid-Staat. Bij tijdelijke detachering van buitenlandse werknemers naar België, kunnen die werknemers op basis van EG-Verordening 1408/71 onderworpen blijven aan hun nationale sociale zekerheid; of de gedetacheerden ook onderworpen blijven aan hun conventionele regelingen, hangt volledig af van wat het contract daaromtrent bepaalt. In bepaalde gevallen zal een dubbele onderwerping niet vermeden kunnen worden. Om geen rechten te verliezen in het land van oorsprong moeten vaak de aanvullende stelsels ginder worden voortgezet. Wat de onderhavige zaak betreft, is de toetreding tot het aanvullend stelsel van sociale zekerheid in de ontvangende Lid-Staat, namelijk België, verplicht gesteld bij CAO. Wanneer buitenlandse werkgevers die tijdelijk werknemers in België detacheren, bijdragen verschuldigd zijn aan het FBZ, en in hun land van herkomst bestaat een soortgelijke aanvullende regeling waaraan de buitenlandse werkgever is onderworpen, zijn de bijdragen in België voor hen dan geen dubblure?

38. In een parlementaire vraag werd gepeild naar⁵⁹ de plannen van de minister in dat verband: «Worden er geen maatregelen overwogen om die dubbele bijdrageverplichtingen te vermijden?». Het antwoord daarop steunde opnieuw hoofdzakelijk op het argument van de Belgische openbare orde en op de opportuniteit van deze bepalingen. Er werd besloten dat aan de regeling niets diende te worden gewijzigd, enerzijds omdat de buitenlandse werkgever vooraf op de hoogte zou zijn van de verplichtingen die op hem rusten; anderzijds omdat de regel van de wederkerigheid zou gelden: Belgische werkgevers die in het buitenland personeel tewerkstellen, moeten eveneens de openbare-ordebepalingen van het vreemde arbeidsrecht toepassen op hun werknemers, wat volgens de minister een logisch beginsel is, aangezien het beoogt alle arbeiders werkzaam in een bepaald land gelijk te behandelen.

VI. Europeesrechtelijke benadering van het probleem

39. Daar er vanuit nationaalrechtelijk oogpunt geen enkel juridisch bezwaar bestaat tegen een bijdrageverplichting voor buitenlandse werkgevers die hier tijdelijk personeel tewerkstellen, kan men zich afvragen of deze bijdrageverplichting in overeenstemming is met het Europees Gemeenschapsrecht.

40. De bijdrageverplichting vloeit voort uit de toepasbaarheid van Belgische CAO's op hier tijdelijk tewerkgestelde buitenlandse werknemers. De vraag rijst of het Europees Gemeenschapsrecht er zich tegen verzet dat een Lid-Staat zijn CAO's van toepassing verklaart op hier tijdelijk te-

⁵⁷ Anders is het wanneer de sociale voordelen uitgedrukt worden in vaste bedragen.

⁵⁸ Voor in België gedetacheerde werknemers in de zin van artikel 14 EG-Verordening 1408/71 zijn geen RSZ-loonaangiften voorgeschreven daar de betrokken ondernemingen niet onderworpen zijn aan de Belgische sociale-zekerheidsregeling.

⁵⁹ Vraag nr. 54 van de heer Lindemans van 31 januari 1978, antwoord van de heer Spitaels, *Bull.Vr. en Antw., Senaat*, 1977-78, 21 februari 1978, nr. 20, 776.

werkgestelde buitenlandse werknemers. Deze vraag is belangrijk in verband met de vrees dat de interne markt aanleiding zou geven tot sociale dumping mochten de Lid-Staten hun CAO's niet van toepassing kunnen verklaren op hier tewerkgestelde buitenlandse werknemers⁶⁰.

Die vrees is ongegrond daar volgens het Hof van Justitie «het Gemeenschapsrecht de Lid-Staten niet belet, hun wetgeving of CAO's tussen de sociale partners te laten gelden voor een ieder die – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever, evenmin als het Gemeenschapsrecht de Lid-Staten verbiedt, de inachtneming van deze voorschriften met passende middelen af te dwingen⁶¹».

Het Gemeenschapsrecht belet dus niet dat Lid-Staten hun CAO's van toepassing verklaren, het verplicht hun echter niet dit wél te doen. Hierin ligt misschien een verklaring waarom in Duitsland het Bundesarbeitsgericht op tijdelijk in Duitsland gedetacheerde Joegoslavische werknemers de Duitse CAO's niet van toepassing verklaarde⁶².

A. Algemene regelen inzake het vrij verkeer van dienstverrichting

41. Maar vormt die verplichting tot betaling van bijdragen geen belemmering van het vrij verkeer van dienstverrichting zoals verwoord in de artikelen 59 en 60 EG-Verdrag?

Artikel 59 EG-Verdrag bepaalt dat «de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap in de loop van de overgangperiode geleidelijk worden opgeheven ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht». Volgens artikel 60 impliceert deze vrijheid van dienstverrichting «dat de dienstverrichter voor de uitvoering van zijn dienstverrichting zijn werkzaamheden tijdelijk in het land waar de dienst wordt verricht kan uitoefenen onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt⁶³».

De statuten van de FBZ's voldoen aan die voorwaarde daar ze onder dezelfde voorwaarden van toepassing zijn zowel op Belgische werkgevers als op buitenlandse werkgevers die op begunstiging volgens de EG-regels inzake vrij personen- en dienstenverkeer aanspraak maken.

Op het eerste gezicht is er weliswaar geen sprake van discriminatie maar dat wil niet zeggen dat die bijdrageverplichting niet in strijd zou kunnen zijn met het vrij verkeer van dienstverrichting. Dit vrij verkeer omvat immers «alle vereisten welke aan de verrichter van de dienst, met name op

grond van zijn nationaliteit of de omstandigheid dat hij geen vaste woonplaats heeft in de Staat waar de dienst wordt verricht, worden gesteld en niet gelden voor op het nationale grondgebied gevestigde personen dan wel geëigend zijn de werkzaamheden van de dienstverrichter anderszins te beletten of te hinderen⁶⁴».

42. Het enkele feit dat een nationale wetgeving, of de statuten van de FBZ's zoals weergegeven in een CAO, in gelijke mate van toepassing is op zowel eigen onderdanen als op buitenlanders die op begunstiging volgens de EG-regels inzake vrij personen- en dienstenverkeer aanspraak maken, wil niet zeggen dat deze statuten zomaar verenigbaar zijn met de regels van het EG-Verdrag⁶⁵. Het kan immers zijn dat die gelijke behandeling juist voor buitenlanders zo bijzonder nadelig werkt dat hiermee het recht op grensoverschrijdende dienstverlening daadwerkelijk wordt beperkt of verhindert⁶⁶.

Dit vrij verkeer van dienstverrichting kan slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang⁶⁷ en die voor iedereen gelden die is gevestigd op het grondgebied van de Staat waar de dienst wordt verricht, voor zover zulke eisen nodig zijn om te voorkomen dat de dienstverrichter door zijn vestiging in een andere Lid-Staat aan de greep van die regels ontsnapt⁶⁸.

Een regel kan het vrij verkeer van dienstverrichting maar belemmeren, als hij gerechtvaardigd is door het algemeen belang en objectief noodzakelijk blijkt te zijn om dit algemeen belang te waarborgen of objectief noodzakelijk is om hen die door de dienstverlening worden geraakt, te beschermen⁶⁹.

Met deze laatste voorwaarde wil men nagaan of de getroffen maatregel voor het bereiken van dat algemeen belang onontbeerlijk is⁷⁰. Zijn de gekozen middelen evenredig met het nagestreefde doel of m.a.w. «kan hetzelfde resultaat niet

⁶⁰ Zie bv. schriftelijke vraag nr. 1511/90 van Europees parlements lid Raymond Dury aan de Raad, *P.B.C.*, nr. 283/46 van 12 november 1990; zie ook FIERSTRA, M.A., noot onder H.v.J., 27 maart 1990, zaak 113/89 (Rush Portuguesa), *S.E.W.*, 1991, 198.

⁶¹ H.v.J., 27 maart 1990, zaak 113/89 (Rush Portuguesa), *Jur.*, 1990, 1417; zie ook H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *Jur.*, 1982, 223, r.o. 14.

⁶² Bundesarbeitsgericht van 4 mei 1977, AP nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau = *ArbuR* 1978 S. 94. Op dit arrest kwam in Duitsland zeer veel kritiek. Sommige auteurs wijzen er trouwens op dat dit arrest bij een volgende zaak waarschijnlijk herroepen zal worden.

⁶³ Eigen cursivering.

⁶⁴ H.v.J., 3 december 1974, zaak 33/74 (Van Binsbergen), *Jur.*, 1974, 1299, r.o. 10; H.v.J., 26 november 1975, zaak 39/75 (Coenen), *Jur.*, 1975, 1547, r.o. 6.

⁶⁵ TIMMERMANS, C.W.A., noot onder H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *S.E.W.*, 1983, 317.

⁶⁶ TIMMERMANS, C.W.A., noot onder H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *S.E.W.*, 1983, 317.

⁶⁷ Het is aan het Hof van Justitie dat de vraag toekomt of een regeling doelstellingen betreft die gerechtvaardigd zijn in het algemeen belang. Zo werd in de rechtspraak van het Hof van Justitie o.m. als algemeen belang aanvaard: de naleving van de beroepsregels, de regels betreffende de organisatie, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid, de verhoudingen op de arbeidsmarkt, de bescherming van de consument als verzekeringnemer en verzekerde, het uitbaten en behoud van de historische, artistieke en culturele rijkdommen en wat betreft de sociale zekerheid: de sociale bescherming van de werknemer.

⁶⁸ H.v.J., 3 december 1974, zaak 33/74 (Van Binsbergen), *Jur.*, 1974, 1299, r.o. 12.

⁶⁹ Zie H.v.J., 3 december 1974, zaak 33/74 (Van Binsbergen), *Jur.*, 1974, 1299, r.o. 14; H.v.J., 18 januari 1979, zaken 110 en 111/78 (Van Wesemael), *Jur.*, 1979, 35, r.o. 29; H.v.J., 4 december 1986, zaak 205/84 (Commissie tegen Duitsland), *Jur.*, 1986, 3755, r.o. 27; H.v.J., 26 februari 1991, zaken 154/89 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.*, 1991, 359, r.o. 14).

⁷⁰ KEUR, D.J., noot onder H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *S.E.W.*, 1982, 723.

door minder beperkende voorschriften worden bereikt ⁷¹»

43. In een aantal arresten heeft het Hof van Justitie deze voorwaarde verder geconcretiseerd. Hoewel een maatregel zijn rechtvaardiging vindt in het algemeen belang en de gekozen middelen daaraan evenredig zijn, is de maatregel toch niet objectief noodzakelijk wanneer de doelstellingen reeds gerealiseerd zijn door vergelijkbare regels gesteld in de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd ⁷².

«Als grondbeginsel van het Verdrag kan het vrij verrichten van diensten echter slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van bedoelde Staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de Lid-Staat waar hij is gevestigd ⁷³.»

Een maatregel kan gerechtvaardigd zijn vanuit het algemeen belang en op een algemene wijze worden toegepast, er dient rekening gehouden te worden met soortgelijke maatregelen in het land van vestiging daar de maatregel in het land waar de dienst wordt verricht, geen onnodige herhaling mag zijn van de maatregel in de staat van vestiging.

Samenvattend «zijn derhalve de eisen slechts verenigbaar met de artikelen 59 en 60 van het EG-Verdrag, indien er op het gebied van de hierbedoelde werkzaamheid dringende redenen van algemeen belang blijken te bestaan die beperkingen op het vrij verrichten van diensten rechtvaardigen, dat belang niet reeds wordt gewaarborgd door de regels van de Staat waar de dienstverrichting is gevestigd en hetzelfde resultaat niet door minder beperkende voorschriften kan worden bereikt ⁷⁴.»

44. Over de sociale zekerheid kreeg het Hof in het verleden een boeiende zaak te behandelen die een zekere gelijkenis vertoont met het voorliggende probleem.

In die zaak hadden Franse ondernemingen tijdelijk werknemers ingezet in Luxemburg. Tijdens de uitvoering van het werk waren deze werknemers verplicht aangesloten bij de Franse sociale zekerheid, risico ouderdom en invaliditeit. De Franse werkgevers betaalden zo bijdragen in Frankrijk die hun werknemers dekten tegen die risico's, zowel voor hun werkzaamheden in Frankrijk als voor hun tijdelijke werkzaamheden in het buitenland. Overeenkomstig de Luxemburgse wetgeving dienden de werkgevers ook bijdragen te betalen voor het werk uitgevoerd in Luxemburg. Franse werkgevers moesten zo, in tegenstelling tot de in Luxemburg gevestigde werkgevers, tweemaal sociale-zekerheidsbijdra-

gen betalen. Enig extra sociale-zekerheidsvoordeel leverde dit hun in Luxemburg niet op.

Volgens het Hof gaat het hier om een vorm van verkapt discriminatie. Met het discriminatieverbod zoals verwoord in de artikelen 59 en 60 EG-Verdrag bedoelt men immers niet alleen het openlijk verschil tussen eigen onderdanen of ingezetenen en anderen, maar ook iedere vorm van verkapt discriminatie die, hoewel gebaseerd op schijnbaar neutrale criteria, in feite tot hetzelfde resultaat leidt. «Dit is het geval bij een nationale regeling als de onderhavige wanneer de verplichting voor de op nationaal grondgebied gevestigde dienstverleners om het werkgeversaandeel van de sociale-zekerheidsbijdragen te betalen, wordt uitgebreid tot in een andere Lid-Staat gevestigde werkgevers die op grond van de wetgeving van die staat voor dezelfde werknemers en dezelfde arbeidstijdvakken reeds overeenkomstige bijdragen verschuldigd zijn. Onder deze omstandigheden betekent de regeling van de Staat waar de dienst wordt verricht economisch immers een extra last voor in een andere Lid-Staat gevestigde werkgevers, die zwaarder worden belast dan op nationaal grondgebied gevestigde dienstverleners ⁷⁵.»

Er is dus sprake van een materiële discriminatie die het vrij verkeer van dienstverrichting belemmert. Onder materiële discriminatie verstaat men de ongerechtvaardigde gelijke behandeling van ongelijke gevallen ⁷⁶. Dit is juist wat hier gebeurt.

Onderdanen uit andere Lid-Statens aan een identieke behandeling onderwerpen als de eigen onderdanen is feitelijk discriminerend indien zij in eigen land al aan soortgelijke en vergelijkbare vereisten hebben voldaan. Hun positie is immers niet vergelijkbaar met die van ondernemingen die voor de eerste maal aan zulk een regeling worden onderworpen ⁷⁷. In casu vergeet men in acht te nemen dat deze buitenlandse ondernemingen zich in een andere positie bevinden omdat ze al bijdragen hebben betaald ⁷⁸. Daar deze ondernemingen tweemaal bijdragen dienen te betalen, beïnvloedt dit de kosten van de in Luxemburg uit te voeren werken en daardoor de concurrentiepositie, daar de mededinging wordt vervalst.

45. Het Hof gaat op zoek of er geen rechtvaardiging in het algemeen belang kan worden gevonden voor die ongelijkheid. Het antwoord hierop is negatief.

Een rechtvaardiging in het algemeen belang, zoals de sociale bescherming van de werknemers, ontbreekt hier daar de in Luxemburg verschuldigde werkgeversbijdrage geen enkel sociale-zekerheidsvoordeel oplevert.

Het Hof oordeelde dat de regeling waarbij aan werkgevers een sociale bijdrage wordt opgelegd, zonder dat enig sociaal

⁷¹ H.v.J., 4 december 1986, zaak 205/84 (Commissie tegen Duitsland), *Jur.*, 1986, 3755, r.o. 29; H.v.J., 26 februari 1991, zaken 154/89 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.*, 1991, 659, r.o. 15; zie ook TIMMERMANS, C.W.A., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 449; KEUR, D.J., noot onder H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *S.E.W.*, 1982, 722-723.

⁷² H.v.J., 28 november 1978, zaak 16/78 (Choquet), *Jur.*, 1978, 2293, r.o. 8; H.v.J., 18 januari 1979, zaken 110 en 111/79 (Van Westmael), *Jur.*, 1979, 35, r.o. 30; H.v.J., 18 maart 1980, zaak 52/79 (Debauxe), *Jur.*, 1980, 833, r.o. 12; H.v.J., 4 december 1986, zaak 205/84 (Commissie tegen Duitsland), *Jur.*, 1986, 3755, r.o. 27.

⁷³ H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *Jur.*, 1981, 3305, r.o. 17.

⁷⁴ H.v.J., 26 februari 1991, zaken 154/89 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.*, 1991, 659, r.o. 15.

⁷⁵ H.v.J., 3 februari 1982, zaak 62 en 63/81 (Seco), *Jur.*, 1982, 223, r.o. 9.

⁷⁶ TIMMERMANS, C.W.A., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 444; KEUR, D.J., noot onder H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *S.E.W.*, 1982, 725; TIMMERMANS, C.W.A., noot onder H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *S.E.W.*, 1983, 317; LEENEN, A. Th. S., «Recente ontwikkelingen op het terrein van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening binnen de EEG», *S.E.W.*, 1985, 551.

⁷⁷ TIMMERMANS, C.W.A., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 451.

⁷⁸ KEUR, D.J., noot onder H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *S.E.W.*, 1982, 724.

voordeel voor de werknemers daartegenover staat, die trouwens zijn vrijgesteld van de verzekering in de Lid-Staat waar de dienstverrichting plaatsvindt en voorts gedurende het hele tijdvak der werkzaamheden verplicht aangesloten blijven bij het sociale-zekerheidsstelsel van de Lid-Staat waar de werkgever is gevestigd, redelijkerwijs niet gerechtvaardigd kan worden geacht uit hoofde van het algemeen belang in verband met de sociale bescherming van de werknemers ⁷⁹.»

B. Toepassing van de algemene regelen inzake het vrij verkeer van dienstverrichting op de voorliggende problematiek

46. In dit hoofdstuk willen we onderzoeken in hoeverre de statuten van de FBZ's verenigbaar zijn met de principes van het vrij verkeer van dienstverrichting zoals hierboven uiteengezet. We gaan hierbij uit van de situatie dat een buitenlandse werkgever die hier tijdelijk werkzaamheden komt verrichten, voor zijn werknemers is aangesloten bij een buitenlands stelsel van sociale zekerheid en is onderworpen aan de arbeidswetgeving van die staat. In concreto kunnen er zich twee situaties voordoen.

