

NAAR DE AFSCHAFFING VAN DE AANMOEDIGING VAN JONGEREN OM ZICH TE VESTIGEN ALS ADVOCaat?

Inleiding

1. Menig advocaat-stagiair blijkt nog steeds geconfronteerd te worden met de vraag wanneer hij nu eigenlijk echt advocaat wordt. Als de advocaat-stagiair uitlegt dat hij het beroep van advocaat reeds volwaardig kan uitoefenen, enkele uitzonderingen niet te na gesproken¹, dan stuit hij herhaaldelijk op onbegrip. De stage wordt beschouwd als, enerzijds (positief), een initiatiecyclus, leertijd of oefenperiode en, anderzijds (negatief) – zeker door diegenen die niet met de juridische wereld vertrouwd zijn –, een zeef of filter die aan de hand van proeven enkel bepaalde juristen geschikt acht om het beroep van advocaat uit te oefenen.

2. Ook de belastingadministratie vond tot voor kort dat een advocaat-stagiair ingeschreven op de lijst van de stagiairs niet gelijk is aan een advocaat ingeschreven op het tableau van de orde van advocaten. De administratie was lange tijd van oordeel dat een advocaat-stagiair immers niet als een beginnende zelfstandige kon worden beschouwd in de zin van artikel 89, § 9bis, oud W.I.B. (artikel 164 nieuw W.I.B., verder aangehaald als «artikel 89, 9bis, oud W.I.B.») en hij daarom, ondanks zijn eerste vestiging als zelfstandige voor zijn vijfendertigste levensjaar, vermeerdering verschuldigd was op de belastingen op de in artikel 20, 1°, b en c, en 3°, oud W.I.B.² genoemde winsten, bezoldigingen en baten wegens geen of ontoereikende voorafbetalingen gedurende de eerste drie jaren van de beroepswerkzaamheid.

3. Sinds ruim een jaar is ten gevolge van een arrest van het Hof van Beroep te Luik³ deining ontstaan rond die opvatting. Het hof is van oordeel dat een advocaat-stagiair wél als een beginnende zelfstandige in de zin van artikel 89, § 9bis, oud W.I.B. beschouwd moet worden en hij de vrijstelling wegens geen of onvoldoende voorafbetalingen kan genieten vanaf zijn inschrijving op de lijst van de stagiairs. Advocaten-stagiairs maar ook jonge advocaten die pas ingeschreven waren op het tableau, weifelden om voorafbetalingen te doen. Zij voelden zich in een onzekere situatie door de commotie veroorzaakt door de ommezwaai van honderdtachtig graden in het arrest van het Hof van Beroep te Luik. De opvatting van de administratie leek hen blijkbaar misleidend

te hebben⁴. Ook het standpunt van de administratie voor de toekomst werd een vraagteken.

4. Hierna wordt nagegaan wat de regeling van artikel 89, § 9bis, oud W.I.B. omvat en, onder meer, welke haar toepassingsvoorwaarden zijn, waarom zij werd ingevoerd en, ten slotte, wanneer een advocaat(-stagiair) het genot kon/kan hebben. Daarbij wordt een antwoord geformuleerd op de vraag of er momenteel een plicht bestaat tot het verrichten van voorafbetalingen voor de advocaat-stagiair dan wel voor de jonge advocaat die voor het eerst is ingeschreven op het tableau. Of de voorafbetalingen gedaan als advocaat-stagiair nog voorafbetalingen gebieden als jonge advocaat ingeschreven op het tableau, wordt eveneens belicht alsook de vraag of de jonge advocaat die als advocaat-stagiair wél voorafbetalingen heeft gedaan, nog aan de vermeerdering wegens geen of onvoldoende voorafbetalingen kan ontsnappen als jonge advocaat ingeschreven op het tableau. Ten slotte wordt gepleit om de voorafbetalingen voor jonge advocaten te starten vanaf de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten.

Terloops worden verschillende bijkomende vragen behandeld zoals wat onder een advocaat-stagiair moet worden verstaan en wat de regeling is voor andere vrije beroepen?

I. Artikel 89, § 9bis, oud W.I.B.

5. Artikel 89, § 9bis is ingevolge de coördinatie van het W.I.B.⁵ artikel 164 geworden en bepaalt:

«Geen vermeerdering is verschuldigd op de belasting op in artikel 20, 1°, 2°, b en c, en 3°, genoemde winsten, bezoldigingen en baten, die personen die de leeftijd van 35 jaar niet hebben overschreden en die zich met ingang van 1 januari 1982, voor de eerste maal vestigen in een zelfstandig beroep, behalen gedurende de eerste drie jaren van de uitoefening van de beroepswerkzaamheid. Voor de toepassing van het eerste lid wordt het jaar waarin de werkzaamheid aanvangt voor een volledig jaar geteld.»

II. Situering en bestaansredenen

6. De bepaling van dat artikel is in het W.I.B. ingelast op initiatief van de regering die zich beriep op de wet van 2 fe-

¹ Ze worden besproken in punt 38 hierna.

² Dit is in het nieuw W.I.B., voor artikel 20, 1°: artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 24, aanhef, ten dele; voor artikel 20, 2°, b: artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 32, ten dele; voor artikel 20, 2°, c: artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 33, ten dele; en voor artikel 20, 3°: artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 27, aanhef, ten dele.

³ Luik, 22 januari 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 355-357, met noot BOURS, J.-P., «Avocats stagiaires et versements anticipés», 357-359.

⁴ Hoewel, *nemo ius ignorare censetur*. Lees het recente artikel in dat verband van DUMORTIER, J., PENNINCKX, M. en TIMMERMANS, Y., «Wie wordt nog geacht de wet te kennen? Een voorstel voor een betere toegankelijkheid van de Belgische wetgeving», *R.W.*, 1992-93, 938-953.

⁵ De coördinatie werd gerealiseerd door het koninklijk besluit van 10 april 1992 en bekrachtigd bij wet van 12 juni 1992 (*B.S.*, 30 juli 1992, 17120 e.v.).

bruari 1982⁶ waarbij, met het oog op het economisch en financieel herstel, de economische groei, de bevordering van de investeringen in de ondernemingen, de gemotiveerdheid van de bevolking tot de arbeid en het scheppen van werkgelegenheid, aan de Koning de mogelijkheid werd gegeven om, bij in Ministerraad overlegde besluiten, in het algemeen alle nuttige maatregelen te nemen teneinde de wetten betreffende de belastingen, taksen, rechten, retributies en cijzen op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen, en inzonderheid de grondslag, het tarief, de heffings- en inningsmodaliteiten en de procedure, met uitsluiting van de gerechtelijke procedures, te wijzigen. Het koninklijk besluit nr. 6 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen inzake aanmoediging van de vestiging van de jongeren als zelfstandige⁷ beoogde, zoals de titel ervan verwoordt, de vestiging van de jongeren als zelfstandige aan te moedigen.

Artikel 89 oud W.I.B. voorziet in een vermeerdering van de belasting van, onder meer, de baten van vrije beroepen waarop geen voorafbetaling werd gedaan. Om de vestiging van jongeren als zelfstandige aan te moedigen, besliste de regering daarom die vermeerdering niet toe te passen op de belasting op de inkomsten die werden behaald door natuurlijke personen die zich voor de eerste maal vestigden in een zelfstandig beroep, en dit gedurende de eerste drie kalenderjaren⁸.

De grens werd gelegd bij alle personen die de leeftijd van 35 jaar niet hadden overschreden en die zich voor de eerste maal vestigden in een zelfstandig beroep. De 35-jaren grens werd niet lukraak gekozen. Ze kwam reeds voor in de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering⁹. Die wet voorzag reeds in een premie van eerste vestiging aan de personen die de leeftijd van 35 jaar niet hadden overschreden en die zich voor de eerste maal vestigden in een zelfstandig beroep¹⁰.

7. In tegenstelling tot de andere K.B.'s die de regering in dezelfde periode had doorgevoerd, was het advies van de Raad van State in dezen bijzonder kort, namelijk: «Bij het ontwerp zijn geen opmerkingen te maken»¹¹. Zoals hierna

zal blijken, was een grondige analyse, achteraf gezien, nochtans nuttig geweest.

III. Toepassingsvoorwaarden

A. Algemeen

1° EERSTE VESTIGING IN EEN ZELFSTANDIG BEROEP

8. Het begrip «eerste vestiging in een zelfstandig beroep» wordt omschreven in de koninklijke besluiten die ingevolge de Herstelwet van 10 februari 1981¹² zijn genomen¹³. Deze bepalen dat een premie van eerste vestiging gegeven wordt aan de natuurlijke personen die voor de eerste maal een zelfstandig beroep uitoefenen als hoofdberoep ofwel in de vorm van een eenmanszaak, ofwel als zaakvoerder of bestuurder van een nieuw opgerichte vennootschap voor zover zij onderworpen zijn aan het sociaal statuut van de zelfstandigen.

9. Het Hof van Cassatie heeft de toepassing in dezen van de omschrijving van het begrip «eerste vestiging in een zelfstandig beroep» zoals ingelast in het K.B. van 10 oktober 1978¹⁴, bevestigd¹⁵.

10. Begunstigden van artikel 89, § 9bis oud W.I.B. zijn dus:

- zij die voor de eerste maal als hoofdberoep een bedrijf uitoefenen omschreven in artikel 20, 1°, oud W.I.B.¹⁶;
- zij die voor de eerste maal als hoofdberoep een opdracht of taak uitoefenen omschreven in artikel 20, 2°, b, oud W.I.B.¹⁷ voor zover dat geschiedt in een nieuw opgerichte vennootschap en zij onderworpen zijn aan het sociaal statuut van de zelfstandigen;
- zij die voor de eerste maal als hoofdberoep werkende vennoot zijn zoals omschreven in artikel 20, 2°, c, oud W.I.B.¹⁸ voor zover dat geschiedt in een nieuw opgerichte vennootschap en zij onderworpen zijn aan het sociaal statuut van de zelfstandigen, en
- zij die voor de eerste maal als hoofdberoep een beroep uitoefenen omschreven in artikel 20, 3°, oud W.I.B.¹⁹.

11. Het feit dat voorheen een zelfstandig beroep is uitgeoefend als bijberoep of het feit dat in het buitenland voorheen een zelfstandig beroep als hoofdberoep is uitgeoefend, vormt voor de administratie geen beletsel voor het verkrij-

⁶ Wet van 2 februari 1982 tot toekenning van bepaalde bijzondere machten aan de koning, hierna verder «bijzondere-machten-wet» (B.S., 3 februari 1982), meer bepaald artikel 2, 4°.

⁷ B.S., 20 februari 1982, 1835-1837. Het K.B. werd bekrachtigd door de wet van 1 juli 1983 (B.S., 9 juli 1983).

⁸ Het verslag aan de koning (B.S., 20 februari 1982, (1834-1835), p. 1834) bepaalt dat het jaar waarin het bedrijf of beroep wordt aangetrokken, voor een volledig jaar wordt geteld.

⁹ B.S., 17 augustus 1978. De omschrijving van het doel van de maatregelen van deze wet komt bij een eerste lectuur reeds behoorlijk goed overeen met die van de bijzondere-machtenwet van 2 februari 1982 en van die van het K.B. nr. 6.

¹⁰ Artikel 1, e, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1978, ingelast door artikel 5 van de Herstelwet van 10 februari 1981 inzake inkomstenbelasting (B.S., 14 februari 1981). Maar ook de personen die de leeftijd van 35 jaar hebben overschreden en die sedert ten minste zes maanden bij de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zijn ingeschreven als werkzoekende werkloze, genieten eveneens deze premie indien zij aan dezelfde voorwaarden voldoen (artikel 1, e, tweede lid van de wet van 4 augustus 1978). Deze nuance komt hier niet ter sprake.

¹¹ Advies van de Raad van State (B.S., 20 februari 1982, 1835).

¹² Zie noot 10 hiervoor.

¹³ K.B. van 23 juni 1981 (B.S., 25 juli 1981) voor het Vlaamse Gewest, K.B. van 26 juni 1981 (B.S., 24 juli 1981) voor het Waalse Gewest en K.B. van 4 september 1981 (B.S., 8 oktober 1981) voor het Brusselse Gewest. De drie K.B.'s hebben voor de Gewesten drie verschillende artikelen 14bis ingelast in het K.B. van 10 oktober 1978 tot uitvoering van de artikelen 1, 2, 5, 7, 10 en 12 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (B.S., 24 oktober 1978).

¹⁴ Zie noot 13 hiervoor.

¹⁵ Cass., 2 maart 1990, R.W., 1990-91, 468-469.

¹⁶ Dit is, in het nieuw W.I.B., artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 24, aanhef, ten dele.

¹⁷ Dit is, in het nieuw W.I.B., artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 32, ten dele.

¹⁸ Dit is, in het nieuw W.I.B., artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 33, ten dele.

¹⁹ Dit is, in het nieuw W.I.B., artikel 23, § 1, ten dele *juncto* artikel 27, aanhef, ten dele.

gen van de vrijstelling van de vermeerdering²⁰. Concreet zal de administratie zich dus niet verzetten tegen de toepassing van de vrijstelling van de vermeerdering gedurende drie jaar indien een niet-Belg die de leeftijd van 35 jaar nog niet heeft overschreden en zich reeds in het buitenland als zelfstandige heeft gevestigd als hoofdberoep, zich in België voor de eerste maal vestigt als advocaat. Met andere woorden, wie zich in Frankrijk reeds als advocaat of notaris vestigde als hoofdberoep kan, wanneer hij zich voor het eerst vestigt in België als advocaat als hoofdberoep, de vrijstelling van de vermeerdering genieten²¹. Anders zou het geweest zijn indien die nieuwe advocaat zich reeds voorheen in België als advocaat of notaris zou hebben gevestigd²².

2° LEEFTIJDGREN: MAXIMUM 34, 35 + 1 DAG OF NET GEEN 36 JAAR?

12. Men kan zich de vraag stellen of met «die de leeftijd van 35 jaar niet hebben overschreden» en «qui n'ont pas dépassé l'âge de 35 ans» bedoeld wordt diegene die geen 36 jaar is dan wel diegene die geen 35 jaar + 1 dag is. Ook in de rechtspraak wordt de leeftijdsgrens onduidelijk geformuleerd. Zo spreekt het Hof van Beroep te Gent van «de jonge zelfstandigen van maximum 35 jaar»²³. Door te schrijven «... vóór de leeftijd van 35 jaar» en «vóór hij de volle leeftijd van 35 jaar heeft bereikt» laat de administratie er geen twijfel over bestaan dat zij meent dat enkel diegenen tot en met 34 jaar als begunstigten in aanmerking kunnen komen²⁴. Zij wordt daarin gevolgd door het Hof van Beroep te Luik²⁵.

De vraag blijft open of deze veel duidelijker formulering werkelijk bedoeld is in de tekst van het K.B. nr. 6. In geval van twijfel dient de voorkeur verleend te worden aan de mogelijke begunstigde. Met de vage tekst van artikel 89, § 9bis, dient de leeftijdsgrens te worden bepaald op het volle

levensjaar van 35 inbegrepen²⁶. Op de verjaardag van het 36e levensjaar kan men zich niet meer op de maatregel beroepen.

Merk nog op dat de administratie terecht stelt dat het er niet toe doet dat de betrokkene vóór het verstrijken van de periode van drie jaar de leeftijdsgrens overschrijdt²⁷.