47.a). Het kan zijn dat in het buitenlands stelsel en in de buitenlandse wetgeving in soortgelijke maatregelen voorzien wordt ten gunste van de werknemers als die welke we terugvinden in de statuten van de fondsen voor bestaanszekerheid, en de buitenlandse werkgever hiervoor bijdragen betaalt. Deze buitenlandse werkgevers betalen dus reeds in hun land van vestiging bijdragen voor maatregelen op het vlak van het weerverlet, de anciënniteit, aanvullende uitkeringen van sociale zekerheid...

Indien deze werkgevers hier tijdelijk werkzaamheden komen verrichten en hier *ook* bijdragen dienen te betalen voor die aanvullende voordelen, is dit een beperking van het vrij verkeer van dienstverrichting. Deze dubbele bijdrageverplichting betekent immers voor deze werkgevers een extra last en brengt een kostenverhoging met zich mee die deze werkgevers in een nadelige situatie brengt ten aanzien van zijn concurrenten die in België gevestigd zijn.

Er is dus sprake van een ongelijke behandeling omdat men vergeet rekening te houden met de omstandigheid dat reeds voor dezelfde werknemers en dezelfde tijdvakken bijdragen zijn betaald in het buitenland.

Bestaat er echter geen rechtvaardiging voor die ongelijkheid in het algemeen belang? Vormt de sociale bescherming van de werknemer niet zo'n rechtvaardiging?

Een eenvormig antwoord kunnen we daarop niet geven. Wij zijn immers genoodzaakt een onderscheid te maken al naargelang het voordeel dat voorkomt in de statuten van de fondsen voor bestaanszekerheid.

Zo wordt immers voor het verkrijgen van sommige van die voordelen, nl. de aanvullende voordelen van sociale zekerheid, expliciet of impliciet de voorwaarde gesteld dat de betrokken werknemers onderworpen zijn aan het Belgisch wet-

telijk stelsel van sociale zekerheid. Buitenlandse werknemers die hier tijdelijk werkzaamheden komen verrichten, zijn niet onderworpen aan dit stelsel en kunnen deze voordelen dus nooit verkrijgen.

Dit brengt ons inziens met zich mee dat er geen sprake is van een doel van algemeen belang. Terwijl het verkrijgen van voordeliger sociale-zekerheidsvoordelen als een doel van algemeen belang kan worden beschouwd ten aanzien van de eigen onderdanen, kan dit niet worden gezegd van de hier tijdelijk tewerkgestelde werknemers van buitenlandse werkgevers. Deze werknemers krijgen, ondanks de bijdragebetaling door de werkgever, geen enkel extra voordeel van sociale zekerheid.

Anders is het met de voordelen als bv. de weerverletzegels en de getrouwheidszegels. *Principieel* kunnen deze voordelen immers wel worden verkregen door hier tijdelijk tewerkgestelde werknemers van buitenlandse ondernemingen. Nergens wordt expliciet of impliciet de voorwaarde gesteld dat men onderworpen dient te zijn aan de Belgische wetgeving. *Principieel*, daar we in het volgend punt zullen zien dat de wijze van toekenning het werkelijk belang van deze voordelen sterk beperkt.

Beperkingen van het vrij verkeer van dienstverrichting moeten echter niet alleen een rechtvaardiging vinden in het algemeen belang, ze moeten tevens objectief noodzakelijk zijn om de bescherming van de erdoor beoogde belangen te verzekeren.

Zoals we reeds eerder zagen, is het Hof van oordeel dat een maatregel, hoewel hij zijn rechtvaardiging vindt in het algemeen belang en de gekozen middelen daaraan evenredig zijn, niet objectief noodzakelijk is wanneer de doelstellingen reeds gerealiseerd zijn door vergelijkbare regels in de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd ⁸⁰.

In de voorliggende situatie gingen we juist van de onderstelling uit dat de betrokken werkgevers reeds in hun land van vestiging bijdragen betaalden in het kader van vergelijkbare maatregelen ⁸¹.

De vraag rijst dan of het beoogde belang niet reeds wordt gewaarborgd door vergelijkbare maatregelen gesteld in het land van vestiging van de dienstverrichter? ⁸² Levert deze

⁸⁰ Zie rechtspraak aangehaald in voetnoot 72.

⁸¹ Een zelfde redenering kunnen we volgen bij de aanvullende voordelen van sociale zekerheid. Zoals we echter aanhaalden, is het voldoende erop te wijzen dat er geen rechtvaardiging in het algemeen belang bestaat.

⁸² Essentiële voorwaarde hierbij is dat het om *vergelijkbare* maatregelen dient te gaan. Uit de rechtspraak valt moeilijk af te leiden wat men juist dient te verstaan onder het begrip «vergelijkbaarheid». Zo wijst Timmermans in zijn bijdrage («Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 433) erop dat het Hof deze vergelijkbaarheidstoets wel eens achterwege laat. Wel lijkt men te vereisen dat er inderdaad sprake is van materieel gelijke waarborgen voor het objectief gerechtvaardigde algemeen belang. Een beperkende interpretatie is dan ook geboden en het is niet voldoende dat beide regelingen dezelfde materie behandelen (zie conclusie advocaat-generaal VerLoren van Themaat onder H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *Jur.*, 1982, 241). De regels moeten dan ook qua effect of niveau van bescherming gelijkwaardig zijn (TIMMERMANS, C.W.A., noot onder H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *S.E.W.*, 1983, 317). Het spreekt vanzelf dat hier een zware taak is weggelegd voor de nationale rechter om na te gaan of het gaat om vergelijkbare maatregelen.

⁷⁹ H.v.J., 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81 (Seco), *Jur.*, 1982, 223, r.o. 10. Volgens het Hof is een dergelijke verplichting evenmin gerechtvaardigd wanneer zij ten doel had de economische voordelen ongedaan te maken die de werkgever had kunnen halen uit de sociale situatie in de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht.

cumulatie van bijdrageverplichting wel een extra voordeel op voor betrokkene? In die omstandigheden is de bijdrageplicht niet objectief te rechtvaardigen.

48.b) De situatie kan zich echter ook voordoen dat de betrokken buitenlandse werkgevers in hun land van vestiging niet onderworpen zijn aan een bijdrageverplichting met het oog op het verkrijgen van aanvullende voordelen.

Daar de buitenlandse werkgevers dus geen soortgelijke bijdrageplicht kennen in hun land van vestiging, berokkent de bijdrageplicht in België deze werkgevers geen competitief nadeel ten aanzien van de hier gevestigde werkgevers.

Op het eerste gezicht zou er dus geen sprake zijn van een ongelijke behandeling en een verplichting in strijd met het vrij verkeer van dienstverrichting.

Dit doet echter geen afbreuk aan de regel dat beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting hun rechtvaardiging moeten vinden in het algemeen belang en noodzakelijk dienen te zijn om de bescherming van de erdoor beoogde belangen te verzekeren⁸³. Elke maatregel dan ook die het vrij dienstenverkeer belemmert, ook indien hij niet zou discrimineren, noch op een formele noch op een materiële wijze, zal in strijd zijn met artikel 59 EG-Verdrag indien men niet kan aantonen dat er een doel van algemeen belang bestaat⁸⁴.

Wat de aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid betreft, volstaan we met te verwijzen naar hetgeen we hierboven hebben gezegd. Daar de betrokken werknemers deze

voordelen niet kunnen genieten, is er geen sprake van een rechtvaardiging in het algemeen belang.

Wat de andere voordelen betreft, zoals de weerverletzings- en de getrouwheidszegels, bestaat er geen bezwaar tegen een bijdrageverplichting. Er is een rechtvaardiging in het algemeen belang, nl. de sociale bescherming van de werknemers.

Wel dient men na te gaan of deze maatregel objectief noodzakelijk is om de bescherming van het beoogde belang te verzekeren. Zijn de lasten voor de werkgevers evenredig met het beoogde doel, namelijk de sociale voordelen die de werknemers werkelijk genieten. Kan hetzelfde resultaat niet met minder beperkende voorschriften worden bereikt? In het bijzonder impliceert dit bv. dat men de bijdragebetaling dient aan te passen aan de duur van de verrichte werkzaamheden in België. Nu worden volgens de statuten van de FBZ's de bijdragen voor deze voordelen berekend op basis van de brutolonen verdiend gedurende een heel jaar. Het gaat echter niet op bijdragen voor een heel jaar te betalen als men bv. maar gedurende zes maanden in België werkzaamheden heeft verricht. In zulk een situatie dient men dan ook de bijdragen te verminderen pro rata temporis van de duur van de werkzaamheden.

Tevens moet men ernaar streven de regeling voor de toekenning van deze voordelen aan deze werknemers aan te passen aan hun hoedanigheid van tijdelijk werknemer. Zo moet de werkgever de bijdragen driemaandelijks betalen terwijl de betaling van de weerverletzings- en de getrouwheidszegels pas geschiedt enkele maanden na afloop van de referentieperiode die één jaar bedraagt. Dit kan dus veel later zijn dan de verrichte werkzaamheden en beperkt dus sterk het reële belang van deze voordelen.

VII. Conclusie

49. In deze bijdrage hebben we willen aantonen dat, hoewel er vanuit Belgisch positiefrechtelijke kant geen bezwaar bestaat tegen een bijdrageplicht voor de buitenlandse werkgevers die hier tijdelijk personeel tewerkstellen, er toch zware bedenkingen bestaan of deze bijdrageplicht verenigbaar is met het vrij verkeer van dienstverrichting zoals verwoord in het EG-Verdrag. Het laatste woord is natuurlijk aan het Hof van Justitie.

Ilse BRIERS

Wetenschappelijk medewerkster U.I.A.

Yves JORENS
Assistent U.I.A.

⁸³ Conclusie advocaat-generaal W. VAN GERVEN, onder H.v.J., 27 maart 1990, zaak 113/89 (Rush Portuguesa), *Jur.*, 1990, 1430-1431.

⁸⁴ KEUR, D.J., noot onder H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *S.E.W.*, 1982, 725; zie ook de conclusie van advocaat-generaal LENZ, C.O. onder H.v.J., 26 februari 1991, zaken 154/89 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.*, 1991, 659, 671. Er bestaat een grote discussie rond de vraag of artikel 59 EG-Verdrag enkel een opheffing van discriminatie op grond van nationaliteit beoogt of dat dit verder gaat en er zoiets bestaat als een verplichting tot het in het leven roepen van een gemeenschappelijke markt voor diensten. Op deze discussie willen we niet ingaan, maar ons inziens dient artikel 59 zo opgevat te worden dat dit artikel niet uitsluitend een discriminatieverbod beoogt maar ruimer een gemeenschappelijke dienstenmarkt (KEUR, D.J., noot onder H.v.J., 17 december 1981, zaak 279/80 (Webb), *S.E.W.*, 1982, 718 e.v.; LEENEN, A.Th.S., «Recente ontwikkelingen op het terrein van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening binnen de EEG», *S.E.W.*, 1985, 549 e.v.; KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 1987, 290 e.v.).

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

26 MAART 1993

Voorzitter : de h. Martens

Openbaar ministerie : de h. Ten Kate

Advocaten : mrs. Gielen en Van Engelen

Merk – Verbod van gebruik van een merk in de andere verdragsstaten

Het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken of de Eenvormige Beneluxwet op de merken belet niet dat de rechter van een der verdragsstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13, A, BMW een verbod oplegt van gebruik van een merk in de andere verdragsstaten.

B.V. M. t/ M. Inc.

Conclusie van de advocaat-generaal Th. B. ten Kate

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft in het in cassatie voor deze Raad hangende kort geding tussen MB International B.V. (eiseres tot cassatie) en Mattel Inc. (verweerster in cassatie) bij arrest van 21 februari 1992, nr. 14.454, *RvdW*, 1992, 61, *IER*, 1992, nr. 24, p. 89 (Quaadvlieg), de volgende vraag van uitleg aan uw Hof gesteld :

«Staat het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken of de BMW eraan in de weg dat de rechter van een der verdragsstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13, A, BMW een verbod oplegt van gebruik van een merk in de andere verdragsstaten?»

2. Een overeenkomstige vraag had de Hoge Raad uw Hof reeds voorgelegd bij arrest van 24 november 1989, nr. 13.689, *NJ*, 1992, 404 (DWFV), *BIE*, 1991, nr. 23, p. 86 (*IER*, 1990, p. 8, 9). Aangezien die zaak werd geschikt, is het echter niet tot beantwoording door uw Hof gekomen.

3. Uw Hof is met betrekking tot beantwoording van deze vraag bevoegd. Ik meen dat dit geen nadere toelichting behoeft.

4. De Hoge Raad heeft zijn vraag negatief geformuleerd. Dit is een gevolg van het oordeel naar Nederlands recht van de Hoge Raad dat de Hoge Raad tot uitgangspunt nam :

«Het onderdeel (de voor de Hoge Raad dienende klacht ; t. K.) gaat kennelijk, en terecht, ervan uit dat er in het algemeen geen reden is om aan te nemen dat naar Nederlands recht geen plaats is voor een veroordeling om iets na te laten wanneer het gaat om een verplichting die buiten Nederland moet worden nagekomen (HR, 24 nov. 1989, *RvdW*, 1989, 267, rov. 4.2.4 ; zie onder 2 hierboven, t.K.)»

5. Dit oordeel is – ook al is het beperkt tot «in het algemeen» – tot debat in de literatuur in Nederland aanleiding geweest, omdat het – grof samengevat – de soevereiniteit van de Staat waartoe de rechter behoort, te buiten zou gaan althans omdat het te ruim en te ongenueanceerd zou zijn geformuleerd.

6. In deze vorm staat dit oordeel evenwel voor uw Hof niet ter discussie. De inzet is, wat te dien aanzien met betrekking tot een door de rechter opgelegd verbod, gebaseerd op art. 13, A, BMW, binnen het Beneluxgebied geldt. In de nadere toelichting (dupliek) onder 1, d, aan de Hoge Raad is in dit verband naar het opstel van Brinkhof in *BIE*, 1991, 66-69 (waarop onder meer een weerwoord van Hoyng in de *Schoordijkbundel*, 1991, 111 e.v.) verwezen, waarin een bundeling van bezwaren als hierboven onder 5 bedoeld is te vinden. Het lijkt mij echter de vraag, of Brinkhof in dit opstel beoogde zich ook te keren tegen zodanig oordeel binnen het Beneluxgebied, nu hij in zijn opstel onder 6 aantekende : «Om te beginnen moeten we vaststellen dat de rechten wel op supra-nationaal niveau (Brinkhof spreekt hier over de Overeenkomst van Madrid en het Europees Octrooiverdrag ; t.K.) verkregen worden, maar dat het blijft gaan om nationale rechten, waarmee ik – om lange omschrijvingen te vermijden – ook de Beneluxrechten aanduid.» Deze laatste lijken daarmee voor het opstel buiten de haken geplaatst, te meer als men dit citaat leest in verband met zijn opmerking in de aanhef onder 1 : «Sinds 1971 resp. 1975 kan men in de Benelux zelfs geen exclusief nationaal merk- resp. modelrecht meer krijgen : het depot leidt tot een merk- en modelrecht in de drie Beneluxlanden.»

7. Voor de feiten mag ik naar het arrest van de Hoge Raad verwijzen.

8. De toelichting met betrekking tot de onderhavige kwestie is in de voorafgaande instanties mager geweest, nu het debat slechts zijdelings daarop gericht was en de munitie kennelijk verschoten was in het geding, dat tot het onder 2 hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad leidde. Ik mag korthedshalve verwijzen ook voor gegevens (waarbij Martens in Kluwers losbladige *Onrechtmatige Daad*, VI, nr. 55 onder 7 en 8 en Westenbergh onder III, nr. 64a) naar de aan dat arrest voorafgaande conclusie onder 6.4 van Franx en de noot onder 3-18 van Verkade in de *NJ*-publicatie van dat arrest, waarin ook de vindplaatsen van de discussie naar aanleiding van dat arrest te vinden zijn, waarna nog Brinkhof m.b.t. inbreuken op buitenlandse octrooien in *BIE*, 1992, 279-282.

9. Volledigheidshalve vermeld ik nog, dat het Hof te 's-Hertogenbosch in zijn thans bestreden arrest van 28 februari 1990 het gegeven verbod tot het gehele Beneluxgebied uitstrekte (door bekrachtiging van het desbetreffende oordeel van de President) in navolging van het Hof te 's-Gravenhage, 4 februari 1988, *IER*, 1988, nr. 18, p. 50 – dat tot het onder 2 hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad aanleiding gaf –, doch dat het Hof te 's-Gravenhage in andere samenvatting bij arrest van 11 februari 1988, *N.J.*, 1989, 150, deze mogelijkheid verwierp. Uit gepubliceerde rechtspraak blijkt overigens dat een verbod het gehele Beneluxgebied betreffende geregeld gegeven is, zonder dat daaraan veel woorden zijn gewijd. Ik verwijs naar de in de toelichting aan uw Hof van de zijde van Mattel onder 7 opgegeven vindplaatsen.

10. In de toelichting aan de RIB (Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad) van 12 februari 1959 (15-1) – deze stukken bevinden zich gebundeld in het Nederlandse folio,

inhoudende de Goedkeuringswet van 25 april 1963, Stb. 221 van het Benelux-Verdrag met de E.W. (Eenvormige Wet) – wordt direct in de aanvang uiteengezet, dat de in de Benelux Economische Unie tot stand gebrachte eenheid tot bevordering van een vrij goederenverkeer op het Benelux-gebied de totstandkoming van een eenvormige merkenwet met daarin vervatte verdere voorzieningen vergt. Daarbij wordt in de derde alinea ter adstructie van de zonder deze voorzieningen bestaande situatie onder meer aangetekend: «... De inbreukactie houdt de grenzen gesloten, niettegenstaande de afschaffing van de administratieve hinderpalen voor de handel.»

11. Deze toelichting heeft onder VI, p. 7, 8 van het Voorlopig Verslag van 31 maart 1960 (15-2) tot kritische vragen geleid, die – naar ik begrijp – in het Verslag van 21 november 1960 (15-3) onder B, p. 4-6 in hoofdzaak door de drie Regeringen werd gepareerd. De inzet van de eenvormige wet is te verhinderen dat justitiabelen door gebruikmaking van de Merkenwetten de geslechte muren op de Beneluxmarkt weer zouden optrekken.