3° BEWIJSVOERING

13. Het enige dat de administratie verlangt te kennen is het bewijs waaruit blijkt dat de eerste vestiging als zelfstandige als hoofdberoep «vóór de leeftijd van 35 jaar» blijkt. Er dient te worden opgemerkt dat dit bewijs met alle middelen, de eed uitgezonderd, mag worden geleverd. De administratie lijkt in elk geval tevreden met een attest van het sociaal verzekeringsfonds voor zelfstandigen waarbij de belastingplichtige is aangesloten, waaruit blijkt sedert welke datum hij voor het eerst tot het sociaal statuut van de zelfstandigen is toegetreten voor een hoofdberoep. Is het fonds niet bij machte de datum mee te delen waarop de belastingplichtige voor de eerste maal bij een sociaal verzekeringsfonds voor zelfstandigen aansloot voor een hoofdberoep, dan kan hij zich richten tot het Rijksinstituut van de sociale verzekeringen van de zelfstandigen²⁸. Wat de administratie daarvan verlangt, is evenwel niet duidelijk. Wellicht wordt bedoeld dat het instituut alle gegevens van alle zelfstandigen bijhoudt en dat zij het bedoelde attest moet kunnen afleveren. Over het bewijs van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten, zie punt B, 1°, hierna.

B. In het bijzonder: vanaf de inschrijving op de lijst van de stagiairs of vanaf de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten?

1° OUD STANDPUNT VAN DE ADMINISTRATIE

14. De administratie heeft haar circulaire met commentaar op het K.B. nr. 6 met aanvullende richtlijnen uitgebreid²⁹. Daarin heeft zij gesteld dat «(E)en beoefenaar van een gereguleerd vrij beroep pas kan geacht worden zich in dat beroep te hebben gevestigd nadat hij aan alle voorwaarden heeft voldaan die de toegang tot het beroep regelen, inzonderheid wat de opgelegde stages betreft». De administratie was derhalve van mening dat de inkomsten behaald tijdens de stage niet onder het toepassingsgebied van artikel 89, § 9bis, oud W.I.B. vielen. De advocaat wordt vol-

²⁶ Wanneer de leeftijdsgrens wordt vergeleken met die welke is bepaald om notaris te worden, waarvoor de wetgever duidelijk stelt dat de kandidaat-notaris vijftientwintig jaren moet hebben voltoid («être âgé de vingt-cinq ans accomplis») (artikel 35, 3°, Wet van 25 ventôse jaar XI (16 maart 1803) op het notarisambt waarvan de Nederlandse tekst is vastgesteld bij wet van 9 april 1980 (B.S., 6 mei 1980), kan dan weer worden gesteld dat de formulering van artikel 89, § 9bis, oud W.I.B. enkel diegenen tot en met 34 jaar als begunstigten bevoordeelt. Enkel een verduidelijking in de wet kan hier dienstig zijn.

²⁷ Circ. 30 november 1982, nr. Ci.RH.331/334.352 (Bull.Bel., 1983, (70-76), 75).

²⁸ Circ. 30 november 1982, nr. Ci.RH.331/334.352 (Bull.Bel., 1983, (70-76), 74).

²⁹ Commentaar op het K.B. nr. 6 van 15 februari 1982 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen inzake aanmoediging van de vestiging van de jongeren als zelfstandige: aanvullende richtlijnen (Circ. 20 juni 1983, nr. Ci.RH.331/334.352 (Bull.Bel., 1983, 2010-2012). Zie ook Com.I.B., 89/45.2 en 89/45.3.

²⁰ Commentaar op het K.B. nr. 6 van 15 februari 1982 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen inzake aanmoediging van de vestiging van de jongeren als zelfstandige (Circ. 30 november 1982, nr. Ci.RH.331/334.352 (Bull. Bel., 1983, (70-76), 73-74). Zie ook Com.I.B., 89/41.

²¹ De administratie heeft in haar richtlijnen van de circulaire van 5 februari 1993 (nr. Ci.RH.331/444.745 (Bull.Bel., 1993, 563-566)) zelf het voorbeeld van een Nederlandse advocaat die zich in België komt vestigen en die zijn inschrijving — in de geest van de circulaire is dat de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten — vraagt.

²² Cf. Com.I.B., 89/45.4.

²³ Gent, 18 september 1990, F.J.F., n° 91/9, 21-22, 21.

²⁴ Circ. 30 november 1982, nr. Ci.RH.331/334.352 (Bull.Bel., 1983, 70-76, 71 en 74). Zie ook Com.I.B., 89/38, 89/44, en 89/45.1.

²⁵ Luik, 22 januari 1992, J.L.M.B., 1992, (355-357), 356, met noot BOURS, J.P., «Avocats stagiaires et versements anticipés», J.L.M.B., 1992, 357-359. Het hof schrijft: «Attendu que, s'il est vrai que dans la plupart des cas, l'interprétation administrative est en pratique favorable aux personnes de moins de trente-cinq ans qui s'établissent pour la première fois dans la profession indépendante d'avocat,...» (cursivering toegevoegd). In zijn noot onder het arrest heeft Bours de vraag niet behandeld/gezien. Hij bezigt de vage termen van de wet («qui n'ont pas dépassé l'âge de trente-cinq ans»).

gens haar geacht zich in het zelfstandig beroep te hebben gevestigd vanaf de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten. Ter vergelijking, ook de architect werd pas geacht zich te hebben gevestigd in het zelfstandig beroep vanaf de inschrijving op het tableau van de architecten ³⁰.

Deze opvatting heeft haar verdiensten maar ligt in elk geval aan de oorsprong van een misvatting in deze materie (cf. infra, punt 21 e.v.).

15. De administratie beseftte dat de datum van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten niet samenvalt met de datum waarop de belastingplichtige zelfstandige voor het eerst tot het sociaal statuut van de zelfstandigen toetreedt. Een attest waaruit die toetredingsdatum bleek, vormde voor de administratie nochtans, zoals gezegd, het bewijs van eerste vestiging als zelfstandige «vóór de leeftijd van 35 jaar» ³¹. Om haar interpretatie te handhaven, zag de administratie zich daarom genoodzaakt het bewijs van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten als bewijs van eerste vestiging als *advocaat* te aanvaarden ³². Ze aanvaardde een soortgelijke oplossing voor de architecten ³³.

Deze oplossing gaf evenwel aanleiding tot ongenoegen onder de jonge advocaten die, ingeschreven op het tableau, geen gebruik van de maatregel hadden kunnen maken omdat zij in de mening verkeerden dat zij vanaf de inschrijving op de lijst van de stagiairs als beginnende zelfstandige dienden te worden beschouwd. In een nieuwe circulaire werd daarom in een overgangsmaatregel voorzien ³⁴. Op aanvraag en met de onherroepelijke instemming van de betrokkene, kon de periode van drie jaar starten vanaf het begin van de stage aangevat in het inkomstenjaar 1982 of 1983.

16. Deze vraag liet ook sommige senatoren en kamerleden niet onberoerd. Zij stelden soortgelijke vragen waarop het antwoord onverminderd luidde dat de vestiging pas volwaardig werd beschouwd indien aan alle voorwaarden, de stage inbegrepen, was voldaan ³⁵.

2° ONTWIKKELING IN DE RECHTSPRAAK

17. Er zijn vier arresten gepubliceerd waarin drie hoven van ons land zich hebben uitgesproken over een probleem dat verband houdt met de vraag of een stagiair ingeschreven op de lijst van de stagiairs dan wel een jonge advocaat in-

geschreven op het tableau van de orde van advocaten de vrijstelling van de vermeerdering geniet.

18. In een arrest van 9 mei 1986 ³⁶ kreeg het Hof van Beroep te Gent het volgende geval voorgeschied. Een belastingplichtige had zich in 1976 gevestigd als zelfstandige en was sindsdien onderworpen aan het sociaal statuut van de zelfstandigen. In de waan verkerend dat de vrijstelling gold vanaf de inschrijving op de lijst van de stagiairs, had de belastingplichtige in het aanslagjaar 1983 geen melding gemaakt van zijn inschrijving op het tableau van de orde van advocaten in het inkomstenjaar 1982.

Eenmaal op de hoogte van de circulaire van 20 juni 1983 ³⁷ waarin de administratie te kennen had gegeven dat zij van oordeel was dat men zich pas in het zelfstandig beroep van advocaat vestigt vanaf de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten, diende de belastingplichtige een bezwaarschrift in bij de directeur van de directe belastingen. Verkeerdelijk had de belastingplichtige immers gedacht dat hij niet meer de vrijstelling van vermeerdering kon genieten. Hij verzocht dus om ontheffing van de door de administratie toegepaste belastingvermeerdering en om de toepassing van de bonificatie op de verrichte voorafbetalingen. De directeur verleende ontheffing maar sprak zich niet uit over de gevraagde bonificatie. Het Hof van Beroep te Gent heeft de bonificatie daarop toegekend samen met interesten op de te veel geïnde som die evidentierwijze terugbetaald moesten worden ³⁸.

Het is wegens zulke problemen dat de administratie haar circulaire van 31 januari 1984 met de hiervoor vermelde overgangsmaatregel heeft opgesteld ³⁹.

19. In een ander geval diende het Hof van Beroep te Gent een zuivere feitenkwestie op te lossen ⁴⁰. Een belastingplichtige had in zijn aangifte voor het aanslagjaar 1984 vermeld dat hij in het inkomstenjaar 1983 het beroep «advocaat-stagiair» uitoefende en dat hij zich voor de eerste maal als zelfstandige had gevestigd op 1 oktober 1982. De administratie had daaruit – volgens het hof verkeerdelijk – het besluit getrokken dat de belastingplichtige de keuze had gemaakt om het voordeel van de vrijstelling van vermeerdering te laten starten vanaf het jaar van de inschrijving op de lijst van de stagiairs. De vermeldingen in de aangifte kwamen nochtans niet overeen met een verzoek en een onherroepelijke akkoordverklaring om de vrijstelling te laten starten vanaf het begin van de stage aangevat in 1982 of 1983 zoals dit het voorwerp uitmaakte van de circulaire van 31 januari 1984 ⁴¹.

20. Een soortgelijk probleem werd voorgelegd aan het Hof van Beroep te Antwerpen ⁴². De belastingplichtige had zich ingeschreven op de lijst van de stagiairs op 1 oktober 1982 en werd opgenomen op het tableau van de orde van advocaten op 15 december 1986. In zijn aangifte voor het aanslagjaar 1983 had hij 1 oktober 1982 aangeduid als de da-

³⁰ De notaris vanaf zijn aanstelling bij K.B. in een bepaalde standplaats; de bedrijfsrevisor vanaf de eedaflegging; en de geneesheer-specialist vanaf de toekenning van het identificatienummer van de specialisatie door het Rijksinstituut voor Ziekte- en invaliditeitsverzekering.

³¹ Circ. 30 november 1982, nr. Ci.RH.331/334.352 (*Bull.Bel.*, 1983, (70-76), 74). Zie ook *Com.I.B.*, 89/45.

³² Ze aanvaardde dit in haar aanvullende commentaar op het K.B. nr. 6 (Circ. 20 juni 1983, nr. Ci.RH.331/334.352 (*Bull.Bel.*, 1983, 2010-2012). Zie ook *Com.I.B.*, 89/45.5.

³³ *Ibid.*

³⁴ Vrijstelling van de belastingvermeerdering voor jonge zelfstandigen: overgangsmaatregel voor gereglementeerde vrije beroepen (Circ. 31 januari 1984, Ci.RH.331/347.033 (*Bull.Bel.*, 1984, 703).

³⁵ *Vr. en Antw.*, nr. 6, *Senaat*, 1983-84, 15 november 1983, 165-166 (Vr. nr. 321); *Vr. en Antw.*, nr. 19, *Senaat*, 1985-86, 13 mei 1986, 1018 (Vr. nr. 188); *Vr. en Antw.*, nr. 6, *Kamer*, 1983-84, 13 december 1983, 552-553 (Vr. nr. 58).

³⁶ Gent, 9 mei 1986, *F.J.F.*, n° 87/122, 215-216.

³⁷ Zie noot 32 hiervoor.

³⁸ Het dient vermeld te worden dat de administratie zich in de procedure voor het hof akkoord had verklaard met de toepassing van de bonificatie.

³⁹ Zie punt 15 hierboven.

⁴⁰ Gent, 18 september 1990, *F.J.F.*, n° 91/9, 21-22.

⁴¹ Zie punt 15 hierboven.

⁴² Antwerpen, 26 april 1993, niet gepubliceerd, aangehaald in *R.G.F. - Actualités fiscales*, nr. 25, 6-7.

tum waarop hij zich voor het eerst als zelfstandige had gevestigd. De administratie had uit deze feiten afgeleid dat de belastingplichtige het voordeel van de vrijstelling van de vermeerdering toegepast wenste te zien vanaf zijn inschrijving op de lijst van de stagiairs. Toen deze echter in het aanslagjaar 1987 het voordeel van de vrijstelling wenste toe te passen, riep de administratie in dat de termijn van drie jaar reeds voorbij was. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde evenwel dat niets bewees dat de belastingplichtige door de vermeldingen in de aangiften te kennen had gegeven om zijn eerste vestiging te laten samenvallen met zijn inschrijving op de lijst van de stagiairs.

21. In de hiervoor vermelde beslissingen hebben de hoven van beroep te Gent en te Antwerpen zich niet uitgesproken over de keuze van de administratie om de eerste vestiging te laten samenvallen met de inschrijving op de lijst of op het tableau.

Het is de beslissing van 22 januari 1992 die het Hof van Beroep te Luik ⁴³ heeft geveld die in dat verband het meest opzienbarend is geweest. Het hof willigde het verzoek in van een belastingplichtige die de vrijstelling toegepast wenste te zien vanaf zijn inschrijving op de lijst van de stagiairs.

De administratie had – terecht – opgeworpen dat haar richtlijnen in het voordeel zijn van de belangen van de jonge advocaten omdat de inkomsten van de stagiairs zelden tot voorafbetalingen aanleiding geven en advocaten dus in feite gedurende zes jaar vrijgesteld zijn van de plicht om voorafbetalingen te doen. Ze had er nog aan kunnen toevoegen dat, door de band genomen, de stagiairs en de jonge advocaten derhalve gedurende zes jaar een bedrag konden opbouwen dat hen in staat stelde om vanaf de derde verjaardag van het inkomstenjaar dat zij ingeschreven zijn op het tableau van de orde van advocaten, de nodige voorafbetalingen te doen – met de nodige ervaring qua inkomstenschalen – en om dat bedrag geleidelijk aan verder voor elk jaar op te bouwen.

22. Het Hof van Beroep te Luik was het niet eens met de administratie om redenen die wij hierna van commentaar zullen voorzien. Vooraf lijkt het raadzaam de motivering van het hof *in extenso* weer te geven:

«Attendu que, s'il est vrai que dans la plupart des cas, l'interprétation administrative est en pratique favorable aux personnes de moins de trente-cinq ans qui s'établissent pour la première fois dans la profession indépendante d'avocat, encore faut-il remarquer que :

a. le cas de la requérante démontre qu'il serait curieusement possible, aux yeux de l'administration, que les jeunes indépendants concernés subissent d'abord une période de soumission effective à l'article 89 du code des impôts sur les revenus avant d'en être exonéré au-delà des trois premières années de l'exercice réel de l'activité professionnelle en cause ;

b. il n'y a pas de passage automatique après trois ans de la liste des stagiaires au tableau de l'Ordre (voy. articles 432 et 434 du code judiciaire);

c. l'autorité de la loi prime celle d'une circulaire administrative ou d'une réponse à une question parlementaire,

quelles que soient leurs intentions en ce qui concerne telle catégorie de contribuables en général ;

Attendu qu'il faut donc reconnaître que la requérante fait valoir à bon droit qu'elle doit être légalement considérée comme établie dans la profession d'avocat dès son inscription à la liste des stagiaires, l'article 428 du code judiciaire précisant bien que c'est à dater de ce moment que le titre d'avocat peut être porté;

Que l'article 439 du code judiciaire démontre également qu'en principe un avocat stagiaire doit être considéré comme un avocat à part entière pour ce qui est de l'activité essentielle de cette profession, à savoir plaider»;

23. Het standpunt van het Hof van Beroep te Luik is duidelijk. Zoals hierna (V) zal blijken is de opvatting van het hof evenwel voor kritiek vatbaar omdat het voorbijgaat aan de werkelijke bedoeling van het K.B. nr. 6. Bovendien is het teleurstellend hoe dit aanleiding kon geven tot de wijziging van de richtlijnen van de administratie.

3° NIEUW STANDPUNT VAN DE ADMINISTRATIE

24. Ingevolge het arrest van het Hof van Beroep te Luik heeft de administratie aan haar richtlijnen gesleuteld. De parlementaire vragen die in dat verband werden gesteld ⁴⁴ zullen daaraan ook niet vreemd zijn.

In een nieuwe richtlijn ⁴⁵ laat de administratie blijken dat zij in de val gelopen is van de redeneerwijze van het Hof van Beroep te Luik. De administratie heeft daarin het criterium aanvaard dat een advocaat-stagiair als een beginnende zelfstandige moet worden beschouwd, zeggend om twee redenen. Hij kan als stagiair de titel van advocaat dragen ingevolge artikel 428 Ger.W. en de «meest essentiële activiteit» van het beroep (het pleiten) uitoefenen op basis van artikel 439 Ger.W.

Vanaf het aanslagjaar 1994 (inkomstenjaar 1993) en, zo uitdrukkelijk gevraagd door de belastingplichtige, retroactief, beginnen de drie jaar bedoeld in artikel 89, § 9bis, te lopen vanaf de inschrijving op de lijst van de stagiairs. Deze regel geldt voor zowel advocaten als architecten.

25. De administratie heeft beseft dat er jonge advocaten zijn die zich onlangs of één of twee jaar geleden ingeschreven hebben op het tableau van de orde van advocaten maar voorheen als stagiair voorafbetalingen hebben gedaan en geen toepassing genoten van de gunstmaatregel.

Daarom heeft ze bepaald dat, wat betreft de advocaten (en architecten) die op 1 januari 1993 deels of geheel hun stage hebben voltooid en die, op basis van haar vorige richtlijnen, nog geen vrijstelling van vermeerdering hebben genoten gedurende drie aanslagjaren, de nieuwe regeling van toepassing is vanaf het aanslagjaar 1994, zelfs al is de stage reeds voorbij, en dit tot de wettelijke vrijstelling hun volledig toegekend is en dus voor drie jaar. De drie jaar dienen wel op elkaar te volgen.

⁴³ Luik, 22 januari 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 355-357, met noot BOURS, J.-P., «Avocats stagiaires et versements anticipés», *J.L.M.B.*, 1992, 357-359.

⁴⁴ *Vr. en antw.*, nr. 15, *Kamer*, 1991-92, 797-799 (*Vr.* nr. 82); *Vr. en antw.*, nr. 46, *Kamer*, 1992-93, 3702 (*Vr.* nr. 355).

⁴⁵ *Circ.* 5 februari 1993, nr. Ci.RH.331/444.745 (*Bull.Bel.*, 1993, 563-566).

IV. Implicaties voor de toekomst: plicht maar met beperkte keuzemogelijkheid

26. Het voorgaande maakt het mogelijk een antwoord te formuleren op de volgende vragen: 1° bestaat er een plicht tot het verrichten van voorafbetalingen aan de kant van de advocaat-stagiair dan wel van de jonge advocaat die ingeschreven is op het tableau?, 2° gebieden de voorafbetalingen gedaan als advocaat-stagiair nog voorafbetalingen als jonge advocaat ingeschreven op het tableau?, 3° kan de jonge advocaat die als advocaat-stagiair wél voorafbetalingen heeft gedaan, nog ontsnappen aan de vermeerdering ten gevolge van geen of onvoldoende voorafbetalingen als jonge advocaat ingeschreven op het tableau?, en, 4° kan een jonge advocaat die mathematisch nooit het voordeel van de fiscale maatregel heeft genoten, er zich nog op beroepen, en, zo ja, hoelang nog?

27. De administratie zegt van haar eigen richtlijnen dat ze in het algemeen van toepassing zijn vanaf het aanslagjaar 1994 op het inkomstenjaar 1993. Daarnaast kunnen ze eveneens van toepassing zijn op voorbije inkomstenjaren indien de belastingplichtige advocaat-stagiair of jonge advocaat er uitdrukkelijk de toepassing van vraagt.

Concreet betekent dit dat elke stagiair die in 1993 zijn stage aanvat, *geen* voorafbetalingen *moet doen* in dat inkomstenjaar 1993 en evenmin in de inkomstenjaren 1994 en 1995. Hij is voor die inkomstenjaren vrijgesteld van vermeerdering in de respectieve aanslagjaren van 1994, 1995 en 1996 wegens gebrek aan of onvoldoende voorafbetalingen. Zo hij in die inkomstenjaren 1993, 1994 en 1995 dus toch voorafbetalingen doet en de gedane voorafbetalingen zijn onvoldoende, dan geniet hij eveneens de vrijstelling van vermeerdering in de respectieve aanslagjaren van 1994, 1995 en 1996. Hoewel niet uitdrukkelijk bepaald, kan in dat geval zelfs de bonificatie op de verrichte voorafbetalingen worden genoten⁴⁶.

28. Zo een advocaat-stagiair zijn stage startte in 1990, 1991 of 1992 en hij voorafbetalingen gedaan heeft in de inkomstenjaren 1990, 1991 en 1992 terwijl hij daartoe niet gehouden was ingevolge de richtlijnen van de administratie van 30 november 1982, 5 februari 1983, 20 juni 1983 en, vooral, 31 januari 1984, dan kan hij nu toch – zo praktisch nog mogelijk⁴⁷ – de vrijstelling van vermeerdering en de bonificatie laten toepassen in de overeenkomstige aanslagjaren 1991, 1992 en 1993.

Wenst hij het beroep verder uit te oefenen, dan wordt deze advocaat-stagiair noodgedwongen advocaat ingeschreven op het tableau van de advocaten. Hij wordt dat echter niet automatisch na de drie jaar stage. De duur van de stage kan immers langer dan drie jaar bedragen⁴⁸. De maximumduur

van de stage bedraagt in principe vijf jaar⁴⁹.

29. Belangrijk is hierbij wel dat de vrijstelling in elk geval van toepassing is vanaf het aanslagjaar 1994 (inkomstenjaar 1993) en dit ongeacht of de stage al dan niet voltooid is. Zo er dus geen retroactieve toepassing is gewenst van de vrijstelling voor de voorbije stagejaren, dan geldt de vrijstelling *ex officio* vanaf aanslagjaar 1994 voor drie jaren, zelfs al is de stage nog niet voorbij.

30. De antwoorden op de vragen in punt 26 hiervoor kunnen derhalve als volgt worden geformuleerd: 1° er bestaat een plicht tot het verrichten van voorafbetalingen na de drie inkomstenjaren waarin de vrijstelling van de vermeerdering is genoten; 2° en 3° de plicht bestaat voor de belastingplichtige jonge advocaat die ingeschreven wordt op het tableau van de orde van advocaten en die reeds gedurende drie opeenvolgende inkomstenjaren de vrijstelling kon genieten; kon hij dat nog niet, dan kan hij de vrijstelling desgewenst retroactief laten toepassen op de inkomsten van inkomstenjaren waarin hij ingeschreven was op de lijst van de stagiairs, zolang de vrijstelling maar in drie opeenvolgende jaren wordt genoten; 4° zo een stagiair of jonge advocaat nog geen vrijstelling heeft genoten en hij geen retroactieve toepassing vraagt, dan geniet hij ze in de periode van drie jaar die een aanvang neemt met het inkomstenjaar 1993 (aanslagjaar 1993).

31. De volgende tabellen kunnen dit alles verduidelijken.

Tabel 1

Toepassing van de vrijstelling onder de nieuwe richtlijnen van de administratie: *advocaten-stagiairs*

inschrijving op de lijst in kalender- en inkomstenjaar (a)	verplichte toepassing van de vrijstelling gedurende maximaal drie jaar (b)	vrije toepassing van de vrijstelling gedurende maximaal drie jaar (b)
1990	nee	ja
1991	nee	ja
1992	nee	ja
1993	ja	-
1994	ja	-
1995	ja	-

(a) *Het criterium is dus niet het gerechtelijk jaar waarin de inschrijving geschiedt maar wel het inkomstenjaar van de inschrijving!*

(b) *Wordt de stage opgeschort, dan geniet men de vrijstelling verder en verliest men eventueel de vrijstelling bij het hervatten van de stage. De drie jaren moeten immers na elkaar volgen!*

⁴⁶ Cf. de voormelde beslissing van het Hof van Beroep te Gent (9 mei 1986, *F.J.F.*, nr. 87/122, 215-216).

⁴⁷ Zo de termijn van bezwaar nog niet verstreken is. Hij kan ook bijvoorbeeld reeds twee volle jaren advocaat-stagiair zijn geweest en in het kader van een fiscale controle een akkoord hebben gesloten met de belastingcontroleur waarbij het akkoord betrekking kan hebben op bijvoorbeeld het eerste jaar dat hij advocaat-stagiair was. In dat geval is de toepassing niet mogelijk.

⁴⁸ De duur van de stage wordt verlengd in geval van opschorting van de stageverplichtingen of in geval van stageverlof. Zo telt de duur van de opschorting die verleend wordt aan de stagiairs die on-

der de wapens zijn geroepen niet mee voor de stageduur (artikel 2 van het reglement van de algemene raad van de Nationale Orde van 18 maart 1971). Vandaar de verlenging van de stage.

⁴⁹ Artikel 456, *in fine* Ger.W. Het artikel bepaalt dat «(I)eder stagiair die uiterlijk vijf jaar na zijn toelating niet doet blijken dat hij alle door zijn balie gestelde verplichtingen heeft nagekomen, uit de lijst kan worden weggelaten».

Tabel 2

Toepassing van de vrijstelling onder de nieuwe richtlijnen van de administratie: *jonge advocaten*

inschrijving op het tableau in kalender- en inkomstenjaar	verplichte toepassing van de vrijstelling gedurende drie jaar
1993 (e.v.)	ja als nog niet toegepast als stagiair (a)

(a) Met «toepassing» wordt ook bedoeld de vrijstelling voor voorbijgane drie inkomstenjaren gevraagd ingevolge de nieuwe richtlijnen.

V. Pleidooi om de voorafbetalingen voor jonge advocaten te starten vanaf het jaar van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten

32. Zoals reeds meer dan gesuggereerd hiervoor kunnen de stelling van het Hof van Beroep te Luik en de gewijzigde richtlijnen van de administratie waartoe de stelling van het hof aanleiding heeft gegeven, geenszins worden goedgekeurd. Ook met de argumenten die ter goedkeuring van de beslissing van het hof werden aangehaald in de noot die aan de publikatie van het arrest werd toegevoegd, kan niet worden ingestemd.

33. In de eerste plaats geeft het hof toe dat de vroegere richtlijn van de administratie het merendeel van de advocaten ten goede komt. Uit een enquête die in 1987 aan de Brusselse balie werd gehouden⁵⁰ bleek de vergoeding van de stagiair die hij maandelijks bij zijn patroon verdiende, inderdaad aan de relatief lage kant te liggen. De volgende tabel moge dit verduidelijken. Men kan er daarbij vanuit gaan dat de gemiddelde stagiair van de Brusselse Balie naast zijn *pro deo*-zaken weinig of geen eigen zaken behandelt. Daarnaast mag worden aangenomen dat in dit land het gemiddelde inkomen van de stagiairs van de Brusselse balie het hoogst is.

Tabel 3

Maandelijks bruto-inkomen van een stagiair aan de Brusselse balie in 1987 naargelang van het type kantoor waar hij stage loopt

solo-praktijk	10.833
1 advocaat met medewerkers	17.500
associatie tot 4 vennoten	21.136
associatie van 5 tot 8 vennoten	15.000
associatie met meer dan 8 vennoten	46.250

Met een kleine rekensom kan men vaststellen dat, wanneer van het jaarinkomen de beroepskosten en het fiscaal

⁵⁰ Zie CUYPERS, C. en HUYSE, L., «De advocaten-stagiairs opnieuw bekeken», *R.W.*, 1987-88, 672-673.

onbelastbare gedeelte wordt afgetrokken, er nóg een geringer saldo overschiet dat belast kan worden en waarvoor voorafbetalingen kunnen worden gedaan. Ter verdere vergelijking wordt in de volgende tabel het verloop weergegeven sinds 1987 van het bedrag van de inkomsten waarop geen belasting wordt aangerekend:

Tabel 4

Verloop sinds 1987 van het bedrag van het jaarinkomen waarop geen belasting wordt aangerekend:

	voor een alleenstaande	per persoon voor een echtpaar
1987	113.000(a)	
1988	120.000(a)	
1989	165.000	130.000
1990	170.000	134.000
1991	176.000	139.000
1992	181.000	143.000

(a) Zie artikel 79 oud *W.I.B.* De berekening was vóór de fiscale hervorming anders.

34. Uit dit feitenmateriaal moge blijken dat, terwijl het Hof van Beroep te Luik stelt dat het geval dat haar werd voorgelegd een inkomen van een stagiair betreft dat tot het effectief betalen van belastingen leidt, dit voor het merendeel onder de stagiairs niet het geval is.

35. Het hof overweegt daarnaast dat er geen automatische overstap zou gebeuren na drie jaar stage van de lijst van de stagiairs naar het tableau van de orde van advocaten. Het hof verwijst daarvoor enkel naar de artikelen 432 en 434 Ger.W.

Welnu, artikel 434 Ger.W. zegt alleen dat men drie jaar stage moet hebben doorgemaakt om op het tableau van een orde te worden ingeschreven en artikel 432 stelt niet meer dan dat de raad van een orde, die meester is over het tableau van de orde van advocaten en over de lijst van de stagiairs, over een inschrijving op het tableau of op een lijst beslist.

Hoewel daaruit inderdaad kan worden afgeleid dat een formele beslissing van de raad is vereist en er dus strikt genomen geen automatische overstap gebeurt na drie jaar stage, wordt in de praktijk vastgesteld dat er geen noemenswaardige verlating van de balie na de stage bestaat. Zelfs al zou deze bestaan, dan nog gebeurt de grootste vlucht naar de privé-sector of naar de overheidssector en kan men enkel besluiten dat diegenen die de balie verlaten na hun stage of kort na hun inschrijving op het tableau van de orde van advocaten, niet de zelfstandigen zijn die in hun (eerste) vestiging als zelfstandige dienen te worden gesteund.