12. Het gemeenschappelijk commentaar van de Regeringen op het verdrag en de wet geeft op overeenkomstige wijze deze strekking van verdrag en wet weer. Men zie de Basisteksten V, Toelichting, p. 26 e.v., ook opgenomen in Sch. en J. 47 (1987).

13. Zoals ook van de zijde van Mattel aan uw Hof bij haar toelichting in het verlengde hiervan is aangevoerd, strekt elk nieuw merkrecht als gevolg van één depot zich dwingend over het gehele Beneluxgebied uit (Gemeenschappelijk Commentaar, Regeringen, Basisteksten V, Toelichting, p. 28, Sch. en J. 47, 1987, p. 5; vgl. bijv. art. 5, lid 3, en art. 13 E.W.), terwijl rechtsovergang van een merk slechts geldig is, als deze overgang – uit welke oorzaak ook – op het gehele Beneluxgebied betrekking heeft (art. 11 E.W.).

14. Hierbij past eveneens de bijzondere bevoegdheidsregeling in de E.W., artt. 14, 27 en 37, op de naleving waarvan de rechter ingevolge art. 37 onder B E.W. ambtshalve moet letten en die in afwijking van het EEX (men zie art. 57) gelden. Vgl. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse IPR* (1990), nr. 253, p. 246. Ook al bestaat er binnen de tot bevoegdheid leidende, aangerekte aanknopingspunten keuzevrijheid (BenGH, 16 december 1991, nr. A90/4, NJ, 1992, 596, met noot DWFV; *R.W.*, 1991-92, 742; *IER*, 1992, nr. 12, p. 57 met noot SdW), toch gaat de regeling ervan uit dat een merkenkwestie voor het gehele gebied door de eenmaal aangewezen rechter wordt beslist. De regeling van de vernuchtheid leidt ook daartoe. Vgl. r.o. 10-17 van het zojuist aangehaalde arrest van uw Hof.

15. Zoals ik in mijn conclusie (onder 65) vóór BenGH, 20 december 1988 A87/6, AB, 1990, 488 (Simon), gepubliceerd in *Jurisprudentie BenGH* (deel 9) 1988, 147 e.v., met betrekking tot het visum betoogde, is in het Beneluxverband voor de eenmaking van het recht niet gekozen voor supranationale organen maar voor een bevordering dat de nationale organen tot eenvormige beslissingen komen, die het gehele Beneluxgebied betreffen. Soms is daartoe samenwerking tussen de Beneluxstaten nodig. Men zie BenGH, 15 april 1992, nr. A90/5, NJ, 1992, 618 (AHJS), *R.W.*, 1992-93, 112.

16. Daartegen bestaat in dit geval ook daarom minder bezwaar, omdat het toepasselijke materiële recht eenvormig is en het BenGH via de prejudiciële procesgang waakt voor eenvormige toepassing. Ik attendeer er in dit verband op dat

de vraag van uitleg met name beperkt is tot de gevallen, waarin het gaat om een rechterlijk verbod dat op grond van de BMW gegeven is. Daarbuiten mist uw Hof bevoegdheid.

17. Hieraan doet niet af dat in art. 9 van het Benelux-Verdrag de rechtstreekse erkenning van het gezag van gewijsde van op de BMW steunende beslissingen slechts heeft vastgelegd voor de nietigverklaring van een merkendepot met toepassing van de artt. 14 of 27 BMW.

18. Het gaat hierin om een afwijking van art. 11 van het op 28 maart 1925 te Brussel tussen België en Nederland gesloten Bevoegdheids- en Executieverdrag (KB 29 juli 1929, Stb., 405), dat overigens intussen te dezer zake door het EEX (men zie art. 55) is vervangen. Vgl. Braun op de onder 21 hieronder aan te halen plaats. Gezien art. 57 van dit laatste Verdrag, wijkt art. 9 thans daarvan af. Vgl. Gielen-Wichers Hoeth, *Merkenrecht* (1992), nr. 306, p. 115/116, en nr. 989, p. 407. Het in het hieronder nader aan te halen Gemeenschappelijk Commentaar bedoelde Verdrag te Brussel van 24 november 1961, *Trb.*, 1961, 163, heeft geen rechtskracht gekregen, omdat Luxemburg niet geratificeerd heeft en dit ook niet meer zal doen, naar men mag aannemen.

19. Blijkens het Gemeenschappelijk Commentaar van de Regeringen heeft men genoemde afwijking van de voormelde Verdragen tot deze kernbeslissingen in het stelsel van de E.W. beperkt op grond van de volgende motivering: «Het is in het bijzonder noodzakelijk te waarborgen dat de rechtsituatie op het gebied van het bestaan, de geldigheid en de eigendom van merkenrechten in de drie landen dezelfde is. De eenheid van het Beneluxregister vereist dat de hierover gevallen rechterlijke uitspraken, zonder andere controle dan een formele verificatie van hun bestaan en definitief karakter, in de drie landen gezag van gewijsde bezitten en in het Beneluxregister worden ingeschreven». Men zie Basisteksten V, Toelichting, p. 30, 31, Sch. en J. 47 (1987), p. 15, 16.

20. Gelet op verschil in procesrecht, waaronder begrepen bewijsrecht, werd de toch al beperkte toets in de exequaturprocedure van bedoeld verdrag, thans dus EEX, wel toelaatbaar geacht wanneer het om toewijzing van andere vorderingen op basis van de BMW zou gaan, zoals in het geval van een verbodsvordering op basis van art. 13A BMW. Vgl. bv. Komen-Verkade, *Het nieuwe Merkenrecht* (1990), nr. 150, p. 124; Van Dijk, *Merkenrecht in de Beneluxlanden* (1973), 18 onder 4.

21. In dit licht gaat m.i. te ver de aantekening van Braun in *Précis des marques de produits et de service* (1987) onder 578, p. 472: «En revanche, en raison du principe de la souveraineté des Etats, une décision statuant sur la ressemblance entre une marque et un signe et interdisant par exemple l'usage de ce dernier, ne pourra étendre ses effets au-delà du territoire national dans lequel elle a été rendue, ce type d'action n'ayant pas été expressément visé par l'article 9 de la Convention Benelux en matière de marques de produits.»

22. De vraag van uitleg betreft overigens niet het effect van een rechterlijk oordeel als in de vraag omschreven, doch de inhoud van dat oordeel. Zoals Franx in zijn onder 8 hierboven bedoelde conclusie reeds ter voorkoming van misverstand opmerkte, is «de hier bedoelde vraag niet een erkennings- of executievraag... Het gaat er slechts om of de Nederlandse rechter bevoegd is tot het verbieden van bepaalde handelingen buiten Nederland. Zo ja, dan zou het verrichten van zulke handelingen in beginsel onrechtmatig zijn en grond voor het verbeuren van een dwangsom...» Zo ook Van

Nieuwenhoven Helbach in Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II, 8e druk (1989), nr. 775, p. 307. Voor wat het daarbij toe te passen recht betreft, verwijs ik hierbij volledigheidshalve naar het hierboven onder 16 aangegetekende.

23. Wanneer het verbod door de Nederlandse rechter tussen Nederlandse partijen is gegeven, zal executie of erkenning in één van de beide andere Beneluxlanden in de regel zelfs niet aan de orde komen.

24. Op de hierboven uiteengezette gronden, ontleend aan de historie van het Verdrag en de daarbij behorende E.W., de strekking daarvan en het stelsel van het Verdrag en de E.W., kom ik tot de conclusie dat het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken of de E.W. (BMW) niet eraan in de weg staat dat de rechter van een der verdragsstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13A E.W. (BMW) een verbod oplegt van gebruik van merk (ook) in de andere verdragsstaten.

25. Ik meen zelfs dat deze mogelijkheid binnen het Beneluxgebied op de bedoelde gronden positief in de bepalingen van het Verdrag en de E.W. besloten ligt. In deze zin onder meer ook: Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, *Kort begrip van het recht betreffende de intellectuele eigendom* (1984), 105; Van Nieuwenhoven Helbach op de hierboven onder 22 aangehaalde plaats; Gielen-Wichers Hoeth, *Merkenrecht* (1992), nrs. 989-994, p. 407-409. Braun op de hierboven onder 21-23 besproken plaats lijkt in andere zin te oordelen. Ik verwijs verder naar de hierboven reeds aangehaalde literatuur.

De conclusie strekt tot beantwoording van de door de Hoge Raad der Nederlanden gestelde vraag van uitleg in de zin als hierboven onder 24 weergegeven.

Arrest

1. Gelet op het op 21 februari 1992 door de Hoge Raad uitgesproken arrest in de zaak nr. 14.454 van «MB International B.V.» – verder te noemen MB – gevestigd te Utrecht, tegen de vennootschap naar het recht van (één van de Staten van) de Verenigde Staten van Noord-Amerika, «Mattel Inc.» – verder te noemen Mattel – gevestigd te Hawthorn, California, Verenigde Staten van Noord-Amerika, waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechthof aan dit Hof een vraag van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (BMW) wordt gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de Hoge Raad de feiten waarop de door het Hof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt omschrijft:

«Mattel heeft in mei 1989 een daartoe ontworpen speciale doos, waarin de zogenaamde Barbie-pop voor winkerverkoop wordt verpakt, als merk gedeponereerd bij het Benelux-Merkenbureau. Na constatering dat MB een pop, genaamd 'Sindy', in een verpakking, soortgelijk aan die welke Mattel als merk heeft gedeponereerd, op de markt brengt, heeft Mattel MB wegens merkinbreuk in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Breda. Overeenkomstig Mattels daartoe strekkende vordering heeft de President in kort geding MB veroordeeld om met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis het gebruik van de met het be-

treffende merk van Mattel overeenstemmende verpakking van de pop 'Sindy' in de Benelux te staken en gestaakt te houden. Deze beslissing is door het Hof bekrachtigd.»

3. Overwegende dat de Hoge Raad de volgende vraag van uitleg van de BMW heeft gesteld:

«Staat het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken of de BMW eraan in de weg dat de rechter van een der verdragsstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13A BMW een verbod oplegt van gebruik van een merk in de andere verdragsstaten?»

...

Ten aanzien van het recht

7. Overwegende dat artikel 13 onder A BMW, voor zover inhoudende dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen het daar omschreven inbreukmakend gebruik, niet de strekking heeft de merkhouders in enigerlei opzicht te beperken in het aanwenden van de middelen die het toepasselijke nationale recht hem in zodanig geval toekent;

8. dat overigens geen enkele bepaling van het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken of de BMW, noch het systeem van de BMW, noch enig beginsel van het Beneluxmerkenrecht de rechter van een van de verdragsstaten belet volgens het nationale toepasselijke recht een verbod van zodanig merkinbreukmakend gebruik in de andere verdragsstaten uit te spreken;

9. Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat de vraag van de Hoge Raad ontkennend moet worden beantwoord;

ARBITRAGEHOF

11 MAART 1993

Voorzitter: de h. Debaedts

Rapporteurs: de hh. De Grève en de Wasseige

Advocaat: mr. Bonneville loco Lagasse

Rechterlijke organisatie – Toegang tot de magistratuur – Gerechtelijke stage – Voorwaarde – Grondrechten – Non-discriminatie

De ervaring aan de balie heeft specifieke kenmerken die men niet aantreft in onverschillig welke ervaring die is opgedaan in andere juridische beroepen.

Het staat aan de wetgever te oordelen dat ten aanzien van hen die van geen bijzondere beroepservaring doen blijken om tot de magistratuur toe te treden, die specifieke kenmerken doorslaggevend zijn voor de toelating tot de gerechtelijke stage.

Van V.

Arrest nr. 23/93

I. Onderwerp van het beroep

Bij verzoekschrift van 23 januari 1992, aan het Hof toegezonden bij ter post aangetekende brief van dezelfde datum en ter griffie ontvangen op 24 januari 1992, wordt beroep tot vernietiging ingesteld van de woorden «bij de balie een stage van ten minste één jaar doorgemaakt hebben en» in artikel 259^{quater}, § 1, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zoals ingevoegd door artikel 20 van de wet van 18 juli

1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werking van magistraten (*Belgisch Staatsblad*, 26 juli 1991), door Filip Van V., ambtenaar.

IV. In rechte

Over het belang van de verzoeker

1.B. De verzoeker, die licentiaat in de rechten is en geen balie-ervaring heeft, zou rechtstreeks en ongunstig in zijn situatie kunnen worden geraakt door een bepaling die voorschrijft dat om tot gerechtelijk stagiair te worden benoemd, de kandidaten, benevens het slagen voor een vergelijkend toegangsexamen voor de gerechtelijke stage, een stage bij de balie van ten minste één jaar moeten hebben doorgebracht.

De verzoeker doet bijgevolg van het rechtens vereiste belang blijken.

Over de grond van de zaak

2.B.1. Blijkens de parlementaire voorbereiding beoogt de wet van 18 juli 1991 «(...) de toegang tot de magistratuur objectief te laten verlopen en de opleiding van magistraten te verbeteren» (*Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 974/2, p. 5).

De wet voorziet daartoe in twee toegangswegen tot de magistratuur: de eerste staat open voor degenen die zich vanaf het begin aangetrokken voelen tot een carrière in de magistratuur; zij kunnen deelnemen aan een vergelijkend toelatingsexamen voor de gerechtelijke stage, na afloop waarvan zij tot magistraat kunnen worden benoemd (*Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1565/10, p. 19).

De tweede toegangsweg staat open voor kandidaten met specifieke beroepservaring die dienen te slagen voor een niet-vergelijkend examen inzake de beroepsbekwaamheid (*Ibid.*, p. 20).

2.B.2. Het onderhavige beroep heeft betrekking op de eerste toegangsmogelijkheid tot de magistratuur en beoogt de vernietiging van de voorwaarde dat een kandidaat, vooraleer hij tot gerechtelijk stagiair kan worden benoemd, ten minste één jaar stage bij de balie moet hebben doorgebracht.

Volgens de verzoeker is het gehanteerde criterium niet pertinent ten aanzien van het nagestreefde doel, te weten over een bekwaame en gedepolitiseerde magistratuur te beschikken.

2.B.3. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van 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, met inachtneming van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en van de aard van de in het geding zijnde beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel.

2.B.4. In het oorspronkelijk ontwerp van wet dat de wet van 18 juli 1991 is geworden, werd geen voorwaarde gesteld inzake voorafgaande ervaring om tot gerechtelijk stagiair te worden benoemd (*Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 974/1, p. 34).

Tijdens de bespreking in de senaatscommissie werd een aantal amendementen ingediend die ertoe strekten de be-

noeming tot gerechtelijk stagiair afhankelijk te maken van een voorafgaande stage aan de balie. De volgende argumenten werden daartoe aangevoerd:

– «(...) magistraten zonder de minste ervaring in een advocatenpraktijk, (zullen) moeilijk de rol van medewerkers van het gerecht aanvoelen en begrijpen. Zulks is niet alleen een voordeel voor de advocatuur, maar is ook voor de rechtsonderhorigen en de goede rechtsbedeling van groot belang.» (*Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 974/2, p. 169)

– «Een dergelijke ervaring (aan de balie) is onmisbaar om beter kennis te maken met de rechtsonderhorigen en met wat tegenstrevers in een rechtsgeding betekenen.» (*Ibid.*)

– «De praktijk aan de balie is nog altijd de beste voorbereiding tot de magistratuur. Het ware ongewenst en gevaarlijk, het gros van de magistraten te laten bestaan uit mensen die nooit advocaat zijn geweest, geen enkele zaak hebben gepleit, en die kant van het rechtsleven niet kennen, doch die recht van de universiteit in de stage en zo in de magistratuur terechtkomen.» (*Ibid.*)

Bij die gelegenheid stelde de minister van Justitie dat de Regering heeft «gemeend dat de toegang tot de magistratuur zo breed mogelijk moest worden opengesteld en zulks inzonderheid op grond van sociale overwegingen». De minister was van oordeel dat «één jaar balie het maximum is dat kan worden vereist» (*Ibid.*, p. 171).

Uit de parlementaire bespreking blijkt voorts dat het vereiste van de stage aan de balie geen voorwaarde is voor deelneming aan het vergelijkend toelatingsexamen, maar wel een voorwaarde voor de benoeming tot gerechtelijk stagiair. (*Ibid.*, p. 172; *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1565/10, p. 22).

2.B.5. De ervaring aan de balie heeft specifieke kenmerken die men niet aantreft in onverschillig welke ervaring die is opgedaan in andere juridische beroepen. Die specifieke kenmerken houden verband met het feit dat ervaring aan de balie bij uitstek de kennis meebrengt van een aantal realiteiten waarmee ook een magistraat in zijn ambtsuitoefening wordt geconfronteerd, wat hem onder meer een beter inzicht verleent in het verloop van de gerechtelijke procedure en in de rol van de medewerkers van het gerecht, een betere kennis bijbrengt van de rechtsonderhorigen, een beter aanvoelen van het begrip van het tegensprekelijk debat en van het beginsel van de rechten van de verdediging.

Het staat aan de wetgever te oordelen dat ten aanzien van hen die van geen bijzondere beroepservaring doen blijken om tot de magistratuur toe te treden, die specifieke kenmerken doorslaggevend zijn voor de toelating tot de gerechtelijke stage.

2.B.6. De opwerping van de verzoeker dat de loutere inschrijving op de lijst van de advocaten-stagiairs geen enkele zekerheid biedt dat de stage ook daadwerkelijk wordt volbracht, kan niet worden aanvaard, aangezien de rechter die de grondwettigheid van wettelijke normen dient te beoordelen, geen rekening kan houden met de omstandigheid dat de bij de wet en de reglementen voorgeschreven verplichtingen niet effectief zouden worden nagekomen.

2.B.7. De overweging dat tijdens de gerechtelijke stage in een praktische opleiding voor kandidaat-magistraten wordt voorzien, doet geen afbreuk aan de pertinentie van de voorwaarde om over voorafgaande balie-ervaring te beschikken. Immers, de wetgever kon redelijkerwijze van oordeel zijn dat, gelet op de specificiteit van de ervaring aan de balie,

die ervaring noodzakelijk is, zelfs indien naderhand een grondige opleiding in het kader van de gerechtelijke stage moet worden doorgemaakt.

2.B.8. Uit de omstandigheid dat voor benoemingen van magistraten ingevolge het slagen voor het niet-vergelijkend examen inzake de beroepsbekwaamheid niet noodzakelijk voorafgaande ervaring bij de balie is vereist, kan niet worden afgeleid dat de voorwaarde die die ervaring wel oplegt aan kandidaten die tot magistratuur kunnen worden benoemd op basis van de gerechtelijke stage, waartoe een vergelijkend examen toegang geeft, niet pertinent zou zijn.