De volgende tabel geeft een verschuiving weer van de tewerkstelling van alumni van de K.U.Leuven die tussen 1986 en 1989 zijn afgestudeerd. De tabel is het resultaat van een onderzoek van het Instituut Recht en Samenleving van de K.U.Leuven.

Tabel 5

Verschuiving van de tewerkstelling van alumni van de K.U. Leuven die tussen 1986 en 1989 zijn afgestudeerd

A: Eerste tewerkstelling	%
Trad. juridisch	54,5
- advocatuur	44,8
- notariaat	9,0
Overheid	13,5
- onderwijs	5,8
- nationaal	2,7
Bedrijfsleven	28,4
- bank	7,6
- verzekeringen	1,8
Pratic. nonprofit	2,3
Andere	1,3
	100,0

B. Tewerkstelling in 1993	%
Trad. juridisch	46,4
- advocatuur	36,9
- notariaat	7,2
Overheid	13,5
- onderwijs	4,9
- nationaal	2,3
Bedrijfsleven	37,4
- bank	8,1
- verzekeringen	4,9
Pratic. nonprofit	2,3
Andere	0,4
	100,0

36. Het hof stelt ten slotte dat de wet in de hiërarchie van de bronnen van het recht prevaleert op een circulaire of een antwoord op een parlementaire vraag. Dit kan alleen maar beaamd worden ⁵¹.

De vraag is evenwel in de eerste plaats wat de bijzondere-machtenwet en het K.B. nr. 6 beogen en niet wat een advocaat of een advocaat-stagiair is. Ligt een circulaire dan in het verlengde van de werkelijke bedoeling van die formele wetten, dan dient de navolging ervan alleen maar te worden beaamd. Volgt een circulaire de letter van de wetten maar gaat zij also aan hun werkelijk doel voorbij, dan kan zij geen navolging kennen.

37. Die principes kunnen hier als volgt vertaald worden. Negeert een circulaire het werkelijke doel van de bijzondere-machtenwet en het K.B. nr. 6 door een standpunt in te

nemen op basis van een nochtans niet oncorrecte definitie van een advocaat of advocaat-stagiair dan bevat die circulaire nutteloze richtlijnen.

Houdt de circulaire daarentegen rekening met de werkelijkheid – een criterium dat de belastingadministratie nauw aan het hart ligt – en volgt zij daarbij de geest van de wet, dan kan de circulaire alleen maar goedgekeurd worden.

Nog concreter kunnen die principes op de hier besproken problematiek als volgt verwoord worden. Het is onbelangrijk of een circulaire een hoedanigheid van advocaat of advocaat-stagiair naar de letter van het Gerechtelijk Wetboek respecteert, zo dat geschiedt rekening houdend met de economische werkelijkheid die dienstig is in het kader van andere wetten, met name de bijzondere-machtenwet en het K.B. nr. 6, waarvan de toepasselijkheidsvoorwaarden duidelijk de voorrang genieten. Het Gerechtelijk Wetboek en de fiscale wetten zijn beide van openbare orde maar *lex posterior derogat priori* en zeker als de *lex posterior* een *lex specialis* is die *derogat legi generali*.

Beide zijn weliswaar evenwaardig maar het is duidelijk dat naar de bedoeling van de recentere fiscale bepaling dient te worden gekeken om haar toepassingsfeer te bepalen. Dit mag ten koste van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek zeker nu de fiscale maatregel tot het voordeel strekt van de advocaten. Anders gezegd, de kern van wat een advocaat of advocaat-stagiair is, dient te wijken voor de vervulling van de voorwaarden van een wet die ten gunste van die advocaten is opgesteld.

38. De volgende beperkingen die inherent zijn aan de stage, mogen bovendien laten blijken dat een advocaat-stagiair zijn beroep met minder armzwaai moet uitoefenen.

– Eerstejaars stagiairs kunnen geen raadsleden van de orde verkiezen ⁵².

– Stagiairs kunnen geen stafhouder of lid van de raad van de orde worden. Zij kunnen daartoe dus niet worden verkozen ⁵³.

– Een stagiair kan geen magistraat vervangen ⁵⁴.

– Een stagiair kan geen partij vertegenwoordigen of bijstaan in een aanvraag, een moeilijkheid of een beroep bedoeld in de artikelen 11, 12, 13, 14 en 16 van de R.v.St.-Wet ⁵⁵.

Met het laatste element is al meteen aangetoond hoe het zogenaamde essentiële recht van de advocaat om te pleiten in de eerste drie jaar van de uitoefening van zijn beroep beperkt is. Wat het Hof van Beroep te Luik en de administratie het belangrijkste achten in de uitoefening van het beroep van advocaat – en de correctheid van die stelling kan op zich al betwijfeld worden – is onder de prerogatieven van de stagiair zeker niet ten volle terug te vinden.

39. Het doel van de bijzondere machtenwet en van het K.B. nr. 6 bestaat erin de vestiging van jonge zelfstandigen, zoals advocaten, aan te moedigen. Deze wetten moeten dus zo geïnterpreteerd en toegepast worden zodat zij tot voordeel van de belastingplichtige advocaat-stagiair of jonge advocaat strekken.

⁵² Artikel 450, eerste lid, Ger.W.

⁵³ Artikel 450, tweede lid, Ger.W.

⁵⁴ Artikelen 321 en 322 Ger.W.

⁵⁵ Artikel 19 R.v.St.-Wet.

⁵¹ GEENS, K., «Binden circulaires, toezeggingen en inlichtingen de fiscus?», *Fiskofoon*, 1983, 6-11; HINNEKENS, L., «Quo vadimus. La valeur de la circulaire fiscale», *R.G.F.*, 1984, 194-200; TIBERGHIEN, A., *Manuel de droit fiscal*, 1992, 29-30. Er zij vooral verwezen naar het artikel van Hinnekens dat een overzicht van de juridische waarde van circulaires geeft. Daarbij dient nog opgemerkt te worden dat de vraag naar de grondwettigheid van het K.B. nr. 6 zich niet (meer) voordoet. Het K.B. werd bekrachtigd door de wet van 1 juli 1983 (*B.S.*, 9 juli 1983).

Aangezien bovenal is aangetoond dat het merendeel van de advocaten-stagiairs weinig of geen inkomsten hebben die op een zinnige wijze tot voorafbetalingen aanleiding geven, moet de drie jaar durende vrijstelling van vermeerdering wegens geen of onvoldoende voorafbetalingen toegepast worden vanaf het inkomstenjaar van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten.

40. In de kringen van de stagiairs is de idee geopperd om, zo een advocaat-stagiair daar voordeel kan bij hebben, hem de mogelijkheid gegeven moet worden om de toepassing te starten vanaf een door hem gekozen stagejaar ⁵⁶. In de parlementaire vraag van 11 mei 1992 ⁵⁷ is een nuance terug te vinden, namelijk de suggestie om, naar keuze van de betrokkene, ofwel de termijn te laten ingaan op het ogenblik dat stagiairs op de lijst van de stagiairs worden ingeschreven ofwel op het ogenblik dat jonge advocaten op het tableau van de orde van advocaten worden ingeschreven.

Die keuzemogelijkheden dienen om twee redenen verworpen te worden.

In de eerste plaats kunnen advocaten-stagiairs de balie tijdens of na hun stage verlaten. Zoals gezegd zijn dit niet de zelfstandigen die in hun (eerste) vestiging als zelfstandige moeten worden gesteund.

In de tweede plaats houdt een keuzemogelijkheid een ongelijkheid in tegenover andere belastingplichtigen zoals de architect, notaris, dokter, revisor en accountant, tenzij ook aan hen de mogelijkheid wordt geboden om op een voor hen passend moment het voordeel van de vrijstelling ingang te laten vinden.

41. De ogenblikken waarop de administratie heeft bepaald dat het voordeel ingang vindt voor de notaris, de geneesheer-specialist, de revisor en de accountant staan ten slotte diametraal tegenover het ogenblik dat de administratie in haar laatste circulaire heeft vastgelegd voor de advocaten en de architecten.

Voor de notaris gaat het voordeel in vanaf zijn aanstelling bij K.B. in een bepaalde standplaats. Een kandidaat-notaris loopt nochtans evengoed stage als de advocaat en de architect ⁵⁸ en hij kan zich ook als kandidaat als zelfstandige vestigen.

Geneesheren-specialisten wordt het voordeel toegekend vanaf de toekenning van het identificatienummer van de specialisatie door het RIZIV. Het is evenwel niet uitgesloten dat ook geneesheren zich eerst als zelfstandige vestigen vóór zij specialist worden. In die periode genieten zij trouwens de nodige opleiding tot specialist.

⁵⁶ Deze oplossing komt neer op de veralgemening van de overgangsmaatregel van de nieuwe richtlijnen van de administratie waar zij aan diegenen die hun stage deels of geheel reeds beëindigd hebben, de keuze laat om de termijn al dan niet retroactief toepassing te laten vinden.

⁵⁷ *Vr. en antw.*, nr. 15, *Kamer*, 1991-92, 797-799 (Vr. nr. 82).

⁵⁸ Artikelen 35 tot en met 42, Wet van 25 ventôse jaar XI (16 maart 1803) op het notarisambt (de Nederlandse tekst is vastgesteld bij wet van 9 april 1980 (*B.S.*, 6 mei 1980)). De stage bedraagt drie volle ononderbroken jaren. Zij kan pas starten vanaf het tweeëntwintigste levensjaar. De legerdienst onderbreekt ze niet maar schort ze enkel op. De stage van de architecten is geregeld in de artikelen 50 tot en met 52 van de wet van 26 juni 1963 tot instelling van de Orde van Architecten (*B.S.*, 5 juli 1963). Zij bedraagt in principe twee jaar.

Voor de revisor is bepaald dat het voordeel ingaat vanaf de eedaflegging. Welnu, deze eedaflegging geschiedt na de stage ⁵⁹ en ook tijdens de stage kan de revisor zich als zelfstandige vestigen.

Ten slotte is voor de accountant bepaald dat het voordeel ingaat vanaf de inschrijving op het tableau van het Instituut der Accountants. Ook hier is niet nagegaan dat een accountant pas op het tableau ingeschreven wordt zo hij aan allereerste voorwaarden voldaan heeft, waaronder het lopen van een stageperiode ⁶⁰. En ook de accountant kan zich vestigen als zelfstandige.

42. De vergelijking tussen het standpunt van de administratie omtrent het moment waarop advocaten en architecten het voordeel van de vrijstelling van de vermeerdering genieten en dat omtrent het moment waarop andere beroepen dat voordeel genieten, doet besluiten dat haar richtlijnen tegenstrijdig zijn en nadelig voor advocaten en architecten. Deze laatste worden ongelijk behandeld, wat in strijd is met artikel 6 van de Grondwet.

43. Er kan nog vermeld worden dat de vrees geuit in de noot van Bours bij het arrest van het Hof van Beroep te Luik ⁶¹, als zou de houding van de administratie onvoorspelbaar en zelfs onbetrouwbaar zijn, niettemin kennelijk ongegrond is. In de eerste plaats heeft de administratie met haar aanvullende circulaire van 31 januari 1984 ⁶² bewezen de belangen van de advocaten te willen behartigen. Zij die tot vóór de circulaire de mening toegedaan waren dat advocaten-stagiairs een vrijstelling van vermeerdering wegens geen of onvoldoende voorafbetalingen konden genieten onder de toenmalige richtlijnen, kregen de mogelijkheid om retroactief de maatregel toe te passen. Er kan gesteld worden dat de administratie ook nu weer heeft aangetoond de belangen van de advocaten na te streven.

Het hof maar vooral de administratie hadden evenwel moeten beseffen dat de ingang van de maatregel vanaf de inschrijving op de lijst van de stagiairs in de praktijk geen enkele zin heeft, het doel van de wet niet vervult en zelfs ongelijk is tegenover het ogenblik van de ingang die zij bepaald heeft voor andere beroepen.

Besluit

44. Ter verdediging van de oplossing dat de termijn dient te starten in het inkomstenjaar dat de jonge advocaat ingeschreven wordt op het tableau van de orde van advocaten, kunnen de volgende argumenten nog even samenvattend worden aangehaald.

— Zoals aangetoond hiervoor, beschikken de doorsnee-advocaten-stagiairs niet over een inkomen dat tot voorafbetalingen op een zinnige wijze aanleiding kan geven en het doel van de wet kan vervullen.

⁵⁹ Artikelen 4, 5°, *juncto* 4, 6°, van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut voor Bedrijfsrevisoren (*B.S.*, 2 september 1953).

⁶⁰ Artikelen 72 en 79 van de wet van 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat (*B.S.*, 28 februari 1985).

⁶¹ BOURS, J.-P., «Avocats stagiaires et versements anticipés», 357-359, noot onder Luik, 22 januari 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 355-357.

⁶² Vrijstelling van de belastingvermeerdering voor jonge zelfstandigen: overgangsmaatregel voor geregelende vrije beroepen (Circ. 31 januari 1984, Ci.RH331/347.033 (*Bull.Bel.*, 1984, 703)).

– De stageperiode is een selectieperiode. Wie tijdens deze periode niet geschikt blijkt voor de balie of wie de balie niet geschikt acht voor zijn verdere beroepsloopbaan, is geen zelfstandige die gesteund moet worden in zijn vestiging als zelfstandige.

– Om definitief als advocaat te worden toegelaten moet een stageperiode beëindigd zijn ⁶³. De stageverplichtingen moeten eveneens volbracht zijn ⁶⁴.

– Een stagiair bezit niet de prerogatieven van een advocaat ingeschreven op het tableau. Hij beschikt niet onverminderd over dezelfde rechten als die advocaat omdat eerstestaars stagiairs geen raadsleden van de orde kunnen verkiezen ⁶⁵, stagiairs geen stafhouder of lid van de raad van de orde kunnen worden en evenmin daartoe kunnen worden verkozen ⁶⁶, een stagiair geen magistraat kan vervangen ⁶⁷ en hij geen partij kan vertegenwoordigen of bijstaan in een aanvraag, een moeilijkheid of een beroep bedoeld in de artikelen 11, 12, 13, 14 en 16 R.v.St.-Wet ⁶⁸.

Zoals reeds gezegd zijn er twee redenen waarom voor deze oplossing gekozen moet worden. Ze komt de bedoeling van de volmachtenwet en van het K.B. nr. 6 na. Bovendien schept zij gelijkheid met het moment waarop de administratie – volgens de bedoeling van deze wetten, terecht – heeft bepaald vanaf wanneer notarissen, geneesheren-specialisten, revisoren en accountants het voordeel van de vrijstelling van de vermeerdering kunnen genieten gedurende drie opeenvolgende jaren.

45. De vraag kan gesteld worden welke houding advocaten-stagiairs nu moeten aannemen. Kunnen zij het wagen van de vrijstelling van de voorafbetalingen af te zien gedurende de stageperiode, om uiteindelijk de vrijstelling van vermeerdering te vragen vanaf op zijn laatst het inkomstenjaar van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten?

46. In dit verband kan gesteld worden dat het precedent van het Hof van Beroep te Luik van 22 januari 1992 belangrijk is op zich maar enkel geldt tussen partijen, meer bepaald

de belastingplichtige in kwestie en de Belgische Staat vertegenwoordigd door de minister van Financiën. Het heeft met andere woorden enkel tussen die partijen gezag van gewijsde ⁶⁹.

47. In de hiërarchie van de bronnen van het recht prevaleren de bijzondere-machtenwet en het K.B. nr. 6 op de circulaire van 5 februari 1993. De Grondwet zegt nog steeds dat geen belasting kan worden ingevoerd dan door een wet ⁷⁰ en dat geen vrijstelling of vermindering van belasting kan worden ingevoerd dan door de wet ⁷¹. De circulaire is een hulpmiddel voor de administratie, een richtlijn die de belastingplichtige of een rechter niet bindt. Een erkenning door de rechtbanken en de hoven kan enkel ingegeven zijn door de mening dat de circulaire de wet correct interpreteert.

Zolang de circulaires evenwel worden afgewezen zoals het Hof van Beroep te Luik dat deed, zal er geen zekerheid bestaan dat er een uniforme toepassing plaatsvindt van de rechtsregel bepaald in artikel 89, § 9bis, W.I.B.

Een optreden van de wetgever is voor dit probleem derhalve de beste uitweg want, «(en) Belgique, l'intervention législative s'impose chaque fois qu'il y a lieu de déterminer (...) la base imposable» en «(s)i la règle contenue dans la Circulaire n'a aucune base légale, la Cour ⁷² doit sans plus en refuser l'application et il revient à l'Etat belge, de légiférer sans tarder en la matière» ⁷³.

Zolang de Belgische wetgever geen duidelijkheid schept, kan men alleen hopen dat de administratie inziet dat zij het ogenblik vanaf wanneer het voordeel van de vrijstelling van de vermeerdering wegens geen of onvoldoende voorafbetalingen ingaat, moet bepalen in het inkomstenjaar van de inschrijving op het tableau van de orde van advocaten omdat dit – in het licht van de bedoeling van de wet – het enige zinnige ogenblik is waardoor bovendien elke ongelijke behandeling met andere beroepen wordt uitgesloten.

Flip PETILLION

⁶³ Artikel 434 Ger.W.

⁶⁴ Artikel 435 Ger.W.

⁶⁵ Artikel 450, eerste lid Ger.W.

⁶⁶ Artikel 450, tweede lid Ger.W.

⁶⁷ Artikelen 321 en 322 Ger.W.

⁶⁸ Artikel 19, R.v.St.-Wet.

⁶⁹ Artikel 23 Ger.W. (wat verhindert dat de vordering opnieuw wordt ingesteld zoals voorheen (artikel 25 Ger.W.)).

⁷⁰ Artikel 110 Gw.

⁷¹ Artikel 112, tweede lid, Gw.

⁷² Bedoeld wordt het Hof van Cassatie.

⁷³ HINNEKENS, L., o.c., 194 en 195.

MOBIELE WERKNEMERS EN HUN AANVULLENDE PENSIOEN: DE BELGISCHE SITUATIE IN EUROPEES PERSPECTIEF¹

I. INLEIDING

Het begrip «aanvullende sociale verzekeringen»² omvat drie componenten nl. aanvullend, sociaal en verzekering.

Het *aanvullende* karakter verwijst naar een aanvulling op het basisstelsel van sociale zekerheid of sociale bijstand.

T.a.v. de term *sociaal* lijkt het zinvol, in deze context, te verwijzen naar de dekking van sociale risico's. Als uitgangspunt kan de Conventie nr. 120 van de Internationale Arbeidsorganisatie genomen worden³. Dit begrip kan eventueel uitgebreid worden naargelang er nieuwe noden of behoeften ontstaan.

De derde component, het begrip *verzekering*, wordt hier ruim opgevat als «het bieden van dekking voor een bepaald risico in ruil voor een economische tegenwaarde». Het begrip wordt dan ook gehanteerd naast de termen «stelsel» of «regime».

De pensioensector is een van de domeinen waarin de aanvullende sociale verzekeringen in belangrijke mate aanwezig zijn. De meest voorkomende en bekende formules zijn de groepsverzekering en het pensioenfonds.

Het belang van de opbouw van de aanvullende pensioenvoordelen is in België constant gestegen gedurende de voorbije jaren. Recent worden meer en meer aanvullende pensioenen aangeboden aan andere categorieën werknemers dan kaderleden. Bedienden en ook arbeiders kunnen een bijkomend pensioen genieten zij het dat dit in mindere mate geldt voor de arbeiders.

Verwacht kan worden dat het belang van de aanvullende pensioenen en de aanvullende voordelen in het algemeen zal toenemen naarmate de wettelijke voordelen meer beperkt worden. Aanvullende voordelen kunnen dan een middel zijn om de bestaanszekerheid te garanderen of de levensstandaard veilig te stellen.

Ons tweede sleutelbegrip, *mobilititeit*, is evenmin een eenduidig begrip. Er bestaat een veelvoud aan vormen van mobiliteit. Hier betreft het de arbeidsmobiliteit, nl. de mobiliteit van de deelnemers aan aanvullende voordelen. Ruim gedefinieerd kan arbeidsmobiliteit opgevat worden als: «el-

ke verandering in de positie op de arbeidsmarkt van de deelnemer van een aanvullende voordeel». ⁴ Een voorbeeld van arbeidsmobiliteit is de professionele mobiliteit, wat inhoudt dat de werknemer verandert van werkgever, van beroepscategorie of van beroep.

Ook mobiliteit neemt in belang toe. Uit studies blijkt dat de gemiddelde loopbaan van een werknemer binnen een zelfde bedrijf veel korter is dan vroeger en dat de verwachting bestaat dat werknemers meermaals van bedrijf zullen veranderen gedurende hun loopbaan.

Mobiliteit bevordert de vernieuwing, de creativiteit en het dynamisme binnen een bedrijf. Dit kan doorgetrokken worden naar een breder perspectief, de interne Europese markt. De hoofddoelstellingen van het E.G.-Verdrag m.b.t. de interne markt omvatten klassiek het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Het verdrag stelt zich dus onder meer tot doel de thans nog bestaande hinderpalen voor het vrije verkeer van personen tussen de lidstaten, weg te werken.

In het licht van het toenemend belang van zowel aanvullende voordelen als van de mobiliteit van werknemers, kan men niet voorbijgaan aan de volgende vragen: wat is de invloed van de aanvullende sociale verzekeringen op die mobiliteit? Wat zijn de gevolgen van mobiliteit t.a.v. die aanvullende regelingen.

In die optiek wil dit artikel nagaan wat de sociaalrechtelijke situatie is van de mobiele werknemer m.b.t. zijn aanvullende pensioenvoordelen.

II. MOBIELE WERKNEMERS IN DE EUROPESE GEMEENSCHAP

Een mobiele werknemer moet al snel vaststellen dat mobiel zijn problemen meebrengt voor de sociale-zekerheidsbescherming. Bij het oplossen van die problemen gaat de Europese Gemeenschap verder dan de meeste internationale verdragen. Ze wil niet louter feitelijke problemen oplossen maar werkelijk streven naar het opbouwen van een interne markt. Een van de hoofddoelstellingen hierbij is het wegwerken van de hinderpalen die het vrije verkeer van personen belemmeren⁵.

Daartoe moeten aangepaste regels worden opgesteld. De regels die tot nog toe zijn bepaald, hebben voornamelijk betrekking op de wettelijke sociale zekerheid. Verordening 1408/71 en de toepassingsverordening 574/72⁶ zijn hierbij belangrijke instrumenten om dit vrij verkeer te bevorderen.

¹ Deze tekst is een onderzoeksresultaat van het Programma Interuniversitaire Attractiepolen, uitgevoerd op initiatief van de Belgische Staat, Diensten van de Eerste Minister, Programmatie van het Wetenschapsbeleid. De wetenschappelijke verantwoordelijkheid voor de inhoud ligt volledig bij de auteurs.

² Intern Rapport I.U.A.P., «Werkdefinitie begrip Aanvullende sociale verzekeringen», 1-6, Leuven, 1991. Voor een meer uitgebreide bespreking zie VAN BUGGENHOUT, B., «Mobiliteitsproblemen in de aanvullende sociale verzekeringen», in *Arbeidsmobiliteit en sociale verzekeringen*, Brugge, Die Keure, 1993, 4-6.

³ De daarin vermelde sociale risico's zijn: ziekte, invaliditeit, gezondheidszorg, werkloosheid, ouderdom, overlijden en gezinsbijslag.

⁴ Zie, voor een verdere onderverdeling en onderscheiding, VAN BUGGENHOUT, B., o.c., 7-10.

⁵ JORENS, Y., *Wegwijs in het Europees sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1992, 7.

⁶ Geconsolideerde versie van deze verordeningen: Pb. C325, 10 december 1992.

Deze maatregelen, die een coördinatie beogen van de sociale-zekerheidsstelsels van de verschillende lidstaten, strekken zich in hun toepassingsgebied *ratione materiae* echter niet uit tot het terrein van de aanvullende regelingen.

Toch is er ook op het vlak van de aanvullende regelingen enige beweging vast te stellen. Naarmate het belang van deze aanvullende voordelen toeneemt, wordt meer en meer de noodzaak gevoeld om ook hier maatregelen te nemen. Op het vlak van deze voorzieningen moet de mobiele werknemer evenzeer beschermd worden en zoveel mogelijk op een gelijke wijze als zijn niet-mobiele collega behandeld worden.

Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap⁷ bepaalt in haar artikel 7 dat een werknemer die onderdaan is van een andere lidstaat, op grond van zijn nationaliteit niet op een andere wijze behandeld mag worden dan de eigen onderdanen met betrekking tot alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag en wedertewerkstelling. Hij moet m.a.w. dezelfde sociale en fiscale voordelen kunnen genieten.

Er zijn door de Europese Commissie reeds een aantal voorstellen geformuleerd m.b.t. die aanvullende regelingen. Een eerste aspect dat hierbij opvalt, is dat de maatregelen bijna altijd betrekking hebben op specifieke aanvullende regelingen en niet op aanvullende regelingen in het algemeen. Dat is voor sommige maatregelen begrijpelijk en aanvaardbaar wanneer men naar het verschillende karakter van de formules kijkt.

Zo zijn er de verzekerbare formules zoals de groepsverzekeringen die onder de maatregelen betreffende de verzekeringsactiviteit vallen⁸. Voor de pensioenfondsen, een niet-verzekerbare formule, bestaat een voorstel van richtlijn betreffende de vrijheid van beheer en belegging van hun gelden⁹. Andere formules zoals «bookreserves» en repartitiestelsels komen niet aan bod, en wel om praktische redenen. «Bookreserves» worden in de balans van de onderneming opgenomen volgens bepaalde boekhoudkundige principes; evenwel staat er op de activazijde geen dekking voor deze verplichtingen aangeduid. Voor het hierboven vermelde voorstel voor pensioenfondsen i.v.m. beheer en belegging komen deze «bookreserves» dan ook niet in aanmerking.

Richtlijn 86/378 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de ondernemings- en sectoriële regelingen van sociale zekerheid¹⁰ heeft wel een ruimer toepassingsgebied. Het toepassingsgebied omvat alle regelingen die niet onder Richtlijn 79/7¹¹ vallen, m.a.w. regelingen die het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werk-

nemersorganisaties op ondernemingsniveau, op het niveau van een groep ondernemingen, van een of meer bedrijfstakken of takken van de economie, of op het nationaal vlak, evenals ondernemingsregelingen gecreëerd of gepland door een eenzijdige beslissing van de werkgever ten voordele van zijn werknemers of een bepaalde categorie van werknemers, en private regelingen gecreëerd door de vertegenwoordigers van zelfstandige beroepsgroepen.

Richtlijnen, aanbevelingen, voorstellen of denkpluizen m.b.t. andere sociaalrechtelijke problemen zijn nog niet tot stand gekomen. Problemen van aansluiting bij een regeling (leeftijdsvoorwaarde, wachttijd), van verkrijging van de pensioenrechten, de pensioenbreuk en het pensioenverlies enz.¹² zijn nog niet in concrete maatregelen of voorstellen opgenomen.

Wel is door de Commissie een werkdocument opgesteld waarin de grensoverschrijdende deelneming aan de bedrijfs-pensioenregelingen wordt behandeld¹³. Ook in dit document worden beperkingen gesteld aan het toepassingsgebied. Een eerste duidelijke beperking houdt in dat het document zich toespitst op de situatie van migrerende werknemers die naar het buitenland gaan werken voor dezelfde werkgever of groep van werkgevers. Het handelt over mobiele werknemers binnen multinationals. Onduidelijk is echter of het document betrekking heeft op alle bedrijfspensioenregelingen of alleen op pensioenfondsen, zodat alle andere formules zoals groepsverzekeringen, «bookreserves» e.d. buiten de voorgestelde regeling zouden vallen¹⁴.

Het is evident dat, zeker wanneer verwacht wordt dat de werknemer naar zijn land van oorsprong zal terugkeren, het voortzetten van deelname te verkiezen is boven het verlaten van de pensioenregeling. Onlosmakelijk gevolg hiervan is dat het probleem van de voortzetting van de deelname aan de pensioenregeling benadrukt wordt en dat geen of veel minder aandacht besteed wordt aan de problemen van verkrijging, behoud en overdracht van rechten naar een andere pensioenregeling.

In het werkdocument wordt dan ook sterk de nadruk gelegd op en veel belang gehecht aan de fiscale belemmeringen. Nochtans mogen de hierboven vermelde problemen zoals verkregen rechten, pensioenbreuk en -verlies niet onderschat worden als hinderpaal voor de mobiele werknemer. Het komt ons voor dat ze ook niet zo eenvoudig op te lossen zijn als in het aangehaalde werkdocument wordt voorgesteld.

Op Europees niveau blijkt er inderdaad aandacht te worden besteed aan aanvullende regelingen zij het dat de sociaalrechtelijke problemen enigszins stiefmoederlijk behandeld worden. Het lijkt ons interessant na te gaan in hoeverre de Belgische situatie hierbij aansluit: volgt België de Europese maatregelen en in welke mate?

⁷ Van 15 oktober 1968, *Pb.*, 19 oktober 1968.

⁸ Eerste coördinatie-richtlijn levensverzekeringsbedrijf van 5 maart 1979, *Pb.*, L63, 13 maart 1979. Tweede coördinatie-richtlijn levensverzekeringsbedrijf van 8 november 1990, *Pb.*, L330, 29 november 1990. Derde coördinatie-richtlijn levensverzekeringsbedrijf van 10 november 1992, *Pb.*, L360, 9 december 1992.

⁹ Voorstel van richtlijn van de Raad betreffende de vrijheid van beheer en belegging van de gelden van instellingen voor pensioenvoorziening, *Pb.*, C312/3, 3 december 1991.

¹⁰ Van 24 juli 1987, *Pb.*, L225, 1986, 40.

¹¹ Richtlijn inzake gelijke behandeling t.a.v. de wettelijke sociale zekerheid van 19 december 1978, *Pb.*, L6, 1979, 24.

¹² Deze problemen komen verder nog aan bod: zie III, B, 2°.

¹³ Werkdocument Europese Commissie, *Grensoverschrijdende deelneming aan bedrijfspensioenregelingen voor migrerende werknemers*, XV/2040-1/92.

¹⁴ In de tekst worden beide termen door elkaar gebruikt. De voorgestelde oplossing waarbij gezocht moet worden naar overeenstemming over een definitie van «erkende» en «gelijkwaardige» pensioenregelingen, lijkt erop te wijzen dat eerder een zelfde soort formule, nl. het pensioenfonds, beoogd wordt.