Immers, voormelde twee toegangswegen tot de magistratuur zijn, wat het vereiste van een voorafgaande balie-ervaring betreft, niet vergelijkbaar, gelet op het verschillend doel dat de wetgever voor ogen stond. De toegang tot de magistratuur op basis van het vergelijkend toelatingsexamen voor de gerechtelijke stage staat open voor diegenen die zich van meet af aan tot een loopbaan in de magistratuur aangetrokken voelen. Er wordt enkel vereist dat, behoudens het slagen voor een toelatingsexamen, één jaar stage aan de balie werd gelopen. De toegang tot de magistratuur op basis van het examen inzake beroepsbekwaamheid daarentegen staat open voor kandidaten met de door de wet vereiste ervaring. Indien die kandidaten met een belangrijke beroepservaring zouden worden verplicht zich aan de balie in te schrijven, zou het risico bestaan dat de tweede toegang tot de magistratuur louter theoretisch wordt, terwijl de wetgever juist die beroepservaring in aanmerking heeft willen nemen voor benoemingen tot magistratuur.

Het eerste middel is niet gegrond.

2.B.9. De verzoeker voert een tweede middel aan volgens hetwelk de bestreden bepaling een sociale discriminatie uitmaakt doordat juristen die om sociaal-financiële redenen in de onmogelijkheid verkeerden het advocatenberoep aan te vatten, in de praktijk de toegang tot de gerechtelijke stage wordt ontzegd.

De in het middel aangevoerde overwegingen zijn niet determinerend, aangezien de wetgever redelijkerwijze heeft kunnen oordelen dat een toelatingsvoorwaarde tot een beroep, zoals een vereiste van een diploma of een stage, was ingegeven door de bezorgdheid voor het algemeen belang.

Het tweede middel is niet gegrond.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 18 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Arbeidsovereenkomst – Loon – Begrip – Hoegrootheid – Bedongen arbeid – Verrichte arbeid

Aangezien loon de tegenprestatie is voor de ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst verrichte arbeid, heeft de werknemer slechts aanspraak op het loon dat overeenstemt met die arbeid, en niet op het loon dat overeenkomt met de overeengekomen

arbeid, zelfs indien de werkgever de werknemer onrechtmatig andere dan de bedongen arbeid doet verrichten.

N.V. G. t/ P.

Conclusie van procureur-generaal H. Lenaerts

Het eerste middel vecht de beslissing aan dat verweerder recht heeft op achterstallig loon voor de periode dat hij een lagere functie heeft uitgeoefend dan die welke hem rechtmatig toekwam.

Loon is, volgens de vaste rechtspraak van het Hof¹, de tegenprestatie van arbeid die ter uitvoering van een arbeids-overeenkomst wordt verricht. Deze omschrijving zegt niet dat loon tegenprestatie is van de bedongen arbeid, maar van de verrichte arbeid.

De arresten van 24 december 1979² en 16 maart 1992³ hebben daaruit de logische conclusie getrokken dat «behoudens afwijkende wettelijke of contractuele regeling, de werknemer geen aanspraak heeft op loon voor de periode gedurende welke hij, zelfs door toedoen van de werkgever, geen arbeid verricht». Het arrest van 16 maart 1992 past die regel toe op een werknemer die wel arbeid had verricht, maar deeltijds in plaats van voltijds. Het Hof vernietigt op die grond de beslissing die de werknemer loon voor een volledige dienstbetrekking had toegekend in plaats van hetgeen haar wegens de werkelijk verrichte arbeid toekwam.

Er is geen reden om anders te beslissen wanneer de werkgever de werknemer in een andere functie tewerkstelt dan die waarvoor hij in dienst is genomen. Ook dan blijft loon tegenprestatie voor verrichte arbeid, niet voor bedongen arbeid.

Die regel speelt in twee richtingen.

Wanneer de werkgever de werknemer met een hogere functie belast dan die waarvoor hij in dienst is genomen, zal niemand betwisten dat de werknemer recht heeft op het hoger loon dat aan de werkelijk uitgeoefende functie is verbonden en niet op het lager loon dat overeenstemt met de functie die hem contractueel toekomt. In de regel zal de werknemer het met de promotie wel eens zijn. Maar het is ook mogelijk dat hij er de voorkeur aan geeft zijn vroegere functie te blijven uitoefenen, bijvoorbeeld omdat de gewijzigde arbeidsvoorwaarden – zoals meer verantwoordelijkheid, langere en onregelmatige werktijden – niet opwegen tegen het geringe netto financieel voordeel of omdat hij op een zijspoor is gerangeerd waardoor zijn toekomstperspectieven worden gehinderd. Ook wanneer de werkgever hem die hogere functie tegen zijn wil opdringt, handelt hij onrechtmatig, in strijd met de aangegane arbeidsovereenkomst. Maar dat belet uiteraard niet dat hij het hoger loon dat aan de hogere functie verbonden is, verschuldigd is en niet het krachtens die arbeidsovereenkomst te betalen loon.

Hetzelfde geldt, wanneer de werkgever de werknemer minder betaalde arbeid doet verrichten. Dan heeft de werknemer maar recht op het loon dat aan de lagere functie ver-

¹ Cass., 20 april 1977, A.C., 1977, 862, met concl. O.M. in R.W., 1977-78, 1871, en in *Anthologie van de cassatierechtspraak in sociale zaken*, nr. 23.

² A.C., 1979-80, nr. 260.

³ A.C., 1991-92, nr. 374.

bonden is, zoals hij geen aanspraak op loon heeft wanneer de werkgever hem geen arbeid laat verrichten. In geen van beide gevallen heeft hij recht op het loon dat overeenstemt met de functie die hem contractueel toekomt, maar die hij in werkelijkheid niet uitoefent.

Tussen de werknemer die met een hogere functie is belast, en degene die een lagere functie uitoefent, bestaat alleen dit verschil dat de eerste het loon ontvangt waarop hij recht heeft – aangezien hij meer krijgt –, terwijl de tweede loonverlies lijdt. Maar dat heeft niets te maken met het recht op loon; dat is een kwestie van schadevergoeding wegens niet-nakoming van aangegane verbintenissen.

Een arbeidsovereenkomst is een overeenkomst tot het verrichten van arbeid, waarvoor als tegenprestatie loon verschuldigd is. Zonder arbeid geen tegenprestatie.

De werkgever heeft een dubbele verplichting: de bedongen arbeid doen verrichten en het voor die arbeid verschuldigde loon betalen. Beide verplichtingen zijn onafscheidbaar met elkaar verbonden. Arbeid doen verrichten is een verbintenis om te doen en het niet-nakomen ervan wordt, volgens artikel 1142 B.W., opgelost in schadevergoeding. Heeft de niet-nakoming van die verbintenis loonverlies tot gevolg – omdat geen of minder loon verschuldigd is –, dan vormt dat loonverlies een element van de schadevergoeding die de werkgever verschuldigd is. Betaling van het loon kan niet als afzonderlijke verbintenis worden gevorderd, omdat het recht op loon afhangt van de verrichte arbeid en dat recht ook bestaat wanneer niet de bedongen maar andere arbeid is verricht. Ook wanneer de werkgever zijn verplichting – de bedongen arbeid doen verrichten – niet nakomt, is hij toch loon verschuldigd in zoverre hij andere arbeid heeft doen verrichten. Maar omgekeerd is hij geen loon verschuldigd voor arbeid die niet is verricht. In dat geval is hij schadevergoeding verschuldigd in zoverre de werknemer loonverlies lijdt doordat de werkgever zijn verplichting niet nakomt hem de bedongen arbeid te doen verrichten.

Koppelt men het recht op loon los van het verrichten van arbeid, dan onttrekt men aan de werknemer de rechtsgrond om betaling van loon te vorderen voor andere arbeid dan die welke in de arbeidsovereenkomst is bedongen. Want dan vindt dat recht zijn grond in de overeengekomen arbeid en heeft de werknemer geen aanspraak meer, wanneer de werkgever hem verplicht andere arbeid te verrichten.

Dat is onverenigbaar met het begrip loon dat tegenprestatie is voor verrichte en niet voor bedongen arbeid.

Het middel is gegrond.

...

Conclusie: gedeeltelijke vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 10 september 1991, op verwijzing, door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 12 december 1984;

...

Over het eerste middel: schending van artikel 2 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, artikel 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (vóór zijn wijziging door de wet van 17 juli 1985), de artikelen 1134, 1135, 1142, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151 van het Burgerlijk Wetboek en,

voor zoveel nodig, de artikelen 20, 3°, 27, 30, 35, tweede lid, 41, 54, § 2, eerste en tweede lid, 70, 73, 74 en 85 van vermelde wet van 3 juli 1978,

doordat het arrest het vonnis a quo bevestigt in zoverre het eiseres veroordeelt tot betaling van achterstallig loon (29.043 fr.) en oudejaarspremie (20.351 fr.), dit op grond van de motieven vervat in dit vonnis, en op grond van eigen motieven, te weten, samengevat: dat eiseres op 16 november 1977 op onrechtmatige wijze verweerder in een lagere functie plaatste met verlies van loon; dat, hoewel verweerder in de periode van 16 november 1977 tot aan zijn ontslag door eiseres (29 december 1978) de lagere functie heeft uitgevoerd, hij die eenzijdige wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden nooit heeft aanvaard en «dat in die omstandigheden de werknemer een dergelijke functiewijziging met loonverlies als niet bestaande mag beschouwen en dat hij het recht heeft langs gerechtelijke weg de stipte uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst te vorderen door aanspraak te maken op de lonen die hem voor de betwiste periode normaal zouden zijn uitbetaald in zijn functie van onderbureauchef»,

terwijl loon de tegenprestatie is van arbeid die door de bediende ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst wordt verricht (artikel 3 van de in het middel vermelde wet van 3 juli 1978, artikel 2 van de in het middel vermelde wet van 12 april 1965, artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek), behoudens afwijkende wettelijke bepalingen (zoals de artikelen 20, 3°, 27, 30, 41, 54, § 2, eerste en tweede lid, 70, 73, 74 en 85 van de wet van 3 juli 1978) of afwijkende contractuele bepalingen; derhalve, wanneer de werkgever de krachtens de arbeidsovereenkomst uit te voeren arbeid en het daarmee gepaard gaand loon eenzijdig wijzigt, zoals in casu een functieverlaging (van onderbureauchef in het agentschap St.-Truiden naar bediende 4e categorie in het agentschap Bree) met loonverlies, de werknemer voor de periode waarin hij de lagere functie uitoefent slechts recht heeft, zoals gesteld door eiseres in haar appelconclusie, op het loon voor die lagere functie en niet op het loon voor de door hem vroeger uitgeoefende hogere functie, zelfs indien de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever (functieverlaging en loonverlaging) onrechtmatig is, in de zin van een tekortkoming zoals bedoeld in artikel 35, tweede lid, van de hierboven vermelde wet van 3 juli 1978 of in de zin van een contractuele tekortkoming, bedoeld in de artikelen 1142, 1146, 1147 tot en met 1151 van het Burgerlijk Wetboek, zodat de veroordeling van eiseres tot betaling van achterstallig loon voor de periode waarin verweerder de lagere functie uitoefende en van het daarop verschuldigd saldo van de oudejaarspremie onwettig is (schending van de wetsbepalingen aangehaald in het middel):

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres eenzijdig en onrechtmatig de arbeidsvoorwaarden voor verweerder heeft gewijzigd door hem de hogere functie van onderbureauchef niet te laten uitoefenen, maar dat verweerder in een lagere functie arbeid heeft verricht;

Overwegende dat loon de tegenprestatie is van de arbeid die ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst wordt verricht;

Dat, behoudens afwijkende wettelijke of contractuele regeling, de werknemer geen aanspraak op loon heeft voor arbeid die hij, zelfs door toedoen van de werkgever, niet heeft verricht;

Dat, wanneer de werkgever de werknemer zelfs onrechtmatig andere dan de bedongen arbeid doet verrichten, de werknemer aanspraak heeft op het met de verrichte arbeid overeenkomende loon en niet op het loon dat de werkgever verschuldigd is voor het verrichten van de overeengekomen arbeid;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 28 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. Gérard, Draps en De Bruyn

Domeingoederen – Wallen – Verlies van eigendom door verjaring – Afstand van de verjaring

Wanneer de Staat de eigendom van wallen verloren heeft door verjaring (art. 541 B.W.), kan hij zich, om de wallen niet te hoeven herstellen, op dat verlies door verjaring beroepen wanneer de nieuwe eigenaar afstand doet van de verkregen verjaring (art. 2225 B.W.).

Stad Hoei t/ G.-T. en Belgische Staat

Gelet op het bestreden vonnis, op 16 oktober 1991 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hoei;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 541, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225 en 2227 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis in feite vaststelt dat de wallen van Hoei op het einde van het Frans bewind behoren tot het privaat domein van de Staat en dat uit geen enkel stuk of besluit blijkt dat die wallen achteraf, meer bepaald onder het Hollandse bewind, andermaal voor oorlogsdoel-einden zouden zijn bestemd, en in rechte zegt dat «de rechtbank verplicht is na te gaan of die werken, die niet langer als onderdeel van een versterkte plaats konden worden beschouwd, vóór het van kracht worden van het Burgerlijk Wetboek zijn vervreemd dan wel of de eigendom ervan niet tegen de Staat verjaard is»; het bestreden vonnis vervolgens erop wijst dat de partijen geen akten van vervreemding hebben overgelegd, in verband met de verjaring opmerkt dat de stad Hoei betwist gedurende meer dan dertig jaar in het bezit animo domini van die wallen te zijn geweest, en in elk geval betoogt «dat zij, krachtens de artikelen 2221 en 2222 van het Burgerlijk Wetboek, gerechtigd is om afstand te doen van de verkregen verjaring», en beslist dat de Staat tegen de stad kan aanvoeren dat zij de eigendom van de wallen door verjaring tegen de Staat verkregen heeft, op grond «dat krachtens artikel 2225 van het Burgerlijk Wetboek schuldeisers, of alle andere personen die er belang bij hebben dat de verjaring verkregen is, zich daarop kunnen beroepen, hoewel de schuldenaar of de eigenaar ervan afstand doet; dat de (tweede verweerder) Belgische Staat één van de per-

sonen is die er belang bij hebben zich op de verjaring te beroepen, precies om niet, zoals de eerste verweerders G.-T. eisen, de herstellingen aan de muur te hoeven uitvoeren; dat de laatstgenoemden, die de veroordeling van de stad Hoei tot herstelling van de wallen eisen, in geval van veroordeling, schuldeisers van de stad zullen zijn en dat zij eveneens er belang bij hebben op te werpen dat de stad eigenaar is van de wallen, hetgeen zij ook doen door te eisen dat het vonnis a quo zou worden bevestigd»;

terwijl de verjaring een wettelijk middel is om zich van een schuld te bevrijden of om eigendom te verkrijgen; zij niet van rechtswege gevolgen heeft, maar het voordeel ervan moet worden aangevoerd door de schuldenaar of de bezitter, die altijd het recht heeft ervan afstand te doen, zodra zij is verkregen (artikelen 2220 tot 2222 van het Burgerlijk Wetboek); die afstand, om gevolgen te hebben, niet de instemming vereist van degene – schuldeiser of eigenaar – aan wie hij ten goede komt; ook al heeft luidens artikel 2225 van het Burgerlijk Wetboek, dat zowel op de bevrijdende als op de verkrijgende verjaring van toepassing is, een ieder die er belang bij heeft het recht zich te beroepen op een verjaring die gelopen heeft ten aanzien van de schuldenaar of de bezitter, ofschoon laatstgenoemde verzuimd heeft zich daarop te beroepen of daarvan zelfs afstand gedaan heeft, dat recht niet kan toekomen aan de eigenaar ten aanzien van de bezitter, hetzij laatstgenoemde ontkent in het bezit te zijn geweest onder voorwaarden die eigendomsverkrijging mogelijk maken, hetzij hij zich niet beroept op het voordeel van de verjaring, hetzij hij ten slotte daarvan afstand doet; het ondenkbaar is dat de eigenaar, vooral als het de Staat is die de wet om redenen van openbaar nut als eigenaar van bepaalde goederen beschouwt, zich tegen de bezitter kan beroepen op een verkrijgende verjaring die laatstgenoemde niet opeist of die hij niet wil; het bestreden vonnis bijgevolg, na te hebben vastgesteld dat de Staat, krachtens artikel 541 van het Burgerlijk Wetboek, eigenaar was van de wallen van de stad Hoei en dat laatstgenoemde betwistte de eigendom van die wallen door verjaring tegen de Staat te hebben verkregen en althans verklaarde afstand te doen van het voordeel van die verjaring, de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt door te beslissen dat de Staat het recht heeft om tegen de stad Hoei aan te voeren dat zij de eigendom van de wallen door verjaring tegen de Staat verkregen heeft;

Overwegende dat luidens artikel 2225 van het Burgerlijk Wetboek «schuldeisers, of alle andere personen die er belang bij hebben dat de verjaring verkregen is, zich daarop kunnen beroepen, hoewel de schuldenaar of de eigenaar ervan afstand doet»;

Overwegende dat het bestreden vonnis beslist dat de Belgische Staat de eigendom van de wallen heeft verloren doordat zij gedurende meer dan dertig jaren in het bezit waren van eiseres, en dat hij er belang bij heeft om zich op de verjaring te beroepen om de herstellingen aan de muur niet te behoeven uit te voeren;

Overwegende dat het middel, dat dit recht aan de Belgische Staat ontzegt, omdat hij de vroegere eigenaar is van de wallen, aan artikel 2225 een bepaling toevoegt die daarin niet voorkomt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 28 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont

Overheidsopdrachten – Algemene aannemingsvoorwaarden – Niet-betaling binnen de gestelde termijn – 1. Vermindering van het tempo van de werkzaamheden – Melding – 2. Aanvraag tot schadeloosstelling – Ontvankelijkheid – Vereisten

1. Wanneer de aannemer, wegens niet-betaling binnen de gestelde termijn, het werk onderbreekt, moet hij dat, volgens art. 25, § 6, tweede lid, van het M.B. van 10 augustus 1977, aan het bestuur melden. Die meldingsverplichting geldt niet bij vermindering van het tempo van de werkzaamheden.