III. MOBIELE WERKNEMERS IN BELGIE

A. Bestaande reglementering

Wat in de Belgische situatie dadelijk opvalt, is dat er, m.b.t. sociaalrechtelijke problemen, geen algemene regeling bestaat voor de beroepsgebonden¹⁵ aanvullende regelingen. Er bestaat wel een regeling voor de groepsverzekeringen m.b.t. bepaalde sociaalrechtelijke aspecten, maar voor de andere mogelijke vormen en regelingen zijn er geen bepalingen voorhanden.

Het aspect van controle en financiële waarborgen is identiek geregeld voor alle aanvullende regelingen. Op het fiscaal vlak worden ze eveneens op bijna dezelfde wijze behandeld en is dit ook wettelijk vastgesteld. Op het sociaalrechtelijk vlak blijkt de wetgeving te kort te schieten.

Als we verder ingaan op deze sociaalrechtelijke problematiek, moeten we een onderscheid maken tussen de groepsverzekeringen en de andere aanvullende regelingen, met als belangrijkste groep de pensioenfondsen. Zoals gezegd, bestaan er voor de eerste een aantal bepalingen, voor de andere geen.

1° Groepsverzekeringen

De problemen waarvoor een oplossing is uitgewerkt, hebben betrekking op de termijn voor aansluiting en het verkrijgen van de pensioenrechten. Wanneer een werknemer deelneemt aan een pensioenregeling, bouwt hij in de loop van zijn carrière een pensioen op. De vraag rees of de werknemer slechts aanspraak had op die rechten na het beëindigen van zijn loopbaan of dat hij ze onmiddellijk als verkregen mocht beschouwen. Wat de rechten uit persoonlijke bijdragen van de werknemer betreft, is er geen probleem: deze zijn onmiddellijk en in hun totaliteit verkregen vanaf het moment dat hij begint bij te dragen¹⁶.

In tegenstelling tot de rechten uit persoonlijke bijdragen van de werknemer, waren de rechten uit werkgeversbijdragen bijna nooit onmiddellijk verkregen. Tot het in werking treden van het koninklijk besluit van 17 december 1992¹⁷, konden bepaalde voorwaarden gesteld worden. De verkrijging van de rechten kon vervallen wanneer men vrijwillig ontslag nam tijdens de eerste vijf jaar van aansluiting bij de groepsverzekering of bij ontslag wegens een dringende reden. Naast een minimumtermijn van aansluiting kon men ook een wachttijd vaststellen vooraleer aansluiting mogelijk was. Beide termijnen samen mochten acht jaar niet overschrijden. Deze regeling was vastgesteld in artikel 67 van het koninklijk besluit betreffende de levensverzekeringsactiviteit van 5 juli 1985¹⁸. In de praktijk vond men vaak de voorwaarde terug van drie tot vijf jaar dienst of deelname aan de pensioenregeling, vooraleer men zijn rechten kon krijgen.

¹⁵ Voor de werknemers gaat het hier grotendeels om groepsverzekeringen en pensioenfondsen. Er bestaan echter nog andere minder belangrijke formules zoals «deposit administration», de regeling vastgesteld in het koninklijk besluit van 14 mei 1969.

¹⁶ ROTTIERS, M., «Pensioenstelsels II. De extra-wettelijke bedrijfspensioenregeling» in *De Bedrijfsbibliotheek*, 6, Antwerpen, Kluwer, De Financieel Economische Tijd, 1989, 87.

¹⁷ B.S., 31 december 1992.

¹⁸ B.S., 7 juli 1985.

Vele pensioenregelingen bepaalden tevens vaak dat men geen rechten verkreeg wanneer men ontslagen werd om een dringende reden¹⁹.

Vanaf 1 januari 1993 is die toestand gewijzigd. De wachttijd tot deelname is in welbepaalde omstandigheden weggefallen sinds de inwerkingtreding op 1 januari 1993 van het koninklijk besluit betreffende de levensverzekering van 17 december 1992. Artikel 50, § 3, van dit koninklijk besluit bepaalt dat «de aansluiting niet kan worden uitgesteld tot na de 30e verjaardag welke de door het reglement bepaalde pensioenleeftijd voorafgaat». Dit wil zeggen dat, indien de pensioenleeftijd is vastgesteld op 65 jaar, er onmiddellijk aansluiting is vanaf 35 jaar aangezien er dan nog maar 30 jaren blijven tot aan de pensioenleeftijd.

Voor het wegvallen van de rechten uit werkgeverstoelagen komt thans alleen nog de dringende reden in aanmerking in artikel 59, § 3, van het koninklijk besluit. Dit heeft m.a.w. tot gevolg dat de opgebouwde rechten onmiddellijk verkregen zijn tenzij in geval van ontslag om dringende reden.

Die bepalingen gelden, zoals gezegd, alleen voor groepsverzekeringen zodat er uitsluitend t.a.v. deze aanvullende regelingen strengere regels zijn ingevoerd.

Andere aspecten dan louter tijdsvoorwaarden voor aansluiting, het fenomeen van de pensioenbreuk en het pensioenverlies komen in deze wetgevende bepalingen niet aan bod.

2° Andere aanvullende regelingen

De hierboven beschreven bepalingen gelden niet voor andere regelingen dan groepsverzekeringen.

In het koninklijk besluit betreffende de activiteiten van de private verzorgingsinstellingen van 15 mei 1985²⁰ — dit koninklijk besluit is o.m. toepasselijk op pensioenfondsen — is wel een bepaling opgenomen waarin wordt gesteld dat het reglement regels moet bevatten volgens welke de verworven prestaties op ieder ogenblik kunnen worden bepaald en dat «deze prestaties niet lager mogen zijn dan de gekapitaliseerde waarde van het niet voor de dekking van het risico gebruikte deel van de bijdrage berekend met een rentevoet van 0,0475»²¹. Over het tijdstip van verkrijging van de rechten wordt echter niet gesproken.

In de praktijk wordt vaak als voorwaarde gesteld dat de werknemer drie tot vijf jaar in dienst of deelnemer aan de pensioenregeling moet zijn, vooraleer hij de opgebouwde rechten kan verkrijgen. Vele pensioenregelingen bepalen tevens dikwijls dat men geen rechten verkrijgt wanneer men ontslagen wordt om een dringende reden²².

Ook met betrekking tot andere problemen, o.a. de pensioenbreuk en het pensioenverlies, zijn nog geen maatregelen uitgevaardigd.

¹⁹ ROTTIERS, M., o.c., 87; NEYT, Ph., «Enquête pensioenplannen», Studiedag *Pensioenplannen bij Belgische ondernemingen*, Belgische Vereniging van Pensioenfondsen, 28 november 1989, 8-9; PUT, J., «Sociaalrechtelijke aspecten van de aanvullende pensioenen in België», *Oriëntatie*, 1990, 233.

²⁰ B.S., 7 juni 1985.

²¹ Artikel 14 van het koninklijk besluit van 15 mei 1985.

²² ROTTIERS, M., o.c., 87; NEYT, Ph., o.c., 8-9; PUT, J., o.c., 233.

B. Hiaten in de Belgische wetgeving

Ter illustratie van de lange weg die in België nog afgelegd moet worden om de leemten in de wetgeving m.b.t. sociaal-rechtelijke problemen op het terrein van de aanvullende regelingen op te vullen, halen we twee voorbeelden aan, enerzijds betreffende het reeds aangehaalde beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw, anderzijds betreffende de pensioenbreuk en het pensioenverlies dat zwaar kan doorwegen voor een mobiele werknemer.

1° Gelijke behandeling van mannen en vrouwen

De vraag naar de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de aanvullende sociale-zekerheidsregelingen is zowel op het Europees als op het nationaal vlak aan de orde.

Het sleutelartikel in het E.E.G.-Verdrag dat handelt over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, is artikel 119 waarin het beginsel is neergelegd van gelijke *beloning* voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijk werk.

Onder het begrip «beloning» wordt niet alleen het gewone basisloon stricto sensu verstaan, maar ook de voordelen die rechtstreeks of onrechtstreeks (bv. via een pensioenfonds als tussenpersoon) door de werkgever aan de werknemer – in geld of in natura – worden betaald wegens de arbeidsbetrekking.

Tot op heden zijn reeds vijf richtlijnen goedgekeurd die het principe van gelijke behandeling verder uitwerken en ten uitvoer brengen:

- de richtlijn inzake gelijke behandeling qua beloning (Rl. 75/117/E.E.G.)²³;
- de richtlijn inzake gelijke behandeling t.a.v. de toegang tot het arbeidsproces, beroepsopleiding en de promotiekansen en t.a.v. de arbeidsvoorwaarden (Rl. 76/207/E.E.G.)²⁴;
- de richtlijn inzake gelijke behandeling ten aanzien van de wettelijke sociale zekerheid (Rl. 79/7/E.E.G.)²⁵;
- de richtlijn inzake gelijke behandeling t.a.v. de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (Rl. 86/378/E.E.G.)²⁶;
- de richtlijn inzake gelijke behandeling t.a.v. zelfstandigen (Rl. 86/613/E.E.G.)²⁷.

Het is Richtlijn 86/378/E.E.G. die voor aanvullende regelingen van belang is en nog steeds op uitvoering wacht in de Belgische wetgeving. Deze richtlijn is van toepassing op ondernemings- en sectoriële regelingen die in artikel 2 van de richtlijn negatief omschreven worden als de regelingen die niet onder Richtlijn 79/7/E.E.G. vallen en tot doel hebben prestaties te verstrekken ter aanvulling van de prestaties uit de wettelijke regelingen op het vlak van de sociale zekerheid of in de plaats daarvan, ongeacht of aansluiting bij deze regelingen verplicht is of niet. Doorslaggevend element hierbij is dat de aansluiting bij een dergelijk stelsel onlosmakelijk verbonden is met de arbeidsovereenkomst of de specifieke

professionele activiteit. Onder deze definitie vallen o.a. de groepsverzekeringen en de pensioenfondsen.

Een aantal regelingen zijn uitdrukkelijk uitgesloten zoals de aanvullende vrijwillige bijdragen aan dergelijke regelingen, alsook de vervroegde of uitgestelde pensionering met actuair berekende vermindering of verhoging. Deze uitsluitingen kunnen moeilijk aanvaard worden in het licht van de directe werking van artikel 119 E.E.G.-Verdrag.

De professionele stelsels moesten uiterlijk op 1 januari 1993 aangepast zijn aan de bepalingen die de wetgever op zijn laatst op 30 juli 1989 had moeten nemen ter uitvoering van Richtlijn 86/378/E.E.G., met inbegrip van de hierin toegelaten uitzonderingsbepalingen.

De richtlijn bevat een aantal uitzonderingsbepalingen, o.m. wat betreft de pensioenleeftijd, de toetredingsvoorwaarden, actuair berekeningselementen die een tempering inhouden van artikel 119 E.E.G.-Verdrag. Tevens is er de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap die bepaalde uitzonderingen toestaat.

Een eerste belangrijke uitzonderingsbepaling is dat, op basis van artikel 9, a, Richtlijn 86/378/E.E.G., het hanteren van verschillende pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen nog toegestaan is.

Een tweede uitzondering betreft de toetredingsvoorwaarden. Discriminatoire toetredingsvoorwaarden zouden, als algemene regel, uit de aanvullende regelingen geweerd moeten worden. Uitzonderingen kunnen worden aanvaard bij objectief gerechtvaardigde redenen. Nemen we als voorbeeld de uitsluiting van deelname aan bedrijfspensioenregelingen van deeltijdswerknemers. Het Europees Hof van Justitie oordeelde in een arrest van 1986²⁸ dat de uitsluiting van deeltijdse werknemers in strijd was met artikel 119 E.E.G.-Verdrag wanneer deze uitsluitingsmaatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen trof. Wanneer de onderneming echter aantoonde dat de maatregel zijn verklaring vindt in factoren die *objectief gerechtvaardigd* zijn en geen discriminatie op grond van het geslacht beogen, is de maatregel niet-discriminatoire.

Een andere uitzondering is die op het verbod van bepalingen die zich baseren op het geslacht om verschillende niveaus van prestaties en/of bijdragen vast te stellen. Het is, op grond van artikel 6 Richtlijn 86/378/E.E.G., *blijvend* toegestaan verschillende actuair berekeningselementen te hanteren bij de berekening van voordelen en/of bijdragen (in ieder geval wat de werkgeversbijdragen betreft). Dit wil zeggen dat premies en prestaties gedifferentieerd mogen worden op basis van levensverwachting, kans op ziekte, sterftekans (bv. de premisse dat vrouwen vroeger met pensioen gaan en langer leven).

Belangrijk om hierbij te benadrukken zijn de gevolgen van de toekenning van directe werking aan artikel 119 E.E.G.-Verdrag, waarbij elke discriminatie qua uitkering of bijdrage verboden wordt (gelijke beloning voor gelijk werk). In het arrest Barber²⁹ oordeelde het Hof van Justitie uitdrukkelijk

²³ 10 februari 1975, *Pb.*, 1975, L45, 19.

²⁴ 9 februari 1976, *Pb.*, 1976, L39, 40.

²⁵ 19 december 1978, *Pb.*, 1979, L6, 24.

²⁶ 24 juli 1986, *Pb.*, 1986, L225, 40.

²⁷ 11 december 1986, *Pb.*, 1986, L359, 56.

²⁸ Arrest *Bilka-Kaufhaus/Weber* van 13 mei 1986, *Jur.*, 1607.

²⁹ Zaak C 262/88 van 17 mei 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group, J.T.T.*, 1991, 129; zie, voor een grondiger bespreking van deze problematiek, GESQUIERE, G. en VAN BUGGENHOUT, B., «Na de Top van Maastricht: brengen de Europese cenakels opheldering over de juiste toepassing van het Barber-arrest van

dat voordelen toegekend via een bedrijfspensioenregeling, gefinancierd door werkgeversbijdragen, als «beloning» moeten worden beschouwd. De aangevochten discriminerende clause in deze zaak bepaalde dat er bij gedwongen ontslag een onmiddellijke pensioenaanspraak ontstond voor mannelijke werknemers vanaf 55 jaar en voor vrouwelijke werknemers vanaf 50 jaar. Barber, die op 52-jarige leeftijd ontslagen werd om economische redenen, had alleen recht op een ontslagvergoeding en een uitgesteld pensioen terwijl er, zo hij een vrouw geweest was, een onmiddellijke pensioenaanspraak ontstond. Vrouwen op vroegere leeftijd toelaten tot een pensioen in een aanvullende regeling, houdt een op grond van artikel 119 E.E.G.-Verdrag verboden discriminatie in. Om redenen van rechtszekerheid heeft het Hof evenwel de werking van zijn uitspraak in de tijd bewust beperkt.

Die redenering van het Hof brengt mee dat artikel 9, a, Richtlijn 86/378/E.E.G., dat een verschil in pensioenleeftijd toestond, strijdig is met artikel 119 E.E.G.-Verdrag en zou moeten leiden tot een aanpassing van de Belgische wetgeving in die zin.

De nationale wetgever zal dan ook niet alleen met de bepalingen van Richtlijn 86/378/E.E.G. rekening moeten houden, maar ook met documenten die in voorbereiding zijn, evenals met de nog te verwachten rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

De confrontatie met de uitvoering van een richtlijn die bepalingen bevat die niet-conform zijn aan het verdrag, maakt het er voor de nationale wetgever niet gemakkelijker op. Niettemin kan de wetgever niet achterblijven bij de ontwikkelingen en moet dringend werk worden gemaakt van een aangepaste nationale wetgeving die gelijke rechten biedt aan wie zich in een gelijke situatie bevindt.

2° Verkregen rechten, pensioenbreuk en pensioenverlies ³⁰

Wanneer een werknemer aan een ondernemingsregeling deelneemt, bouwt hij rechten op die normaal gezien uitbetaald worden op het moment van pensionering. Er kunnen zich echter veranderingen voordoen in de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt. Zo kan een werknemer van werkgever veranderen, hij kan ziek of invalide worden, hij kan zijn loopbaan onderbreken enz.

In al die gevallen rijst de vraag of de opgebouwde rechten verkregen zijn en eventueel wanneer. In het geval van een verandering van werkgever die gepaard gaat met een overgang naar een andere regeling, is er sprake van pensioenbreuk en eventueel pensioenverlies.

Verkregen rechten. — Op dit vlak bestaat er, zoals reeds vermeld, alleen voor groepsverzekeringen een wetgevende regeling. Het koninklijk besluit betreffende de levensverzekeringsactiviteit van 17 december 1992 ³¹, heeft tot gevolg

dat de opgebouwde rechten onmiddellijk verkregen zijn tenzij in geval van ontslag om een dringende reden.

Voor de andere regelingen, met de pensioenfondsen als voornaamste groep, bestaan er geen bepalingen. In de praktijk vindt men hier dikwijls de voorwaarde terug dat men drie tot vijf jaar in dienst of deelnemer aan de pensioenregeling moet zijn vooraleer men zijn rechten kan verkrijgen. Vaak bepalen vele pensioenregelingen tevens dat men geen rechten verkrijgt in geval van ontslag om dringende reden.

Pensioenbreuk en pensioenverlies. — Onder «pensioenbreuk» verstaat men de beëindiging van de actieve deelneming in een pensioenregeling vóór het bereiken van de pensioendatum ³². Een dergelijke breuk doet zich voor in bijna elke situatie waarin de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt een verandering ondergaat.

De meest schrijnende gevolgen komen voor in de gevallen waarin de werknemer ziek, invalide of werkloos wordt of wanneer hij tijdelijk of definitief zijn loopbaan onderbreekt (vaak gaat het in het laatste geval om vrouwen die stoppen met werken om hun kinderen op te voeden of nog om zieke of invalide familieleden te verzorgen). Daarnaast doet zich ook een breuk voor wanneer een werknemer van werkgever verandert en — in het beste geval — naar een andere regeling overgaat.

Wat kan er met de opgebouwde en verkregen rechten gebeuren? En is er mogelijkheid in een verdere opbouw te voorzien?

Wat betreft de eerste vraag, worden er in de praktijk verschillende mogelijkheden aangeboden. Wettelijk gezien is er geen regeling over hoe deze rechten behandeld moeten worden.

De werknemer kan de pensioenrechten *afkopen* zodat hij de tegenwaarde ontvangt van alle betaalde bijdragen. Er is dan geen aanspraak meer op een aanvullend pensioen en bovendien is het fiscaal-technisch af te raden wegens het progressief tarief van de belasting op de afkoopwaarde.

Een andere mogelijkheid is het stopzetten van de financiering en het *bevriezen* van de situatie. Men zal een aanvullend pensioen ontvangen in verhouding tot de betaalde bijdragen.

Indien het pensioenreglement het toelaat, is het ook mogelijk de pensioenregeling *voort te zetten* bij de vorige werkgever door het geheel of gedeeltelijk verder betalen van de persoonlijke bijdragen en eventueel van de werkgeverstoeelagen. Dit zal alleen gebeuren indien men niet overgaat naar een nieuwe regeling waarbij aansluiting verplicht is.

Ten slotte kan men ook de rechten *overdragen*. Dit is echter alleen mogelijk in die gevallen waarin men aansluit bij een andere regeling en indien deze en de oude regeling dit toelaten.

De mogelijkheden zijn dus niet altijd even positief, vooral niet wanneer men niet naar een nieuwe regeling kan overgaan.

het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap?», *Soc.Kron.*, 1992, 271-275.

³⁰ Zie, voor een grondige bespreking van deze materie, VERRETH, K., «De invloed van arbeidsmobiliteit op aanvullende pensioenvoordelen», in *Arbeidsmobiliteit en sociale verzekeringen*, Brugge, Die Keure, 1993, 17-77.

³¹ B.S., 31 december 1992.

³² LUTJENS, E., «Maatregelen tegen de pensioenbreuk», *SMA*, 1990, 139; LUTJENS, E., *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over het ouderdomspensioen*, Vrije Universiteit Amsterdam, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 550; X, *Maatregelen tegen de pensioenbreuk 1985-1988. Evaluatie Stichting van de Arbeid*, Den Haag, Stichting van de Arbeid, s.d., 37.

De tweede vraag, de vraag naar de verdere opbouw, kan niet eenduidig positief beantwoord worden. De opbouw van pensioenrechten in een bedrijfspensioenregeling kan alleen voortgezet worden, zoals hierboven vermeld, indien het pensioenreglement het toelaat. Bovendien wordt het individueel voortzetten van een groepsverzekering fiscaalrechtelijk beschouwd als een individuele verzekering met een fiscaal minder gunstig regime tot gevolg voor de werknemer.

De overdracht naar een nieuwe regeling en met de voortzetting van de opbouw in die nieuwe regeling is alleen mogelijk indien men naar een nieuwe werkgever gaat die een regeling aanbiedt én indien beide regelingen daarin voorzien. Bovendien bepalen groepsverzekeringen die overdracht toestaan vaak dat een liquidatievergoeding betaald moet worden. Een bijkomend probleem bij overdracht is het *pensioenverlies* dat hiermee gepaard gaat. Dit pensioenverlies houdt in dat een werknemer, uitsluitend ten gevolge van het voortijdig beëindigen van de deelneming in de pensioenregeling, over de jaren actieve deelneming bepaalde pensioenaanspraken minder of in mindere mate verkrijgt dan wanneer hij de deelneming tot zijn pensionering zou hebben voortgezet³³. Door de breuk in de deelneming ontvangt de werknemer dus een lager pensioen dan wanneer hij actief deelnemer was gebleven tot zijn pensionering.

C. Voorstellen op het wetgevend vlak

Er zijn een aantal voorstellen te vermelden die weliswaar geen algehele aanpak inhouden maar zeker hun verdienste hebben en een stap in de goede richting betekenen voor het oplossen van een aantal van de aangehaalde problemen. Het wetsontwerp-Dehaene is, samen met het voorstel tot wetsontwerp-Detiège en het recentere voorstel van minister Willockx, het enige concrete voorstel dat m.b.t. dit onderwerp is gedaan. Het voorstel van minister Willockx is nog in een voorbereidend stadium en waarschijnlijk zullen er nog wijzigingen in worden aangebracht.

Het *wetsontwerp-Dehaene* betreffende de aanvullende pensioenregelingen van 1987³⁴ brengt de wachttijd voor deelname op maximaal een jaar. De opgesomde voorwaarden blijven behouden, maar positief is het feit dat deze regeling wordt veralgemeend en dus niet alleen zou gelden voor groepsverzekeringen, maar ook voor pensioenfonds en andere aanvullende pensioenregelingen in wat de tweede pijler wordt genoemd. M.b.t. de groepsverzekeringen zou dan nog wel een verschil bestaan t.a.v. de situaties waarin onmiddellijke aansluiting verplicht is, nl. op grond van artikel 50, § 3, van het koninklijk besluit van 17 december 1992. Voor de praktijk zou deze nieuwe wet weinig wijzigingen tot gevolg hebben.

In artikel 4 van dit ontwerp wordt bepaald dat de voordelen die de deelnemer heeft verkregen, op elk ogenblik moeten kunnen worden bepaald. Er wordt ook een minimum vastgesteld: de aanspraken mogen niet lager zijn «dan de voordelen die voortvloeien uit de toepassing van de regels van de minimumfinanciering of de minimumprovisie zoals die wordt vastgesteld in uitvoering van de wet van 9 juli 1975 (Controlewet)» wanneer het gaat om een «te bereiken

doel»-regeling (artikel 4, § 2, tweede lid). Indien het een «vaste lasten»-regeling betreft, mogen ze niet lager zijn «dan de voordelen die voortvloeien uit de bijdragen van werkgever en werknemer en de desbetreffend eventueel toegekende winstaandelen». Het gaat in een groepsverzekering dus om de opgebouwde reserve met een eventueel winstaandeel. In een niet-verzekerde pensioenregeling zoals de pensioenfonds berekent men de individuele reserve meestal op grond van het laatst uitgekeerde loon en rekening houdend met het aantal dienstjaren op het moment van de dienstverlating³⁵.

In artikel 4 is geen sprake van tijdsevenredige aanspraken zodat geen verplichting bestaat de financieringsachterstand ongedaan te maken.

Een tweede artikel dat verband houdt met de problematiek van de pensioenbreuk, is artikel 5. Dit artikel staat de overdraagbaarheid toe van de verkregen rechten tussen de pensioeninstellingen in geval van dienstverlating (artikel 5, § 1, eerste lid). Volgens de memorie van toelichting ligt de keuze volledig bij de werknemer en kan de nieuwe werkgever de overdracht niet weigeren³⁶. Een overdracht van de actuele waarde zonder het in rekening brengen van de dienstjaren doorgebracht bij de vroegere werkgever, heeft echter weinig invloed op het pensioenverlies.

Het tweede lid van § 1 van artikel 5 van het wetsontwerp geeft aan wat er moet gebeuren indien de rechten bij de oude werkgever worden gelaten: de reserves moeten op een aparte rekening worden geplaatst en moeten m.b.t. de oprenting en de winstdeelneming evenzeer worden aangepast als de andere reserves, m.n. de reserves voor de actieve deelnemers. De mogelijkheid om te opteren voor een aanpassing via oprenting en winstdeelneming, en deze dan verplicht te maken, is een stap in de goede richting om het pensioenverlies in geval van pensioenbreuk te verminderen.

Ook het *voorstel-Detiège* tot wetsontwerp betreffende de aanvullende pensioenregelingen moet hier vermeld worden. Dit voorstel neemt het wetsontwerp-Dehaene over maar voegt er toch een aantal belangrijke wijzigingen aan toe. Het bepaalt eveneens dat het reglement een wachttijd van een jaar kan bepalen vóór aansluiting wordt toegestaan (art. 4, § 1). Belangrijk in dit voorstel is de bepaling die handelt over de verkrijging: de prestaties zijn verkregen vanaf de aansluiting ongeacht de wijze van ontslag (art. 4, § 2, 2).

In het ontwerp van wet betreffende de aanvullende pensioenregelingen dat minister van Pensioenen Willockx voorbereidt³⁷ (*ontwerp-Willockx*) vinden we diezelfde belangrijke wijziging terug. De wachttijd voor deelname zou een jaar bedragen maar, is men eenmaal deelnemer, dan zouden de rechten onmiddellijk verkregen zijn (artikel 4, § 3). Dit artikel bepaalt dat de rechten onmiddellijk worden verkregen. Zelfs de dringende reden die nog terug te vinden is in het koninklijk besluit betreffende de levensverzekeringsactiviteit van 17 december 1992 (artikel 59, § 3), geldt hier niet als uitsluiting.

³⁵ ROTTIERS, M., o.c., 88.

³⁶ Memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, 1986-87, nr. 645/1, 2-3.

³⁷ Nota van 2 oktober 1992 aan de Ministerraad, behandeld op 9 oktober 1992.

³³ LUTJENS, E., *SMA*, o.c., 1990, 141.

³⁴ *Parl.St., Kamer*, 1985-86, nr. 945/1, 15-21.

In artikel 5 wordt de keuzemogelijkheid voor de werknemer behouden : ofwel draagt hij zijn rechten over, ofwel laat hij ze achter bij zijn oude werkgever die verplicht is dezelfde aanpassing qua oprenting en winstdeelneming toe te passen op de reserves voor de actieve en de niet-actieve deelnemers.

Voor beide voorstellen (het wetsontwerp-Dehaene en het ontwerp-Willockx) geldt de opmerking dat onduidelijk is hoe de overdracht, als men voor deze mogelijkheid opteert, zal gebeuren : zal men louter de effectief opgebouwde rechten overdragen of zal men extra-pensioenaanspraken kunnen meenemen zodat de nieuwe werkgever vroegere dienstjaren in rekening zal brengen ?

Het ontwerp van minister van Pensioenen Willockx betreffende de aanvullende bedrijfspensioenregelingen zou voor de problematiek van de verkregen rechten een stap in de goede richting betekenen. In het ontwerp wordt bepaald dat er wel nog een wachttijd tot aansluiting opgelegd kan worden maar, zodra men deelnemer is, zouden de rechten onmiddellijk verkregen zijn (artikel 4, § 3).

Bovendien zou dit ontwerp van toepassing zijn op alle bedrijfspensioenregelingen, dus zowel op groepsverzekeringen als op pensioenfondsen.

Het staat buiten kijf dat men moet komen tot een regeling die op alle bedrijfspensioenregelingen van toepassing is en die sociaalrechtelijk gunstig is.

In de gevallen waarin de werknemer geen aansluiting meer heeft met een pensioenregeling, valt de opbouw via een collectieve pensioenregeling bijna volledig stil. In het ontwerp-Willockx noch in de andere voorstellen is voor deze groep in een regeling of oplossing voorzien ; de groep komt niet aan bod.

Andere problemen die in de praktijk al enige uitvoering krijgen zoals de overdracht, worden wel behandeld in het ontwerp maar op een onvolledige wijze. Zo is er bv. geen bepaling die de wijze van de overdracht regelt, wat van groot belang is voor het inperken van het pensioenverlies in geval van pensioenbreuk.

Opnieuw moet gesteld worden dat het ontwerp-Willockx positieve elementen in zich heeft, maar dat voor heel wat problemen – vooral t.a.v. de zwakste groepen – nog geen oplossing aangegeven wordt. Ook hier is een duidelijke en voldoende omvattende wettelijke regeling gewenst.

Deze voorstellen waren een goede gelegenheid om ook de problematiek van de gelijke behandeling van man en vrouw op te nemen. Beter dan deze maatregelen in een aparte reglementering te gieten, ware het ze vast te leggen in één wet die dan voor alle aanvullende beroepsregelingen zou gelden.

Dat is nog steeds niet gebeurd. Een voorontwerp van wet werd opgesteld door een onderzoeksgroep van de K.U. Leuven in opdracht van staatssecretaris voor Leefmilieu en Maatschappelijke Emancipatie Smet die een uitvoering beoogt van de hierboven aangehaalde Richtlijn 86/378 van 24 juli 1987.

D. Besluit

De bestaande reglementering schiet te kort door het feit dat ze geen algemene regeling biedt en te weinig de sociaalrechtelijke aspecten behandelt.

Aan die gebreken en hiaten komen de aangehaalde voorstellen in zekere mate tegemoet. Er zijn echter nog heel wat bedenkingen bij te formuleren waarvoor niet onmiddellijk een oplossing in zicht lijkt.

IV. ALGEMEEN BESLUIT

Enerzijds kan gesteld worden dat België, op sociaalrechtelijk vlak, aansluit en zelfs verder staat dan dat de Europese regels dit opleggen. Ook de voorstellen op het wetgevend vlak gaan verder dan de genomen en voorgestelde maatregelen.

Anderzijds heeft de Belgische wetgever de richtlijn i.v.m. de gelijke behandeling van man en vrouw (zie III, B, 1°) nog steeds niet opgenomen in de wetgeving hoewel dit reeds op 30 juli 1989 gebeurd had moeten zijn.