2. Voor de ontvankelijkheid van de in art. 15, § 6, van het M.B. van 10 augustus 1977 bedoelde aanvraag tot schadeloosstelling is alleen vereist dat de rekening voor schadeloosstelling ingediend wordt binnen de termijn van art. 16, § 4, eerste lid, 2°. De aannemer hoeft dan de bepalingen van art. 16, § 3, niet na te leven.

Waalse Gewest t/ N.V. Entreprise R.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 juni 1991 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel (...)

Overwegende dat artikel 15, § 6, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, het geval betreft waarin, door de schuld van het bestuur, de betaling niet is verricht binnen de in die bepaling vastgestelde termijn; dat het de aannemer toestaat zijn werken te onderbreken of het tempo ervan te verminderen;

Dat in het tweede lid van die paragraaf 6 wordt bepaald dat «de beslissing om de werken te onderbreken (...) wegens niet-betaling (...) evenwel bij aangetekende brief ten laatste vijftien kalenderdagen vóór de werkelijke onderbreking aan het bestuur wordt gemeld»;

Dat dit lid geen betrekking heeft op de vermindering van het tempo der werken, die in tegenstelling tot de werkelijke onderbreking ervan, niet de stopzetting van de werken maar hun voortzetting impliceert, en doorgaans niet het gevolg is van een overlegde beslissing van de aannemer;

Dat het arrest, door op grond van de letter en de geest van de tekst te oordelen dat het tweede lid van § 6 van artikel 15 van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 niet van toepassing is bij vertraging van de werken, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel (...)

Overwegende dat artikel 15, § 6, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 bepaalt dat de aannemer recht heeft op een verlenging van de termijn en op een schadeloosstelling wanneer, door de schuld van het bestuur, de betaling niet is verricht binnen de gestelde termijn; dat over-

eenkomstig die bepaling de beslissing om de werken te onderbreken binnen een bepaalde termijn aan het bestuur moet worden gemeld; dat naar luid van die paragraaf 6 de rekening voor schadeloosstelling binnen de termijn voorzien in artikel 16, § 4, eerste lid, 2°, moet worden ingediend en de aanvraag tot termijnverlenging schriftelijk moet worden ingediend voor het verstrijken van de contractuele termijnen;

Dat het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 geen andere voorwaarden stelt voor de ontvankelijkheid van die aanvragen;

Dat op die aanvragen inzonderheid geen toepassing moet worden gemaakt van de in artikel 16, § 3, gestelde voorwaarde luidens welke de feiten en omstandigheden die de goede gang van de aanneming verstoren ter kennis van het bestuur moeten worden gebracht, «ten spoedigste» (eerste lid), «te gepasten tijde» (tweede lid) en «in elk geval (...) binnen de dertig kalenderdagen ofwel nadat ze zich hebben voorgedaan, ofwel na de datum waarop de aannemer ze normaal had moeten kennen» (derde lid); dat die voorwaarde toepasselijk is op «de klachten en verzoeken» van de aannemer «met het oog op het verkrijgen, in voorkomend geval van verlenging van de uitvoeringstermijnen, herziening of verbreking van de overeenkomst en (of) schadeloosstelling»;

Dat artikel 15, § 6, in tegenstelling tot artikel 16, in het daarin beoogde geval, enerzijds, aan de aannemer een recht op verlenging van de uitvoeringstermijn en een recht op schadeloosstelling toekent en, anderzijds, niet vereist dat de vertraging in de betaling te wijten aan het bestuur noodzakelijk de goede gang van de aanneming moet verstoren;

Dat de in artikel 15, § 6, aangewezen aanvragen niet dezelfde zijn als de klachten en verzoeken bedoeld in artikel 16; dat dit verschil uitdrukkelijk wordt verward in paragraaf 5 van artikel 16, waar het onderscheid wordt gemaakt tussen de aanvraag om schadevergoeding van de aannemer op basis van «welke feiten of omstandigheden ook waarover sprake» in dit artikel 16, en de «rekening tot schadevergoeding» ingediend op grond van artikel 15, § 6;

Dat het hof van beroep, door te beslissen dat verweerster de bepalingen van artikel 16, § 3, niet diende na te leven om haar in artikel 15, § 6, aangewezen aanvraag tot schadeloosstelling in te dienen, die bepalingen van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 juist heeft toegepast;

Dat het middel faalt naar recht;

NOOT – In de derde alinea van onderen, tweede volzin, moet vermoedelijk «gemaakt» in de plaats van «verward» gelezen worden.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 MAART 1993

Voorzitter-rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. De Gryse en Verbist

Internationaal privaatrecht – Verkeersongeval – Lex loci – Uitzonderingen

Niet naar recht verantwoord is de beslissing die ten aanzien van een in Duitsland gebeurd verkeersongeval oordeelt dat weliswaar het Haagse Verdrag van 4 mei 1971 naar de Duitse wet verwijst, maar die toch de Belgische wet toepasselijk acht op grond dat de aansprakelijke en de benadeelde beiden Belgen zijn en hun woonplaats in België hebben, de gevolgen uitsluitend in België te situeren zijn, de aanknoping met de Duitse rechtsorde slechts toevallig te noemen is en de betwisting uitsluitend betrekking heeft op de begroting van de schade; die beslissing stelt zodoende niet vast dat een van de uitzonderingsgevallen van art. 4 van het verdrag zich voordoet.

N.V. A. t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 februari 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Gelet op de beschikking door de eerste voorzitter van het Hof genomen op 2 februari 1993, waarbij de zaak naar de derde kamer wordt verwezen;

Over het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van de artikelen 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek en 3 en 4 van het Haagse Verdrag van 4 mei 1971 inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg, goedgekeurd bij wet van 10 februari 1975,

doordat het arrest eiseres veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding aan verweerder op grond van de overweging «dat de eerste rechter om oordeelkundige redenen, die in hoger beroep niet weerlegd worden en die het hof tot de zijne maakt, terecht geoordeeld heeft dat te dezen voor de schadebegroting de Belgische wet dient te worden toegepast ofschoon de *lex loci* de Duitse wet is en de Haagse conventie van 4 mei 1971 naar deze wetgeving verwijst», en op grond van de volgende overwegingen uit het beroepen vonnis van 14 maart 1986 die in hoger beroep overgenomen werden: «(Verweerder) werd samen met zijn echtgenote, als inzittenden van een voertuig bestuurd door de verzekerde van (eiseres), het slachtoffer van een verkeersongeval in West-Duitsland op 1 mei 1982. Bij dit ongeval waarvoor de aansprakelijkheid niet wordt betwist, werd (verweerder) zwaar gewond en kwam zijn echtgenote om het leven. De onderhavige betwisting betreft de toepasselijke wet en de begroting van de schade. Op dit schadegeval dient de Belgische wet te worden toegepast. Weliswaar is de *lex loci* de Duitse wet en verwijst de Haagse conventie van 4 mei 1971 eveneens naar deze wetgeving. Dit neemt echter niet weg dat in navolging van recente rechtsleer de '*lex loci*'-regel dient te worden genuanceerd (zie Erauw, J., *De onrechtmatige daad in het I.P.R.*, Antwerpen, 1983). Volgens deze strekking dient in gevallen zoals het onderhavige waarin de aansprakelijke en de benadeelde beiden Belgen zijn en in België hun woonplaats hebben, de Belgische wetgeving toepassing te vinden. In dergelijke gevallen situeren de gevolgen der onrechtmatige daad zich uitsluitend in België en is de aanknoping met de Duitse rechtsorde enkel toevallig te noemen. Is enige aarzeling bij deze nuancering van de *lex loci*-regel nog geboden in verband met de aansprakelijkheidsvraag, dan is dit niet het geval bij de onderhavige betwisting die uitsluitend betrekking heeft op de begroting van de schade»,

terwijl, artikel 3 van het Verdrag van 4 mei 1971 inzake de wet welke van toepassing is op de verkeersongevallen op de weg, goedgekeurd bij wet van 10 februari 1975, bepaalt dat de van toepassing zijnde wet de interne wet is van de

staat op welks grondgebied het ongeval heeft plaatsgevonden; artikel 4 van hetzelfde verdrag bepaalt: «Onverminderd de regeling vervat in artikel 5 wordt in de volgende gevallen afgeweken van het bepaalde in artikel 3: a) wanneer slechts één enkel voertuig bij het ongeval is betrokken (...) is de interne wet van de Staat van inschrijving van toepassing op de aansprakelijkheid (...); b) wanneer twee of meer voertuigen bij het ongeval zijn betrokken, is het bepaalde onder a) alleen van toepassing, indien die voertuigen alle in dezelfde Staat ingeschreven zijn»; overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek de wetten van politie en veiligheid allen verbinden die binnen het grondgebied wonen; het arrest bijgevolg niet wettig kon besluiten dat de Belgische wet toegepast diende te worden op de enkele gronden dat de aansprakelijke en de benadeelde beiden Belgen waren en in België hun woonplaats hadden, dat de gevolgen van de onrechtmatige daad zich uitsluitend in België situeerden en de betwisting uitsluitend betrekking had op de begroting van de schade, zonder dat het arrest vaststelde dat er slechts één enkel voertuig dat in België ingeschreven was bij het ongeval betrokken was;

...

Overwegende dat krachtens artikel 3 van het Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg, opgemaakt te 's Gravenhage op 4 mei 1971, goedgekeurd bij de wet van 10 februari 1975, de interne wet van de Staat op welks grondgebied het ongeval heeft plaatsgevonden van toepassing is; dat krachtens artikel 4 van die regel wordt afgeweken, onder meer wanneer slechts een enkel voertuig bij het ongeval is betrokken en dit voertuig ingeschreven is in een andere Staat dan die op welks grondgebied het ongeval plaatsvond, wanneer twee of meer voertuigen bij het ongeval zijn betrokken die alle in dezelfde Staat zijn ingeschreven die een andere is dan die van de plaats van het ongeval, en wanneer een of meer personen die zich buiten het voertuig of de voertuigen bevonden bij het ongeval zijn betrokken en aansprakelijk zouden kunnen zijn en allen hun verblijf hadden in de Staat van inschrijving;

Overwegende dat het arrest zulks niet ontkent doch integendeel oordeelt dat «de *lex loci* de Duitse wet is en de Haagse Conventie van 4 mei 1971 naar deze wetgeving verwijst»; dat het niettemin oordeelt dat de Belgische wet moet worden toegepast «om oordeelkundige redenen» van de eerste rechter; dat het beroepen vonnis de Belgische wet toepasselijk acht op de gronden dat de aansprakelijke en de benadeelde beiden Belgen zijn en in België hun woonplaats hebben, de gevolgen van de onrechtmatige daad zich uitsluitend in België situeren, de aanknoping met de Duitse rechtsorde enkel toevallig te noemen is en de betwisting uitsluitend betrekking heeft op de begroting van de schade;

Overwegende dat het arrest, dat zodoende niet vaststelt met eigen motivering noch met overneming van de redenen van het beroepen vonnis dat een van de uitzonderingsgevallen van bedoeld artikel 4 aanwezig is, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER — 19 MAART 1993

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. Thybergin en De Cooman

Advocaten: mrs. De Hauw en Geuens

Arbeidsovereenkomst — 1. Betaalde sportbeoefenaar — E.E.G.-verdrag — Werknemers — Vrij verkeer — Discriminatie — Begrip — Sportploeg — Samenstelling — 2. Uitzendarbeid — Terbeschikkingstelling van werknemers — Betaalde sportbeoefenaar — V.Z.W. — Overeenkomst — Nietigheid

1. *Het samenstellen van een sportploeg met betaalde, professionele en semi-professionele, sportbeoefenaars voor een sportcompetitie is een economische activiteit als bedoeld in het E.E.G.-Verdrag. Discriminatie, op grond van nationaliteit, bij de samenstelling van sportploegen, tussen de werknemers van lidstaten is derhalve verboden, tenzij in wedstrijden tussen de nationale ploegen van verschillende landen.*

2. *De overeenkomst waardoor een betaalde sportbeoefenaar door een V.Z.W. in dienst wordt genomen om ter beschikking van een sportclub te worden gesteld, maakt een verboden overeenkomst uit betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van derden. Een dergelijke overeenkomst is wettelijk nietig en strafbaar.*

C. e.a. t/ V.Z.W. K.

1. C. is een Brits onderdaan, wonend in België, die onder nummer 724 geregistreerd en aangesloten is bij de K.B.B.B. en toegewezen aan de basketbalclub B.G. Op 10 februari 1993 onderschrijft hij, op papier van de basketbalclub B.G., een overeenkomst met de V.Z.W. J. waarbij hem «als tegenprestatie voor het verlenen van zijn diensten aan de club» een vergoeding wordt uitbetaald van bruto 40.000 fr., plus een bonus van 3.000 fr. per gewonnen thuiswedstrijd en van 5.000 fr. per gewonnen uitwedstrijd. De overeenkomst wordt gesloten voor een bepaalde duur, ingaande op 15 februari 1993 tot 15 april 1993, onder de opschortende voorwaarde «van het verkrijgen van speelgerechtigdheid bij de K.B.B.B.».

2. Op 15 februari 1993 laten de appellanten overgaan tot dagvaarding van de K.B.B.B. ten einde te horen zeggen voor recht dat hij gehouden is, in afwachting van een uitspraak ten gronde: — de aansluiting van C. te aanvaarden als speler, met toewijzing aan basketbalclub B.G. als speler; C. onmiddellijk een spelerslicentie te geven, en dit op straffe van een dwangsom; — hem, zoals een Belg door geboorte, te laten deelnemen aan alle competities georganiseerd door de K.B.B.B., zonder enig voorbehoud, en dit op straffe van een dwangsom.

In zijn bestreden beschikking verklaart de voorzitter de vorderingen van appellanten ontvankelijk maar ongegrond omdat, verwijzende naar de hem en ook thans aan het Hof overlegde arresten van het Europees Hof van Justitie: «Het verbod van discriminatie op grond van de nationaliteit geen betrekking heeft op de samenstelling van sportploegen, aangezien de samenstelling van die ploegen een aangelegenheid

is die enkel betrekking heeft op sport en als zodanig vreemd aan de economische activiteit».

Appellanten kunnen zich met dit argument niet verzoenen (...).

6. De overeenkomst tussen de V.Z.W. J. — welk sociaal doel deze V.Z.W. ook moge beogen — en C. bestaat er wezenlijk in dat laatstgenoemde voor een bepaalde periode, tegen betaling van een bepaalde vergoeding, door de V.Z.W. wordt aangeworven en voor de hele duur van die overeenkomst ter beschikking wordt gesteld van een derde, nl. de basketbalclub B.G.

C. is een betaalde sportbeoefenaar op wie de bepalingen van de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars van toepassing zijn, aangezien hij een maandelijks brutowedde van 40.000 fr. geniet, d.w.z. meer dan de brutojaarwedde van 471.084 fr., die, blijkens het K.B. van 8 oktober 1992 (B.S., 7 november 1992), de grens uitmaakt tussen de niet-betaalde en de betaalde sportbeoefenaar.

Welnu, de betaalde sportbeoefenaar is, overeenkomstig artikel 3 van de wet, in ieder geval te beschouwen als een bediende.

Het gaat te dezen om een «bediende», een ondergeschikte van de V.Z.W. J., niet zozeer omdat de speler door haar werd gecontracteerd maar vooral omdat zij het is die in de eerste plaats bepaalt bij welke club hij mag spelen.

Door C. zonder meer ter beschikking te stellen van een derde, de basketbalploeg B.G., handelt de V.Z.W. J. flagrant in strijd met artikel 31, § 1, van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, dat als volgt luidt: «*Verboden is de activiteit die buiten de gevallen van de in de hoofdstukken I en II voorgeschreven regels (zoals in onderhavig geval) door een natuurlijke persoon of rechtspersoon worden uitgeoefend om door hen in dienst genomen werknemers ter beschikking te stellen van derden die deze werknemers gebruiken en over hen enig gedeelte van het gezag uitoefenen dat normaal aan de werkgever toekomt, behalve voor bepaalde bij in Ministerraad overgelegd koninklijk besluit aangewezen verenigingen zonder winstoogmerk.*»

Het bovenstaande klemmt des te meer, nu de terbeschikkingstelling niet geschiedt binnen het kader van de samenwerking tussen ondernemingen van een zelfde economische en financiële entiteit (art. 32, § 1, a), noch met het oog op de kortstondige uitvoering van een gespecialiseerde opdracht die een bijzondere beroepsbekwaamheid vereist (art. 32, § 1, b).

Nu overeenkomsten die in strijd zijn met die bepalingen niet alleen door nietigheid worden getroffen (art. 31, § 2) maar ook aan strafrechtelijke sancties blootstaan (art. 39.4) volgt dat de V.Z.W. J. daaruit geen rechten kan putten en dat haar vordering als ongegrond moet worden afgewezen.

7. Zoals hierboven reeds is gezegd, heeft de eerste rechter de vordering afgewezen omdat volgens hem de samenstelling zelf van de sportploegen enkel betrekking heeft op de sport en als zodanig vreemd blijft aan de door de E.E.G.-verordeningen beschermde economische activiteit.

Het Hof kan die stelling niet onderschrijven.

In ons huidige maatschappelijk bestel is het als het ware vanzelfsprekend dat de betaalde, zowel de professionele als de semi-professionele, sportbeoefenaar, zoals appellant C.,

die zijn specifieke vaardigheden t.o.v. het publiek en de organisatoren van sportmanifestaties wil manifesteren, dit in de eerste plaats doet met het oog op het vergroten van zijn inkomen (en daardoor ook dat van de ploeg waarbij hij is aangesloten), en dat hij daartoe het meeste heil vindt binnen het kader van die wedstrijden die bij het grote publiek het meest aanslaan, al was het maar door de regelmaat waarmee ze plaatsvinden, nl. de competitiewedstrijden.

Daarom worden die sportbeoefenaars ook, boven en naast hun vaste maandwedde, zoals te dezen bonussen uitbetaald voor elke gewonnen wedstrijd waaraan zij deelnemen.

Prima facie lijkt het er dan ook op dat niet ernstig zou kunnen worden betoogd dat, binnen het kader van de door de K.B.B.B. georganiseerde competities, de samenstelling van de ploeg enkel de sport op zichzelf beoogt.

Dat klemmt des te meer, nu vooral de in de competitie bepaalde resultaten – waarvan stijgen of dalen, deelname aan nationale en/of internationale bekerwedstrijden afhankelijk worden gemaakt – een onmiddellijke financiële weerslag hebben op de faam van de club en meteen op de financiële mogelijkheden om nieuwe – meestal duurder te betalen – sporters aan te werven.

De overgelegde rechtspraak, de arresten van het Europees Hof van Justitie, en vooral i.z. Gaetano Donà c. Mario Monteno, bevestigt duidelijk hetgeen hierboven wordt gesteld en maakt enkel uitzondering voor die wedstrijden waarbij, om redenen en wegens de omstandigheden waarin ze gespeeld worden, nog aangenomen kan worden dat de sport de bovenhand heeft, nl. de wedstrijden tussen nationale ploegen van verschillende landen.

Afgezien van de bindende kracht die de interpretatie van de E.E.G.-verordeningen door het Europees Hof van Justitie gegeven wordt, lijkt het *prima facie* niet zo dat de overgelegde mededelingen van de commissie aan de raad van het Europees Parlement van 19 september 1991 met betrekking tot de «Europese Gemeenschap en de Sport», – evenmin trouwens als de tussenkomst van mevrouw Flesch namens de Commissie op het 2de Europees Sportforum te Brussel op 24 november 1992 – deze arresten geheel of ten dele tegenspreken, hoogstens een bepaalde interpretatie eraan geven.

Geïntimeerde verwijst ten slotte naar het, ook voor Belgische spelers geldend, verbod om binnen een en het zelfde seizoen te spelen voor twee verschillende «werkgevers».

Aan de hand van de stukken die C. overlegt blijkt dat betrokkene binnen het huidige seizoen niet gespeeld heeft in Engeland, zodat ook dit argument faalt.

Om deze redenen, (...)

Verklaart de oorspronkelijke vordering van appellant C. ontvankelijk en gegrond zoals hierna wordt bepaald; machtigt hem derhalve in afwachting van de tussenkomst van een in kracht van gewijsde gegane beslissing ten gronde, deel te nemen aan alle competities door geïntimeerde georganiseerd en dit op straffe van een dwangsom van 100.000 fr. per vastgestelde inbreuk; verklaart de vordering van de V.Z.W. J. toelaatbaar doch ongegrond; heropent ambtshalve de debatten ten einde partijen de mogelijkheid te geven nader te concluderen omtrent de ontvankelijkheid van de vordering van de basketbalclub B.G. (...)

NOOT – *De betaalde sportbeoefenaar en het Europese recht*

C. is een Brits onderdaan, wonende in België en lid van de K.B. Basketbalbond (K.B.B.B.). Hij wordt door de V.Z.W. J. tegen betaling ter beschikking gesteld van basketbalclub B.G., die hem evenwel niet mag opstellen in wedstrijden, aangezien de K.B.B.B. een beperking stelt aan het opstellen van vreemde spelers, E.G.-nationalen – niet Belgen – inbegrepen. De speler, de V.Z.W. en de club dagvaarden daarop de K.B.B.B. stellende dat die beperking strijdig is met het Europees Recht. In eerste aanleg werd hun eis ongegrond verklaard; in hoger beroep kregen ze gelijk.

Het arrest van het Hof van Beroep te Gent, van 19 maart 1993 is van enorme betekenis voor het sportrecht. Allereerst voor de toepassing van het recht in het algemeen en van het Europees recht in het bijzonder ten aanzien van de (beroeps)sport en vervolgens voor de juridische oirbaarheid van de werking van zgn. investmaatschappijen, die sportbeoefenaars in eigendom hebben (sic) en dezen tegen betaling verhuren (= ter beschikking stellen) aan sportclubs.

Het hof bevestigde impliciet de toepasselijkheid van het gemene recht ten aanzien van de sport en gaat er dus, terecht, van uit dat de sport aan de normale rechtsregelen onderworpen is. Anders gezegd, de stelling die nog door bepaalde sportbonden gehouden wordt, nl. dat de sport een eigen rechtsorde, op basis van zgn. vrij aanvaarde reglementen en statuten heeft, te scheiden en te onderscheiden van de door Overheid (Staat) opgezette rechtsorde en die meteen aan de algemene geldende rechtsregelen zou ontsnappen, werd eens te meer – impliciet – afgewezen.

In eerste aanleg had de voorzitter, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, geoordeeld dat «het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit geen betrekking heeft op samenstelling van sportploegen, aangezien de samenstelling van die ploegen een aangelegenheid is, die enkel betrekking heeft op de sport en als zodanig vreemd aan de economische activiteit». Het Gentse Hof van Beroep verwierpt deze stelling en bevestigt uitdrukkelijk de reeds eerder door het Hof van Justitie aanvaarde stelling (Donà t. Montero), dat beroepssport een economische activiteit uitmaakt in de zin van het E.G.-Verdrag en dat het Europees Recht inzake het vrij verkeer van werknemers zonder discriminatie (artt. 7 en 48 van het E.G.-Verdrag) ten aanzien van sportbeoefenaars toepasselijk is. M.a.w. een beroepssporter, onderdaan van een lidstaat van de E.G., heeft dezelfde rechten om zijn beroepsactiviteit uit te oefenen in België als een Belgische sportbeoefenaar. Telkens een Belg opgesteld mag worden, moet een onderdaan van een E.G.-lidstaat dat eveneens kunnen, zo simpel is dat. Meteen werd ook de stelling van de eerste rechter ontkracht dat het opstellen van spelers een sportieve aangelegenheid is, die aan de (economische) regulering van de E.G. ontsnapt. Het Hof herhaalt ten overvloede dat mogelijke uitzonderingen op de toepasselijkheid van het E.G.-recht ten aanzien van de beroepssport restrictief geïnterpreteerd dienen te worden en met name tot de opstelling van spelers in internationale wedstrijden waarin nationale teams tegen elkaar opkomen. M.a.w. beperkingen betreffende de opstelling van E.G.-nationalen zijn juridisch nietig, d.i. niet bestaande. In dit verband mag worden opgemerkt dat – zodra het Verdrag inzake de Europese Economische Ruimte in werking zal treden (wellicht aan het einde van dit jaar) – dit vrij verkeer

van beroepsspelers — met gelijke behandeling — ook zal gelden voor spelers uit Finland, IJsland, Lichtenstein, Noorwegen, Oostenrijk, Zweden, en omgekeerd.

Meteen blijkt dat de zopas aanvaarde reglementen van de K.B.B.B., die de opstelling van EG onderdanen beperken, nietig zijn en die van de Belgische Voetbalbond sinds lang.

De K.B.B.B. heeft het sportrecht trouwens een enorme dienst bewezen door in zijn betoog juridisch bezwaar aan te voeren tegen een van de eisende partijen, met name de V.Z.W. J., de zgn. werkgever, die de Britse speler, C. ter beschikking stelde van basketbalclub B.G. Het hof van beroep oordeelde eveneens terecht dat deze terbeschikkingstelling strijdig is met het algemeen verbod van terbeschikkingstelling, als vervat in de wet van 24 juli 1987 betreffende o.m. het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, en bijgevolg strafbaar. Gesteld werd eveneens dat de overeenkomsten die in strijd met deze bepalingen gesloten zijn, nietig zijn. Het hof had trouwens blijkbaar ook vragen bij het sociaal doel van deze V.Z.W., zonder er zich nader over uit te spreken. Maar het is duidelijk dat investmaatschappijen die spelers in eigendom hebben en deze met winstbejag verhuren of verkopen, de rechtsvorm van een V.Z.W. misbruiken en dat de meeste van deze investmaatschappijen die nu functioneren en business doen in het kopen, verkopen en verhuren van beroepssporters en ook van amateurs, juridisch nietig zijn en hun activiteiten strafbaar, zoals we trouwens reeds eerder stelden in *De Gladiatoren van de Sport*, Die Keure, 1992. Daarover loopt trouwens een onderzoek bij het parket-generaal te Brussel.

Op 15 februari 1993 ingeleid bij de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, werd in hoger beroep uitgesproken op 19 maart 1993. Dit is rechterlijk optreden van de bovenste plank, waarbij de rechter de maatschappelijke rol die hem is toegewezen op passende wijze vervult: namelijk de rechtzoekenden effectief bijstaan. Het arrest stelt eveneens een dwangsom van 100.000 fr. vast per vastgestelde inbreuk. Ook dit is raadzaam, aangezien sportbonden en clubs niet aarzelen rechterlijke uitspraken zonder dwangsom eenvoudigweg naast zich neer te leggen.

Het is nu duidelijk dat de rechter in kort geding inderdaad de sportrechter bij uitstek is geworden, zoals uit andere ophefmakende zaken blijkt. Zoals mr. C. Coomans het reeds eerder in het *R.W.* schreef: «Wanneer door toedoen van de voorzitter in kort geding ook nog een oplossing zou worden gevonden voor het vrije verkeer van de sportbeoefenaars met eerbiediging van de principiële arbeids- en contractuele verhouding, en met behoud van de eigenheid van de sportclubs en federaties, dan heeft de voorzitter in kort geding bereikt wat de wegever reeds jaren heeft nagelaten te doen» (1990-1991, 1431). Misschien biedt de wetgever toch nog een helpende hand: op dit ogenblik is een werkgroep, onder de leiding van de minister van Cultuur, het decreet van 1975 in verband met het statuut van de niet-betaalde sportbeoefenaar aan het herschrijven en bestaat de politieke wil in de Vlaamse Raad om een passende regeling uit te werken. We volgen met aandacht. Ook in het federale parlement is er trouwens opnieuw aandacht voor het statuut van de betaalde sportbeoefenaar, zoals blijkt uit het voorstel van prof. senator M. Stroobant een zgn. «hoorcommissie voor de betaalde

sport» op te richten, ten einde inzicht te krijgen in de praktijken van de betaalde sport.

Prof. R. Blanpain
K. U. Leuven

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

7e KAMER — 18 FEBRUARI 1993

Voorzitter: de h. Herman

Rechters in sociale zaken: de hh. Van der Linden en Roovers

Openbaar ministerie: mevr. Simons

Advocaat: mr. Snoeck

Administratief recht — Bestuurshandeling — Uitdrukkelijke motivering — 1. Rechter — Ambtshalve toetsing — 2. Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Arbeidsongeschiktheid — Einde — Adviserend geneesheer — Beslissing — a) Bestuurshandeling — b) Beroepsgeheim — Draagwijdte

1. De rechter moet amtsshalve onderzoeken of een individuele bestuurshandeling conform de wet van 29 juli 1991 uitdrukkelijk is gemotiveerd.

2.a) De geschreven beslissing van de adviserend geneesheer van een Z.I.V.-verzekeringsinstelling t.a.v. een gerechtigde, waarbij een einde wordt gemaakt aan diens arbeidsongeschiktheid, is een bestuurshandeling als bedoeld in de wet van 29 juli 1991, aangezien de verzekeringsinstelling een bestuur in de zin van die wet is. De beslissing moet derhalve uitdrukkelijk gemotiveerd zijn, d.i. op straffe van nietigheid, haar feitelijke en juridische overwegingen vermelden en afdoende zijn.

b) Het beroepsgeheim van de adviserend geneesheer van een Z.I.V.-verzekeringsinstelling is betrekkelijk. Het kan niet worden aangevoerd tegen de gerechtigde op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen m.b.t. de beslissing die een einde maakt aan diens arbeidsongeschiktheid.

L. t/ N.V.S.M.

In feite

De eiseres, geboren op 18 januari 1953, oefende achtereenvolgens het beroep van bejaardenverzorgster, laborante en schoonmaakster uit. Zij werd met ingang van 23 maart 1991 als arbeidsongeschikt erkend.

Op 18 juli 1991 heeft de adviserend geneesheer van de verweerder beslist dat de eiseres vanaf 5 augustus 1991 niet meer de graad van arbeidsongeschiktheid heeft die recht geeft op uitkeringen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

De eiseres werd opnieuw als meer dan 66% arbeidsongeschikt erkend vanaf 30 november 1991.

Op 6 januari 1992 heeft de adviserend geneesheer van de verweerder beslist dat de eiseres vanaf 13 januari 1992 niet meer de graad van arbeidsongeschiktheid heeft die recht geeft op uitkeringen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

De eiseres bevond zich op het ogenblik van de twee voornoemde beslissingen in de periode van primaire ongeschiktheid (eerste zes maanden).

De eerste beslissing werd aan de eiseres ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven van 18 juli 1991, de tweede bij aangetekend schrijven van 8 januari 1992.

In rechte

...

Over de gevolgen van de toepassing van de wet van 29 juli 1991 voor de beslissing van 6 januari 1992

Artikel 107 Gw. bepaalt dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zover zij met de wetten overeenstemmen. Deze regel geldt evenzeer voor alle individuele bestuurshandelingen (Cass., 24 november 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 364; Mast, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, 1992, 614, en de referenties in voetnoot 6; Rimanque, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, 1990, nr. 165). Nu die grondwetsbepaling de openbare orde raakt, kan en moet de rechter van rechtswege onderzoeken of een individuele bestuurshandeling niet in strijd is met de bepalingen van de wet (Alen, A., «De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet», *R.W.*, 1983-84, 1731; Mast, A., o.c., 615, en de referenties in voetnoot 7; Rimanque, K., o.c., 99-100). Een en ander leidt tot de conclusie dat de rechtbank bevoegd is ambtshalve na te gaan of een bestuurshandeling niet in strijd is met de bepalingen van de wet van 29 juli 1991 (zie in dezelfde zin, Elst, R., «Commentaar bij de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen», *Vlaams Jurist Vandaag*, 1992, nr. 2, 34), nog afgezien van het feit dat de eiseres zich thans zelf op de bepalingen van deze wet beroept.

Vraag is evenwel of de bestreden beslissing van de adviserend geneesheer van de verweerder van 6 januari 1992 wel als een bestuurshandeling kan worden beschouwd en of het inzonderheid een bestuurshandeling betreft in de zin van artikel 1 van de wet van 29 juli 1991. M.a.w., is de verweerder een «bestuur», en zo ja, is de bestreden beslissing een «bestuurshandeling»? Beide vragen dienen bevestigend beantwoord te worden.

Wordt het «bestuur» in artikel 1 van de wet van 29 juli 1991 omschreven als «de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State», dan worden geenszins alleen die administratieve overheden wier beslissingen door een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State kunnen worden bestreden, als «bestuur» beschouwd. Ook administratieve overheden wier beslissingen voor gewone rechtbanken bestreden kunnen worden, zijn «besturen» in de zin van de wet (Debersaques, G., «Een ingrijpende verandering in het bestuursrecht: de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991», *T.B.P.*, 1992, 376; Van Orshoven, P., «De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen», *R.W.*, 1991-92, 489).

Is de verweerder echter een administratieve overheid? Naar het oordeel van de rechtbank wel (zie in dezelfde zin, Elst, R., *l.c.*, 31). Dat de verweerder een privaatrechtelijk rechtspersoon is, is inderdaad niet van doorslaggevend belang. Essentieel is daarentegen dat hij een deel van het openbaar gezag uitoefent, dat hij een opdracht van algemeen belang uitoefent, erkend is door de overheid en belast is met het beheer van een openbare dienst (zie het verslag van de commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z., 1988, nr. 215/3, 30). Al die voorwaar-

den zijn aan de zijde van de verweerder vervuld (zie over de erkenning van de landsbonden en de draagwijdte ervan, inz. Suetens, L.P., «De natuur en de draagwijdte van de erkenning in het recht van de sociale zekerheid», *B.T.S.Z.*, 1968, 415-433). Er zij trouwens opgemerkt dat de verweerder ook wat de toepassing van de Taalwet Bestuurszaken betreft als een administratieve overheid wordt aangemerkt (R.v.St., 13 september 1966, *Arr. R.v.St.*, 1966, nr. 11.938; Renard, R., *Talen in bestuurszaken, in de bedrijven en in de sociale betrekkingen*, in *A.P.R.*, Gent, 1983, nr. 59). Trouwens, indien de verweerder geen bestuur in de zin van de wet zou zijn, *quod non*, dan zou dit meteen een discriminerende behandeling van de eiseres ten gevolge hebben, daar zij zich, indien zij aangesloten zou zijn bij de Hulpkas voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering, ongetwijfeld wel op de toepassing van de wet van 29 juli 1991 had kunnen beroepen (zie ook Elst, R., *l.c.*, 31).

Is de verweerder een «bestuur», dan is de bestreden handeling ook zonder enige twijfel een bestuurshandeling in de zin van de wet, te weten «de eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuursden of voor een ander bestuur».

Dit betekent dat de beslissing van de adviserend geneesheer waarbij een einde wordt gemaakt aan de arbeidsongeschiktheid van de eiseres «uitdrukkelijk» moet worden gemotiveerd (artikel 2, Wet 29 juli 1991), d.w.z. dat de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet «afdoende» zijn (artikel 3, Wet 29 juli 1991).

Is dit *in casu* het geval? Het staat direct al vast dat «de akte» die op de voormelde wijze gemotiveerd moet worden, het bericht «einde van arbeidsongeschiktheid» is dat op 8 januari 1992 bij aangetekend schrijven aan de eiseres werd verstuurd, conform het model in bijlage V/1 bij het K.B. van 31 december 1963 houdende verordening op de uitkeringen inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering. Het originele stuk wordt nochtans niet overgelegd... Het dossier van het auditoraat bevat alleen het exemplaar bestemd voor de administratieve dienst (stuk 2/3). De eiseres betwist nochtans niet dat de beslissing haar conform het bij koninklijk besluit bepaald model werd meegedeeld. Welnu, de akte vermeldt slechts: «Ik heb de eer U te melden dat ik na onderzoek van oordeel ben dat U niet meer de graad van arbeidsongeschiktheid heeft, die recht geeft op uitkeringen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering, en wel vanaf 13 januari 1992».

Het is de geschreven beslissing die aan de eiseres werd meegedeeld, die aan de formele motiveringsvereisten moet voldoen. Met motieven die in andere stukken voorkomen, inzonderheid in een naderhand door de adviserend geneesheer opgemaakt verslag, kan in genen dele rekening worden gehouden (Van Mensel, A., «De formele motiveringsplicht. De wet van 29 juli 1991», *T.B.P.*, 1992, 392; Debersaques, G., *l.c.*, 377 en 381).

Het is natuurlijk niet omdat de bestuurshandeling is meegedeeld conform een bij koninklijk besluit (van 21 september 1988, *B.S.*, 25 november 1988) vastgesteld model, dat zij voldoet aan de vereisten van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

Naar het oordeel van de rechtbank bevat de bestreden beslissing noch de juridische noch de feitelijke overwegingen

die eraan ten grondslag liggen, laat staan dat de motivering «afdoende» zou zijn. Men hoeft maar de afwezigheid van enige motivering in feite vast te stellen om tot de conclusie te komen dat de bestreden beslissing niet in overeenstemming is met de bepalingen van de wet van 29 juli 1991, en dit des te meer daar de uitzonderingen in artikel 4 van de wet niet kunnen worden ingeroepen (zie hierna). Een motivering in rechte is er evenmin: alleen de beslissing zelf van de adviserend geneesheer wordt meegedeeld, niet haar juridische grondslag. De beslissing bevat zelfs geen verwijzing naar de toepasselijke wetsbepaling of naar de wettelijke criteria inzake arbeidsongeschiktheid (zie het verslag van de commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Gedr.St., Senaat*, B.Z., 1988, nr. 215/3, 17; Debersaques, G., *l.c.*, 379), laat staan een weergave van deze bepalingen/criteria. De rechtbank ziet niet in hoe men tot het besluit zou kunnen komen dat de beslissing de juridische en feitelijke overwegingen die eraan ten grondslag liggen «duidelijk, nauwkeurig, volledig en waarheidsgetrouw» zou vermelden en dat de motivering aldus «afdoende» («adéquate») zou zijn of de beslissing voldoende zou dragen (zie het verslag van de commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken, de Opvoeding en het Openbaar Ambt, *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1595/4, 11; Van Mensel, A., *l.c.*, 392; Van Orshoven, P., *l.c.*, 491).

Vergeefs zou naar het oordeel van de rechtbank opgeworpen worden dat een motivering in feite *in casu* «afbreuk kan doen aan de bepalingen inzake de zwijgplicht», en bijgevolg door artikel 4 van de wet van 29 juli 1991 niet verplicht zou zijn. Allereerst zij vastgesteld dat de Franse tekst het heeft over «des dispositions en matière de secret professionnel». Is het kennelijk de bedoeling geweest ruimere uitzonderingen toe te staan dan alleen die welke uit het beroepsgeheim voortspuiten en is de Franse tekst aldus kaduuk (verslag van de commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Gedr.St., Senaat*, B.Z., 1988, nr. 215/3, 21; Debersaques, G., *l.c.*, 378), dan zal dit de rechtbank niet tot een ander oordeel dan het hiernavolgende brengen, daar uit de navolgende overwegingen zal blijken dat de feitelijke motivering *in casu* evenmin strijdig is met zo'n ruimere «zwijgplicht». Is het trouwens verboden te denken dat de vermelding van die «zwijgplicht» vooral tot doel had een uitzondering mogelijk te maken voor andere personen dan die welke door het beroepsgeheim in de eigenlijke zin van het woord zijn gebonden (zie over het onderscheid tussen beroepsgeheim en discretieplicht, Lambert, P., *Le secret professionnel*, Brussel, 1985, 275 e.v.)? De uitzonderingen op de motiveringsplicht moeten trouwens restrictief geïnterpreteerd worden (verslag van de commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken, de Opvoeding en het Openbaar Ambt, *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1595/4, 2; Debersaques, G., *l.c.*, 378).

Kan aangenomen worden dat de adviserend geneesheer van het ziekenfonds door het beroepsgeheim gebonden is (Brussel, 8 november 1973, *J.T.*, 1974, 138; Nys, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, 1991, nr. 903) — en zelfs hierover is er geen unanimititeit — dan is dit geheim toch vrij betrekkelijk, zowel wat de omvang van de geheim te houden gegevens betreft als wat de personen ten aanzien van wie het kan worden ingeroepen. Men hoeft hiervoor slechts artikel 84 van de Z.I.V.-wet en artikel 21 van het K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut

en het barema van de adviserend geneesheren te consulteren (zie ook artikel 128, § 1, van de Code van Geneeskundige Plichtenleer). Uit die bepalingen volgt nochtans nog niet dat de adviserend geneesheer zich ten opzichte van de persoon wiens arbeidsongeschiktheid hij controleert, *niet* op het beroepsgeheim zou kunnen beroepen. Kan hij dat echter wel? Naar het oordeel van de rechtbank niet. Er moet worden aangenomen dat een behandelend geneesheer zich in beginsel *niet* op zijn beroepsgeheim ten aanzien van zijn eigen patiënt kan beroepen: spreken is de regel, zwijgen de uitzondering (zie Lambert, P., *o.c.*, 115-117; Nys, H., *o.c.*, nrs. 953-954). Een en ander zou trouwens afgeleid kunnen worden uit Cass., 9 februari 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 720; zie nochtans Nys, H., *o.c.*, nr. 968; zie echter al R.v.St., 26 april 1974, *Arr. R.v.St.*, 1974, nr. 16.387). Zou een geneesheer die in overheidsopdracht alleen maar een controlerende opdracht heeft en door wie de betrokkene zich laat onderzoeken (zich moet laten onderzoeken) omdat hij aanspraak wil (blijven) maken op uitkeringen, zich ten aanzien van de gecontroleerde dan op een ruimer beroepsgeheim kunnen beroepen, zulks in naam van een belang dat zwaarder moet doorwegen dan het belang van de betrokkene zelf? Zelfs indien mocht worden aangenomen dat het geheim tegen de onderzochte persoon zou kunnen worden ingeroepen wat het medisch dossier als zodanig betreft, dan lijkt die stelling in elk geval toch moeilijk houdbaar wanneer het gaat om die medische gegevens waarop de beslissing van de adviserend geneesheer in het bijzonder steunt (vgl. Vandendriessche, R., «De adviserend geneesheer. De samenwerking met de behandelend geneesheer. Het beroepsgeheim en de arbeidsrechtbank», *B.T.S.Z.*, 1977, 775; Schutyser, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent, 1973, 305, en voetnoot 1707). Hiervoor het beroepsgeheim inroepen, lijkt een afwijking te zijn van de bestaansredenen van deze instelling (er werd ook al van een perversie gesproken: zie Lambert, P., *o.c.*, 115). De vraag kan trouwens worden gesteld waarom het openbaar belang zou eisen dat diegene aan wiens arbeidsongeschiktheid een einde wordt gemaakt, onwetend zou blijven over de redenen waarom zulks gebeurt... (eventuele correspondentie tussen adviserend en behandelend geneesheer — zie artikel 26 van het K.B. nr. 35 — kan een en ander naar het oordeel van de rechtbank niet vervangen).

Stellen dat de adviserend geneesheer zich achter zijn beroepsgeheim zou mogen verschuilen om in zijn aan de betrokkene meegedeelde beslissing niet de feitelijke medische gegevens waarop hij steunt, te hoeven meedelen, lijkt ten slotte vrij hypocriet: voldoende was *in casu* dat de eiseres bij de arbeidsrechtbank een beroep instelde tegen de beslissing, opdat de adviserend geneesheer aan de rechtbank zijn verslag diende mee te delen (zie Arbh. Bergen, 5 september 1980, *Inf. R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, noot; Arbrb. Nijvel, 15 juli 1971, *T.S.R.*, 1972, 218), dat het in het dossier van het auditoraat werd opgenomen en dat de betrokkene het vervolgens vrij kon inzien... De mededelingsplicht aan een door de rechtbank aangestelde deskundige is trouwens zeker even ruim (zie Arbh. Bergen, 20 september 1977, *T.S.R.*, 1978, 203, volgens hetwelk de eigen vaststellingen van de adviserend geneesheer in elk geval niet door het beroepsgeheim gedekt kunnen zijn; Arbrb. Brussel, 2 februari 1990, *J.T.T.*, 1990, 276), en de eiseres zou natuurlijk ook kennis van het integrale verslag van de deskundige, met zijn bijlagen, kunnen krijgen.

Proceseeconomisch lijkt het trouwens te verkiezen de belanghebbende deze informatie al ter beschikking te stellen vooraleer de procedure aanhangig wordt gemaakt, opdat hij mede op grond hiervan kan beslissen of er wel voldoende gronden zijn om een vordering in te stellen, zodat hij hiervan ook kan afzien.

Nu aldus vaststaat dat de bestreden beslissing niet voldoet aan de vereisten inzake motivering opgelegd door de wet van 29 juli 1991, rijst nog de vraag naar de toe te passen sanctie. De formele motiveringsplicht, dient te worden beschouwd als een substantieel vormvereiste, zodat het niet-ervullen ervan tot de onwettigheid van de beslissing leidt (verslag van de commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden, *Gedr.St., Senaat*, B.Z., 1988, nr. 215/3, 16; Debersaques, G., *l.c.*, 380).

Leidt deze onwettigheid in beginsel tot de niet-toepassing van de beslissing, dan kan de sanctie *in casu* niet anders dan de vernietiging van de bestreden beslissing zijn (zie Debersaques, G., *l.c.*, 380; Van Orshoven, P., *l.c.*, 490).

De eis is aldus gegrond en de verweerder kan niet geacht worden op een wettige wijze een einde te hebben gemaakt aan de arbeidsongeschiktheid van de eiseres.

Of een en ander ook leidt tot een recht op uitkeringen kan de rechtbank niet uitmaken: dit is afhankelijk van andere voorwaarden dan alleen maar de graad van arbeidsongeschiktheid. De eis tot veroordeling van het betalen van uitkeringen is dus ongegrond.

NOOT – Dit lijkt een van de eerste gerechtelijke beslissingen te zijn waarbij de Motiveringswet van 29 juli 1991 wordt toegepast op privaatrechtelijke rechtspersonen belast met het beheer van een openbare dienst: de landsbonden van ziekenfondsen.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 27 mei 1992

Vonnissen en arresten – Verplichte vermeldingen – Datum – Ontstentenis – Nietigheid

Het bestreden arrest nummer 28/92 van het Hof van Beroep te Brussel wordt vernietigd op grond van het ambtshalve aangevoerde middel (schending van art. 780, 5°, Ger.W.):

«Overwegende dat blijkens het proces-verbaal van de door het Hof van Beroep te Brussel op 10 januari 1992 gehouden terechtzitting een arrest is uitgesproken in de zaak van verweerder; dat de voorziening van eiser is ingesteld tegen een op die datum tegen verweerder uitgesproken arrest;

«Overwegende evenwel dat het arrest waarvan een door de griffier-hoofd van dienst van het Hof van Beroep te Brussel eensluidend verklaarde uitgifte samen met de andere stukken aan het Hof is voorgelegd, geen datum vermeldt en evenmin melding maakt van enige datum op de minuut van het arrest;

«Overwegende dat nietig is de beslissing van een rechtscollege die, behalve de gronden en het beschikkende gedeelte, de datum van de uitspraak in openbare zitting niet bevat;

«Dat de opgave van die datum noodzakelijk is voor de beoordeling van de gevolgen van die beslissing.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Stranard – Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven – In de zaak: Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel t/ C.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 25 januari 1993

Arbeidsovereenkomst – Onderwijzer – Aansprakelijkheid krachtens art. 1384 B.W. – Mogelijkheid van omkering van het vermoeden door een beroep op art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet

Het bestreden arrest (Hof Luik, 26 juni 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het bij de vrijstelling van de aansprakelijkheid van de werknemer in geval van lichte fout die bij hem niet gewoonlijk voorkomt, als bepaald bij artikel 18 van de wet van 3 juli 1978, gaat om de aansprakelijkheid van de werknemer voor zijn persoonlijke fout;

«Overwegende dat artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek een vermoeden van aansprakelijkheid vestigt ten laste van de onderwijzers voor de schade door hun leerlingen veroorzaakt gedurende de tijd dat deze onder hun toezicht staan; dat ingevolge het vijfde lid van dat artikel de aansprakelijkheid ophoudt indien de onderwijzer bewijst dat hij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet heeft kunnen beletten; dat het vermoeden van aansprakelijkheid bijgevolg op een persoonlijke fout berust en alleen door het tegenbewijs van die fout kan worden omgekeerd;

«Overwegende dat artikel 18 van de wet van 3 juli 1978, ofschoon het afwijkt van het gemene recht inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid, het vermoeden van aansprakelijkheid voor andermans daad niet opheft, zoals dat bij artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek is ingesteld, wanneer de onderwijzer zijn toezicht in uitvoering van een arbeidsovereenkomst uitoefent; dat de onderwijzer in een dergelijk geval evenwel, zelfs als hij het feit dat zijn aansprakelijkheid in het gedrang heeft gebracht had kunnen beletten, het vermoeden kan omkeren door aan te tonen dat hij zich niet schuldig heeft gemaakt aan bedrog of zware schuld of lichte schuld die eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt;

«Overwegende dat het arrest, dat beslist dat eiser, leraar lichamelijke opvoeding verbonden door een arbeidsovereenkomst, op grond van artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk is, en daarbij weigert acht te slaan op de tempering van dat artikel door artikel 18 van de wet van 3 juli 1978, die wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: M. e.a. t/ B. e.a.)

Rb. Brugge (1e Kamer), 11 april 1990

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Eigenaar-bewaarder van gymnastieklokaal – Van de muur losgekoppelde radiator die omkantelt bij het zich steun verschaffen bij een gymnastiekoefening

«Uit de door eiser overgelegde stukken blijkt dat hij op 13 november 1985 tijdens een gymnastiekoefening in een door verweerster ter beschikking gesteld lokaal gewond werd aan de hand en de voet door een omkantelende gietijzeren radiator. Hoewel er in het lokaal turnrekken aanwezig waren, maakte eiser gebruik van een radiator om zich steun te verschaffen. Kennelijk was deze radiator van de muur losgekoppeld met het oog op vervanging.

«1. Eiser bewijst niet dat verweerster een fout of nalatigheid (artt. 1382-1383 B.W.) beging door het loskoppelen en niet verwijderen van de bewuste radiator in haar schoollokaal.

«Verweerster diende er immers niet van uit te gaan dat bij het turnen in een lokaal dat met specifieke turnrekken was uitgerust door sommigen van de radiatoren gebruik zou worden gemaakt om tijdens een specifieke oefening zich steun te verschaffen.

«Bij een dergelijk 'oneigenlijk gebruik' van een radiator is het risico volledig voor rekening van de gebruiker.

«2. Eiser kan evenmin een beroep doen op het artikel 1384, eerste lid, B.W.

«De losgekoppelde radiator kan in de gegeven omstandigheden niet als 'gebrekig' worden beschouwd, d.w.z. ongeschikt voor een normaal gebruik. Zoals reeds aangetoond maakte eiser immers een abnormaal gebruik van de zaak.»

(Rechter: de h. Vandenborgh – Advocaten: mrs. van der Ghote en Porta – In de zaak: C. t/ Stad Oostende)

BOEKEN

MERIT & THRUST BELGIUM i.s.m. G.A. VERHELLEN, **Ondernemersgids voor Oost-Europa. Tsjechië, Slowakije, Hongarije, Polen en de Russische Federatie**, ced. Samsom, Diegem, 1992, 121 pp.

Het buitenlandse aanbod van ondernemingsgidsen voor Oost-Europa is niet gering. De beste publikatie in deze categorie is een Nederlands initiatief van het Directoraat-Generaal voor Buitenlandse Economische Betrekkingen, Ministerie van Economische Zaken i.s.m. het Documentatiebureau voor Oost-Europees Recht RULeiden: twee ondernemingsgidsen resp. over Wetgeving Oost-Europa en over Wetgeving Rusland, uitgegeven door Sdu uitgeverij Plantijnstraat, Den Haag 1992.

De hier besproken ondernemingsgids is beperkter qua opzet, maar hij biedt het voordeel dat hij voor een Belgisch (Vlaams) publiek is geschreven. Het initiatief daartoe kwam van het kantoor Merit en Thrust Belgium, dat de Vlaamse betrokkenheid bij privatiseringsoperaties in Centraal-Europa en in de Russische Federatie wil aanmoedigen. De gids besteedt daarom veel aandacht aan de problemen van vennootschapsrecht, privatisering, restitutie en bescherming van buitenlandse investeringen. Daarnaast zijn er per land hoofdstukjes over de politieke geschiedenis, de juridische omkadering van de handelsactiviteiten, de sociale aspecten (lonen, arbeidstijd, vakbonden) en de belastingen. Ten slotte worden enkele nuttige adressen vermeld.

Vanzelfsprekend is zo'n ondernemingsgids niet met wetenschappelijke bedoelingen geschreven; hij wil de lezer een eerste kennismaking bieden met de mogelijkheden in een voor hem onbekend investeringsgebied. Wat dat betreft durft de auteur zich (begrijpelijkerwijze) niet ondubbelzinnig uitspreken. Wanneer mr. G.A. Verhellen in zijn voorwoord schrijft dat «op verschillende terreinen zij (de verst gevorderde voormalige COMECON-staten) het zogenaamde 'voordeel van de achterstand' kunnen exploiteren en lering kunnen trekken uit de onvolmaaktheden en vergissingen van hun westerse voorbeelden» (p. 9), dan is dat een hoopvolle benadering van de situatie, die (nog) niet strookt met de realiteit. Maar anderszins worden al te enthousiaste kandidaten aangemaand om zich bedaard op te stellen: «een overrompeling van buitenlandse investeringen is van die aard om het nationale gevoel aan te wakkeren, met alle mogelijke gevolgen vandien» (p. 11).

De besproken materie is zeker niet eenvoudig. Niet alleen vraagt ze een degelijk inzicht in de sociale en politieke situatie in Oost-Europa, maar bovendien is het verzamelen van recente bronnen een hele opgave. Toch zou een kritischer benadering hier op zijn plaats zijn. Zo merkt de auteur op dat het vennootschapsrecht in de verschillende landen een «ruime gemeenschappelijke basis heeft» (p. 11). Dat is ongetwijfeld zo. Bovendien gaat het om een vennootschapsrecht dat op westerse leest is geschoeid. Veel boeiender is het echter na te gaan hoe dit vennootschapsrecht functioneert in een post-communistische maatschappij, en welke rol het bijvoorbeeld speelt in het conversieproces van staatseigendom naar vennootschapseigendom. Bij een inzicht in een dergelijk mechanisme heeft de potentiële investeerder zeker belang. De oorspronkelijke hybride vorm van de joint venture met staatsparticipatie is geëvolueerd naar nieuwe juridische ondernemingsvormen: de gemengde vennootschap met buitenlands kapitaal of de vennootschap, die zich volledig in eigendom van buitenlandse investeerders bevindt. De hele juridische problematiek van overgang van aansprakelijkheden en eventuele verantwoordelijkheid voor ecologische fouten die in het verleden zijn gemaakt, kunnen de potentiële investeerder niet onberoerd laten.

De redactie van de tekst werd afgesloten op 30 juni 1992. Intussen is de Oosteuropese wetgeving meer dan een half jaar geëvolueerd. Het behoort tot de essentie van de privatiseringswetgeving dat zij voortdurend wordt aangepast. Of het hierbij alleen om verfijningen van de wetgeving zou gaan, zoals de auteur beweert, is ten eerste de vraag. Onder druk van politieke haalbaarheidsmotieven treedt bij een dergelijke wetswijziging immers ook vaak een nieuw maatschappelijk herverdelingsperspectief op. De ondernemer blijft geconfronteerd met een voortdurend bewegend juridisch kader. Zo kon de auteur, ondanks het feit dat hij reeds spreekt van Tsjechië en Slowakije, nog geen rekening houden met het gewijzigde privatiseringsbeleid van de Slovaakse overheid.

Moelijker nog is de toestand in de Russische Federatie. Het ondernemingsklimaat in de Russische federatie werd waarschijnlijk niet zonder aarzelen in het boek opgenomen, aangezien de auteur in het voorwoord toegeeft dat hij wat dat betreft niet over voldoende informatie beschikt. De privatisering in de Russische federatie wordt zeer summier besproken. Toch moet men vaststellen dat ook op dat terrein reeds een aantal belangrijke juridische en praktische stappen zijn gezet.

Om voornoemde redenen heeft de auteur er wijs aan gedaan een vrijwaringsclausule in te bouwen: «Hoewel alle aandacht werd besteed aan de verificatie van de opgenomen informatie, wordt de juistheid ervan niet gegarandeerd (p. 12)». Maar geen nood: «Er wordt de lezer dan ook aanbevolen om zich van deskundig advies te voorzien alvorens investeringsbeslissingen te nemen»...

In een laatste hoofdstuk bespreekt de auteur het PHARE-programma (Poland and Hungary Action for Restructuring of the Economy), dat thans reeds is uitgebreid tot tal van andere post-communistische landen. Het recentere TACIS-programma (EC programme of Technical Assistance for the CIS states) blijft echter onbesproken.

Wie na lezing van deze ondernemingsgids besluit zijn kansen te wagen in Centraal- of Oost-Europa kan misschien, alvorens hij deskundig advies inwint, nog even een bezoek brengen aan het Documentatiecentrum van het Leuven Instituut voor Centraal- en Oost-europese Studies van de KULeuven, Blijde Inkomststraat 5, 3000 Leuven. Het Documentatiecentrum beschikt over de meest recente

economische en juridische informatie rond de systeemtransformatie in de Centraal- en Oosteuropese staten.

*K. Malfliet
Hoofddocent Recht en Instellingen van
de Centraal- en Oosteuropese Staten
K.U. Leuven.*

MICHAEL FAURE, De strafrechtelijke toerekening van milieudelicten, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1992, 151 pp.

Zoals de auteur in zijn woord vooraf opmerkt, is het voorliggende boek grotendeels gegroeid uit een bijdrage voor een studiedag te Gent omtrent de persoonlijke aansprakelijkheid van kaderleden en andere werknemers voor milieuverontreiniging. De tekst voor die studiedag werd naderhand aangevuld en in dit werk gepubliceerd.

De strafrechtelijke toerekening van milieudelicten stelt het materieel en het formeel strafrecht ongetwijfeld voor een zware uitdaging. In dit leerstuk komt immers meer dan in andere deelgebieden van deze rechtstak de vraag aan de orde of de traditionele opvattingen omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid nog opgewassen zijn tegen bepaalde eigentijdse vormen van strafbaar gedrag. Het lijkt geen twijfel dat deze traditionele concepten over strafrechtelijke schuld in het verleden hun deugdelijkheid hebben bewezen, doch het staat evenzeer vast dat het aanpassingsvermogen en de rekbaarheid van een aantal strafrechtelijke begrippen ook een grens kent. De vraag is dan ook of die grens in het milieustrafrecht op heden niet is bereikt en het bijgevolg hoog tijd wordt enkele traditionele begrippen in het strafrecht te herzien en eventueel aan te passen aan de nieuwe realiteiten zonder de rechtszekerheid in het gedrang te brengen.

Het is de grote verdienste van de auteur dat hij door dit werk heen steeds die kernvraag voor ogen houdt en steeds duidelijk maakt wat in de praktijk maximaal bereikt kan worden met de huidige in het strafrecht geldende opvattingen. Logischerwijze eindigt het werk dan ook met de bespreking van een aantal voorstellen tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, een vraagstelling die bij de behandeling van dit onderwerp onontkoombaar was. Doch alvorens op die manier zijn werk af te ronden onderzoekt de auteur uiterst grondig de actuele situatie met betrekking tot de toerekening van milieudelicten binnen de rechtspersoon. Hierbij wordt terecht een veelvuldig beroep gedaan op de rechtspraak van zowel het Hof van Cassatie als van de feitenrechtsheren en op zowel uitgegeven als onuitgegeven rechterlijke uitspraken. In andere hoofdstukken wordt eveneens ingegaan op de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor strafsancities en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ambtenaren voor milieudelicten.

Bij de behandeling van zijn onderwerp wijdt de auteur een aantal kritische beschouwingen aan de manier waarop fundamentele strafrechtelijke begrippen soms door de rechtspraak worden toegepast. Zo gaat hij in op de vraag of het schuldvereiste bij de milieudelicten steeds en in absolute vorm een kennisvereiste inhoudt, zoals door een cassatiearrest van 10 oktober 1989 lijkt te worden gesteld.

Bij de bespreking van een aantal toepassingen van de rechterlijke toerekening van milieudelicten gaat de auteur in op de betekenis voor de strafrechtelijke toerekening van de handtekeningsbevoegdheid binnen de vennootschap en op de gevolgen van een delegatie van bevoegdheden binnen een rechtspersoon. Hierbij wordt opgemerkt dat het bestaan van een delegatie van bevoegdheden op zich niet volstaat om de hoger geplaatste persoon van elke schuld te ontheffen en dat een delegatie, om zodanig effect te hebben, in elk geval zeer duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn.

Ook wordt erop gewezen dat in het milieustrafrecht geen plaats is voor een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid. Het belang dat heden ten dage terecht aan de milieubescherming wordt gehecht, mag er niet toe leiden dat de strafrechtelijke schuld op een al te ruime manier wordt geïnterpreteerd. De rechtszekerheid geldt immers ook voor de persoon die wegens een milieudelict wordt vervolgd.

De auteur komt terecht tot het besluit dat de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen gewenst is en dat deze hervorming een einde zou maken aan een aantal problemen waarvoor de vervolgende instanties zich vandaag in de praktijk geplaatst zien. De auteur wenst dat zulks eerst zou gebeuren voor

de sector van het milieustrafrecht. Er bestaat namelijk geen noodzaak om deze vernieuwing meteen als een algemene regel voor het commune strafrecht in te voeren. Hiervoor kan verwezen worden naar de Nederlandse wetgeving in dezen, waar de strafrechtelijke aansprakelijkheid eerst werd ingevoerd voor de economische delicten en pas later werd veralgemeend. De auteur doet voorts de suggestie (p. 134) om op nationaal niveau een kaderwet te maken waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt geregeld doch die pas wordt ingevoerd indien de bijzondere wetgever, bijvoorbeeld de decreetgever, zulks bepaalt. Deze suggestie heeft het grote voordeel dat de situatie op het wetgevend vlak zou kunnen worden geblokkeerd en dat tegelijk de wens van de Raad van State van een eenvormige nationale regeling wordt vervuld.

Hier wordt door de auteur een kwestie aan de orde gesteld die het domein van het milieustrafrecht in ruime mate overstijgt. Men kan immers de vraag stellen of het wenselijk is dat met betrekking tot fundamentele begrippen in het strafrecht, zoals de aansprakelijkheid van rechtspersonen, in België een verschillende wetgeving zou bestaan in het noorden en in het zuiden van het land. Dit probleem is in diverse kringen sterk aan de orde en verdient de nodige aandacht aangezien het hier gaat om een keuze tussen de wenselijkheid van een spoedige invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen enerzijds en het behoud van een zekere uniformiteit in het Belgisch strafrecht anderzijds. Het materiaal dat in het werk van Michael Faure is samengebracht, stelt de kritische lezer ongetwijfeld in staat op deze en andere fundamentele vragen een antwoord te geven.

Het voorliggend boek is aanbevolen lectuur voor elkeen die zich vanuit praktisch of theoretisch standpunt inlaat met het milieustrafrecht in het bijzonder en het strafrecht in het algemeen. De uitgebreide bibliografie en de ontelbare aangehaalde en geanalyseerde rechterlijke uitspraken verhogen nog de waarde van deze studie, die vanuit de studie van een specifieke sector van het strafrecht de lezer tevens doet nadenken over het strafrecht in het algemeen.

*Philip Traest
Doctor-assistent Universiteit Gent*

F.H.J. MIJNSSEN, Materieel beslagrecht, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 104 pp.

Vindt de executie plaats volgens de (formele) voorschriften van het procesrecht, dan ontleent zij haar finaliteit aan het materiële recht. Het beslagrecht strekt immers tot de voldoening van materieelrechtelijke aanspraken van de executant. Het beslag heeft verder bepaalde materieelrechtelijke gevolgen. Zo leidt het beslag tot de beschikkingsonbevoegdheid van de geëxecuteerde. Deze materieelrechtelijke dimensie van het beslagrecht wordt door F.H.J. Mijnsen, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar aan de V.U. Amsterdam op voortreffelijke wijze uiteengezet in zijn preadvies voor de Koninklijke Notariële Broederschap (1984) en in de in 1987 verschenen eerste druk van de hier besproken monografie. Een nieuwe editie was nodig om de tekst aan te passen aan het nieuwe beslagrecht dat per 1 januari 1992 in werking is getreden met de invoering van het nieuwe Nederlands Burgerlijk Wetboek.

In een eerste hoofdstuk onderzoekt de auteur, na eerst een overzicht te hebben gegeven van de diverse soorten beslagen en andere wijzen van executie, de fundamentele vragen omtrent de aard en de gevolgen van het beslagrecht: de beschikkingsonbevoegdheid, de relatieve werking hiervan, de positie van de executant, enz. De opvatting dat het beslag een zakelijk recht verleent, wordt terecht bestreden. Dit geldt eveneens voor de stelling dat de beslaglegger als rechtverkrijgende van de geëxecuteerde moet worden beschouwd. Volgens de auteur kan de executie niet worden verklaard door het optreden van de beslaglegger als een vorm van vertegenwoordiging te beschouwen. Aangezien een vertegenwoordiger volledig in de plaats treedt van de vertegenwoordigde, kan dit tot de opvatting leiden dat de beslaglegger ook de obligatoire verplichtingen moet eerbiedigen die de geëxecuteerde op zich heeft genomen (p. 22). Tot die gevolgen hoeft de vertegenwoordigingsgedachte niet te leiden indien men aanvaardt dat de beslaglegger zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid niet ontleent aan de geëxecuteerde, maar in dezen beschikt over een eigen recht. De beslaglegger zal dan zoals onver-

schilling welke derde, de obligatoire verplichtingen van de geëxecuteerde ter zijde kunnen schuiven, ook al betreffen die beslagen goed.

In de volgende hoofdstukken worden de drie belangrijkste soorten van beslag besproken (roerend, onroerend en onder derden). De nieuwe Nederlandse wetgeving heeft het beslagrecht eenvoudiger en minder formalistisch gemaakt. Ook kan thans over het algemeen een grotere gelijkheid worden vastgesteld met het Belgische recht. Wat de punten van overeenkomst en verschil betreft, kan o.m. gewezen worden op het volgende.

Ook naar Nederlands recht is voor het leggen van bewarend beslag een rechterlijke machtiging vereist, nl. van de president van de rechtbank. De onder het oude recht geldende uitzondering voor het derdenbeslag op grond van authentieke of onderhandse stukken werd echter niet behouden (cf. art. 1445 Ger.W.). Opheffing van het beslag door hetzij het stellen van een bankgarantie of door een zgn. «minnelijk kantonnement» door storting op een speciale bankrekening is ook in Nederland ingeburgerd (p. 74). De principes i.v.m. de onbeschikbaarheid en de juiste draagwijdte hiervan stemmen in beide landen nagenoeg overeen. De procedure voor het uitvoerend beslag op onroerend goed werd sterk vereenvoudigd. Zoals bij ons beschikt de hypotheekhouder thans over het recht van parate executie. Een andere innovatie is de mogelijkheid van de onderhandse verkoop van de onroerende goederen. Vermeldenswaard zijn ook: de uitgewerkte regeling voor de reële executie, de bepalingen omtrent het beslag op aandelen en het paulianabeslag. Verder kent het Nederlandse recht nog twee conservatoire beslagen die gelegd kunnen worden door deelgenoten in een gemeenschap, nl. het deelgenotenbeslag en het maritaalbeslag dat door een deelgenoot in een huwelijksgemeenschap kan worden gelegd.

Eric Dirix

REACTIE

Terminologie — Auteur of maker ?

Op de taalkundige reactie van eerste voorzitter Robert Soetaert, die in de vorige aflevering (p. 1416) is verschenen, heeft prof. Jan Corbet als volgt geantwoord:

De argumenten van de heer Eerste Voorzitter Soetaert zijn mij bekend. Toen ik mijn boek voor de APR geschreven heb, waar ik dezelfde stelling verdedig (nr. 39), was hij aangewezen als lezer van het manuscript en hebben wij over dit onderwerp al een gesprek gevoerd. Wij zijn beiden op ons standpunt gebleven maar hij heeft, zeer correct, mijn standpunt als auteur (!) gerespecteerd. Het taalargument kan langs twee kanten worden gehanteerd.

Het is juist dat in het gewoon taalgebruik het woord "auteur" niet wordt gebruikt voor een schilder of beeldhouwer. Maar omgekeerd zal niemand spreken van "maker" wanneer een schrijver of componist wordt bedoeld.

Het is waar dat met "Maker" (maar dan wel met een hoofdletter) de Schepper kan worden bedoeld, en dat men Hem kan zien als een Persoon. Daar had ik niet aan gedacht. Maar Van Dale stipt daarbij aan dat dit een religieuze betekenis is, en dus niet de gebruikelijke.

"Auteur" tenslotte, is geen gallicisme, maar goed Nederlands. In zijn laatste zin roept Eerste Voorzitter Soetaert een vraag op, die ons onderwerp enigszins te buiten gaat, maar waarover ik ook graag met hem de degen wil kruisen.

Hij schrijft dat een "maker" pas "auteur" wordt wanneer de wetgever hem een auteursrecht heeft toegekend. Ik geloof eerder dat het auteursrecht ontstaat door het loutere feit van de creatie zelf. Het is, in ieder geval in zijn moreel aspect, een persoonlijkheidsrecht. De wetgever kan het slechts erkennen.

Jan Corbet

MEDEDELINGEN

Kennisgeving van vonnissen van de arbeidsrechtbank

Volgens art. 792 Ger.W. worden in de zaken opgesomd in art. 704 de vonnissen van de arbeidsrechtbank binnen acht dagen bij gerechtsbrief ter kennis gebracht van de partijen. Senator Erdman heeft minister Wathélet erop gewezen dat in de praktijk moeilijkheden zullen rijzen bij gebrek aan communicatie met de raadslieden. Hij vroeg waarom de raadslieden niet meer in kennis gesteld worden van die vonnissen en of de minister de praktische proceduremoeilijkheden wenste te verhelpen. Luidens het Beknopt Verslag van 12 mei 1993 heeft de minister als volgt geantwoord:

«Artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek werd effectief gewijzigd door de wet van 19 januari 1993. Sinds de inwerkingtreding van deze wet werd door de griffie een systeem van kennisgeving ingevoerd om de voorzieningstermijnen in de geschillen betreffende de sociale zekerheid automatisch te laten lopen. Deze wetswijziging werd reeds lange tijd voorgesteld, met name door de commissie belast met de harmonisatie, vereenvoudiging en codificatie van de sociale zekerheid, die in 1985 haar verslag indiende. Bovendien werd door tal van overheden aangeraden om, inzake sociale zekerheid, terug te keren naar een systeem van kennisgeving door de griffie die de voorzieningstermijnen laat lopen. De verplichting om een beroep te doen op een gerechtsdeurwaarder inzake sociale zekerheid, zorgde voor heel wat problemen. Afgezien van de kosten moesten de rechtsonderhorigen vaak maandenlang en soms jarenlang wachten op de uitvoering van de beslissingen. Dat gaf aanleiding tot onjuiste verwijten ten aanzien van de arbeidsrechtbanken.

«Ik werd ingelicht over de kritiek die door de balie werd geleverd en er werd overigens een wetsvoorstel ingediend door de heer Desutter. De vice-deken van de Nationale Orde van Advokaten werd ontvangen om niet voorbij te gaan aan de bekommernissen van de advocaten die eveneens in kennis gesteld willen worden.

«Ik wens te onderstrepen dat de hervorming niet ten gronde gericht mag worden. De doelstelling van een automatische kennisgeving moet behouden blijven.

«Zonder de wet te wijzigen kunnen de advocaten overgaan tot een keuze van woonplaats om de beslissing te ontvangen. Ten slotte heb ik de procureurs-generaal ondervraagd en om hun opmerkingen verzocht.

«De kennisgevingen brengen ongetwijfeld werk en kosten met zich mee. Dit zijn echter slechts lage kosten, ten laste van de organismen van de Staat. Een oplossing zou erin kunnen bestaan dat de griffies de partijen van het vonnis in kennis stellen bij gerechtsbrief en dat zij tegelijkertijd bij gewone brief een niet-getekend afschrift van het vonnis aan de advocaten zenden.

«Ik voeg hieraan toe dat, wanneer ik het over de advocaat heb, ik tevens denk aan de gemachtigde vakbondsafgevaardigde van de werknemer».

Universitair nieuws — Doctoraten rechten U.I.A.

De heer Nico Geelhand zal op woensdag 7 juli 1993 te 17u00 in de Promotiezaal van de U.I.A., zijn proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten openbaar verdedigen.

Het proefschrift handelt over: «Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht: de belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-medecontractant. Het vertrouwensbeginsel als belangenafwegingsinstrument».

Promotor is prof. dr. M. Coene.

De heer Bernard Hubeau zal op vrijdag 9 juli 1993 te 17u00, eveneens in de Promotiezaal van de U.I.A., zijn proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten openbaar verdedigen.

Het proefschrift handelt over: «De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake huisvesting en haar gevolgen voor de woon-situatie van bijzondere groepen».

Promotor is prof. dr. K. Rimanque.