Noch de Europese, noch de Belgische wetgever lijken een gestructureerd beleid uitgestippeld te hebben. De maatregelen passen niet in een coherent geheel dat een sluitende oplossing kan bieden voor de vele problemen waarmee een mobiele werknemer op het sociaalrechtelijk vlak wordt geconfronteerd.

Kathleen VERRETH
Instituut Sociaal Recht
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 FEBRUARI 1991

Voorzitter : de h. Marchal

Rapporteur : de h. Rappe

Openbaar ministerie : de h. Declercq

Advocaten : mrs. Delahaye en Gérard

Overeenkomst – Ontbinding van wederkerige overeenkomst wegens wanprestatie – Terugwerkende kracht – Overeenkomst met openvolgende prestaties – Arbeids-overeenkomst

De ontbinding van een wederkerige overeenkomst met toepassing van art. 1184 B.W. heeft in beginsel uitwerking ex tunc. Zij heeft tot gevolg dat de partijen in dezelfde toestand moeten worden teruggeplaatst als die waarin zij zich zouden bevinden als zij geen overeenkomst hadden gesloten.

De ontbinding mag evenwel niet leiden tot vernietiging van de wederkerige prestaties die ter uitvoering van die overeenkomst zijn uitgevoerd, wanneer zij niet kunnen worden teruggegeven. Daaruit volgt dat de gerechtelijke ontbinding van een duurcontract ook terugwerkende kracht kan hebben vanaf het ogenblik dat de uitvoering van de overeenkomst niet meer wordt nagestreefd en er bijgevolg geen reden tot teruggave is.

De S. t/ N.V. H.B.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 september 1989 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, 1135, 1184 van het Burgerlijk Wetboek, 1138, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, 20, 1°, 32, 3°, 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, zegt dat de door eiser bij dagvaarding van 11 maart 1982 ingestelde vordering ontvankelijk maar niet gegrond is, op grond: «dat hoewel (eisers) overwegingen aangaande de terugwerkende kracht van de gerechtelijke ontbinding juist zijn, (eiser) evenwel vergeet dat de overeenkomst blijft bestaan tot de dag waarop de rechter de ontbinding uitsprekt, waarbij hij al of niet terugwerkende kracht geeft aan zijn beslissing; dat de rechter niet de ontbinding kan uitspreken van een overeenkomst die op het ogenblik waarop hij uitspraak moet doen, niet meer bestaat; dat de kennisgeving op 22 april 1982 door verweerster van een handeling die van de kant van eiser gelijkstaat met een beëindiging, ongeacht of die gegrond is, de overeenkomst tussen de partijen heeft doen ophouden en zulks op de datum waarop die handeling werd aangevoerd; dat daaruit dus volgt dat de door eiser ingestelde vordering tot gerechtelijke ontbinding doelloos is geworden»,

...

Wat het derde onderdeel betreft:

...

Overwegende dat de ontbinding van een wederkerige overeenkomst, met toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, in beginsel ex tunc uitwerking heeft; dat zij tot gevolg heeft dat de partijen in dezelfde toestand moeten worden teruggeplaatst als die waarin zij zich zouden bevinden als zij geen overeenkomst hadden gesloten;

Dat zij evenwel niet mag leiden tot vernietiging van de wederkerige prestaties die ter uitvoering van die overeenkomst zijn uitgevoerd, wanneer zij niet kunnen worden teruggegeven;

Dat daaruit volgt dat de gerechtelijke ontbinding van een duurcontract ook terugwerkende kracht kan hebben vanaf het ogenblik dat de uitvoering van de overeenkomst niet meer wordt nagestreefd en er bijgevolg geen reden tot teruggave is; dat de beëindiging van de overeenkomst, vooreer de rechter, waarbij de vordering tot ontbinding ahangig is, uitspraak heeft gedaan, bijgevolg die vordering niet noodzakelijk doelloos maakt;

Dat het arbeidshof, door eisers vordering tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af te wijzen, alleen op grond dat die overeenkomst, op het ogenblik dat het hof uitspraak diende te doen, niet meer bestond, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

NOOT—Zie en vergelijk: Cass., 24 januari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1196; Cass., 26 juni 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 635. Zie over deze problematiek: LEFEBVRE, L., «Les effets de la résolution judiciaire des contrats successifs», *Rev. Not.B.*, 1988, 226-238; FONTAINE, M., «La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive» (noot onder Cass., 8 oktober 1987), *R.C.J.B.*, 1990, 382-401; STORME, M.E., «Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten», *T.B.B.R.*, 1991, 101-117.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 JUNI 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Verbist en De Gryse

Arbeidsovereenkomst — Einde — Kennisgeving dat de overeenkomst als beëindigd wordt beschouwd — Gevolg

Wanneer de werknemer aan de werkgever ter kennis brengt dat hij de overeenkomst als beëindigd beschouwt op grond van een door de werkgever aan een essentieel bestanddeel ervan aangebrachte eenzijdige belangrijke wijziging, is de arbeidsovereenkomst in elk geval definitief en onherroepelijk beëindigd op het tijdstip van die kennisgeving.

De C. t/ N.V. D.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 mei 1992 door het Arbeidshof te Gent gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, 1135, 1142, 1184 van het Burgerlijk Wetboek, 7, 20, 1°, 32, 35, 37 en 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arbeidshof het hoger beroep van eiser ongegrond verklaart en met bevestiging van het beroepen vonnis de vorderingen van eiser strekkende tot het verkrijgen van een verbrekingsvergoeding ten bedrage van 2.556.750 fr. wegens onrechtmatige verbreking van de arbeidsovereenkomst alsook tot betaling van loon voor de prestaties geleverd op 16 april 1987 als ongegrond afwijst, op de volgende gronden: (Eiser) vordert een vergoeding ten bedrage van 2.556.750 fr. wegens onrechtmatige verbreking van de arbeidsovereenkomst. Hij baseert zijn rechtsovereenkomst niet op een vaststelling van de verbreking van de overeenkomst door (verweerster) wegens een eenzijdige belangrijke wijziging van essentiële arbeidsvoorwaarden maar op een ontslag wegens dringende redenen. Hij stelt ontslagen te zijn wegens dringende redenen. Dit ontslag wegens dringende redenen is volgens hem volkomen onrechtmatig zodat hij aanspraak kan maken op een verbrekingsvergoeding. Zoals de eerste rechter terecht heeft beslist, dient hier dus alleen de aangevoerde rechtsgrond van de vordering te worden onderzocht, namelijk het ontslag wegens dringende redenen. Een eenzijdige belangrijke wijziging van essentiële arbeidsvoor-

waarden wordt door de rechtsleer en de rechtspraak beschouwd als een onrechtmatige verbreking van de arbeidsovereenkomst. In bepaalde eenzijdige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever wordt een stilzwijgende verbreking van de arbeidsovereenkomst gezien. Die wijzigingen maken immers duidelijk dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet verder wil uitvoeren op de wijze die overeengekomen was. De werkgever die dergelijke wijzigingen eenzijdig doorvoert, maakt zelf onrechtmatig een einde aan de arbeidsovereenkomst. De werknemer beperkt er zich toe die verbreking vast te stellen. Elke wijziging is echter niet voldoende zwaar om te worden gelijkgesteld met een verbreking door de werkgever. (Eiser) heeft zijn rechtsvordering tot opzeggingsvergoeding niet gebaseerd op een vaststelling van de verbreking van de overeenkomst wegens eenzijdige belangrijke wijziging van essentiële arbeidsvoorwaarden. Er dient aldus niet te worden nagegaan of hier al dan niet belangrijke wijzigingen aan essentiële arbeidsvoorwaarden zijn aangebracht. Alleen de opgegeven rechtsgrond kan worden onderzocht. Er dient hier dus alleen te worden vastgesteld of (verweerster) de arbeidsovereenkomst wegens dringende redenen heeft verbroken, hetgeen door (eiser) als rechtsgrond van zijn vordering wordt opgegeven. De chronologie van de feiten toont duidelijk aan dat hier geen ontslag wegens dringende redenen kan worden aangenomen. Uit de laatste alinea van de hierboven vermelde brief van 15 april 1987, die op 16 april 1987 werd afgegeven aan de heer voorzitter D.Q. in Parijs, blijkt duidelijk dat (eiser) contractbreuk ten laste van (verweerster) heeft vastgesteld wegens eenzijdige belangrijke wijziging van essentiële arbeidsvoorwaarden. Deze brief was wel degelijk gericht aan (verweerster), de N.V. D. In de aansprektitel werd vermeld «Mijne Heren». De brief eindigde ook als volgt: «Wilt aanvaarden, Mijne Heren, de verzekering van mijn beste gevoelens». Het feit dat bovenaan werd vermeld «ter attentie van de heer D.Q., voorzitter», en de brief ook aan de heer D.Q. werd overhandigd, neemt niet weg dat (verweerster) de uiteindelijke geadresseerde was. (Eiser) stelt achteraf weliswaar dat die brief niet bedoeld was als een vaststelling van contractbreuk door (verweerster), maar als een pressiemiddel om tot een gesprek te komen. Hij verwijst hiervoor naar zijn hierboven vermelde twee brieven van 16 april 1987 en zijn brief van 17 april 1987. Hij ontkent contractbreuk te hebben aangevoerd doch diverse pogingen te hebben ondernomen om de grond van de zaak te bespreken. Hij beschouwt zijn brief van 15 april 1987 slechts als een ingebrekestelling en voert als bewijs aan dat hij nog heeft gewerkt op 16 april 1987. Hij beweert op die dag nog briefwisseling te hebben opgesteld, diverse telefoons te hebben afgehandeld, een rapport in verband met prijsoffertes te hebben afgewerkt, getypte brieven te hebben getekend en tevens een lang gesprek te hebben gehad met de heer V. Hij eist aldus tevens loon voor 16 april 1987. De vermelde brief van 15 april 1987, die aan de heer D.Q., voorzitter, in Parijs door (eiser) werd overhandigd, is klaar en duidelijk en in geen geval vatbaar voor interpretatie, zoals de eerste rechter terecht heeft geoordeeld. De rechtsgrond die (eiser) heeft aangevoerd voor zijn vordering, namelijk de verbreking van de arbeidsovereenkomst wegens dringende redenen door (verweerster) kan niet worden aangenomen omdat (eiser) voordien reeds zelf contractbreuk ten laste van (verweerster) had vastgesteld wegens eenzijdige belangrijke wij-

ziging van essentiële arbeidsvoorwaarden. (Verweerster) kon hier dus niet meer opnieuw een einde aan de arbeidsovereenkomst maken door ontslag wegens dringende redenen. (Eiser) had immer reeds tevoren aan (verweerster) laten weten dat hij haar houding constitutief als een verbreking beschouwde. (Eiser) heeft hier te snel gehandeld en kan zich niet meer op zijn latere brieven beroepen om zijn misstap recht te zetten. Zijn brief van 15 april 1987 was geen ingebrekestelling maar een klare en duidelijke vaststelling van een verbreking van de arbeidsovereenkomst door (verweerster) wegens eenzijdige belangrijke wijziging van essentiële arbeidsvoorwaarden. Een andere interpretatie is volledig uitgesloten. De brief van 15 april 1987 was de vaststelling van een verbreking van de arbeidsovereenkomst ten laste van (verweerster) wegens eenzijdige belangrijke wijziging van essentiële arbeidsvoorwaarden – zowel naar de vorm, aangezien de brief van 15 april 1987 uitdrukkelijk was gericht aan geïntimeerde; – als naar zijn inhoud, daar de brief een duidelijke en onherroepelijke vaststelling inhield van de verbreking van de arbeidsovereenkomst, letterlijk omschreven als «bijgevolg zie ik mij verplicht vast te stellen dat u eenzijdig de arbeidsovereenkomst die ons bindt, hebt verbroken...» (...) De oorzaak door (eiser) voor zijn vordering aangegeven, nl. de verbreking van de overeenkomst om dringende redenen door (verweerster) kan niet worden aangenomen omdat (eiser) voordien reeds de arbeidsovereenkomst als verbroken door (verweerster) had beschouwd. De vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding op basis van de door (eiser) aangegeven rechtsgrond, kan aldus niet worden ingewilligd. Loon voor 16 april 1987. (Eiser) kan voor 16 april 1987 evenmin aanspraak maken op betaling van enig loon. Hij heeft de overeenkomst zelf als verbroken beschouwd op 15 april 1987. (...)

terwijl, overeenkomstig artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek de partij die eenzijdig een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst in belangrijke mate wijzigt er onmiddellijk en onwettig een einde aan maakt; (...)

Overwegende dat, wanneer de werknemer ter kennis van de werkgever brengt dat hij de arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwt, op grond dat de werkgever eenzijdig een belangrijke wijziging in een essentieel bestanddeel van de overeenkomst heeft aangebracht, de arbeidsovereenkomst op het tijdstip van die kennisgeving in elk geval onherroepelijk en definitief is beëindigd;

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt dat zulk een kennisgeving door eiser aan verweerster werd gegeven; dat het arbeidshof met die vaststelling kan volstaan om wettig te beslissen dat de arbeidsovereenkomst na die kennisgeving door verweerster niet meer kon worden beëindigd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 11 JUNI 1993

Voorzitter : mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur : de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : de h. D'Hoore, eerste advocaat-gene-
raal

Advocaat : mr. De Bruyn

**Faillissement – Hoger beroep – Termijn – Vonnis ter
zake van faillissement – Terugvordering van art. 567 Fw.**

*Art. 465, eerste lid, Fw. betreffende de termijn van hoger be-
roep tegen een vonnis ter zake van faillissement is toepasselijk
in het geval van de in art. 567 Fw. bedoelde terugvordering, ook
al is dit artikel gedeeltelijk een toepassing van het gemene recht
betreffende de terugvorderingen.*

A. en M. t/ Faillissement P.V.B.A. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 september 1991 door
het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

...

Overwegende dat artikel 465, eerste lid, van de Faillisse-
mentswet bepaalt dat de gewone termijn om hoger beroep
in te stellen tegen ieder vonnis dat ter zake van faillissement
wordt gewezen vijftien dagen bedraagt, te rekenen van de
betekening ; dat onder «ieder vonnis ter zake van faillisse-
ment» in de zin van die wetsbepaling moet worden verstaan,
ieder vonnis dat uitspraak doet over rechtsvorderingen en
betwistingen die rechtstreeks uit een faillissement ontstaan
en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in
het bijzonder recht dat het faillissement beheerst ;

Dat de omstandigheid dat het geschil bovendien aanlei-
ding geeft tot toepassing van andere wetsbepalingen, het in
voormeld artikel 465 bedoelde begrip niet uitsluit ;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat de eiser
sub 1 na het faillissement van de P.V.B.A. A., de curator van
het faillissement heeft gedagvaard «in verbod tot verkoop en
revindicatie van een partij asbest, amosite en blauwe asbest
hem verkocht door A. volgens factuur van 23 maart 1971 te-
gen 1.154.370 fr., BTW inclusief, grondstoffen die reeds be-
taald waren maar nog lagen opgeslagen in de magazijnen
van A. en gemakkelijk te individualiseren waren» ; dat de ap-
pelrechters, zonder deswege te worden bekritiseerd, de be-
oordeling van de eerste rechter bijvallen in zoverre hij beslist
dat de betwisting met betrekking tot de hoofdvordering te-
gen de curator in verband moet worden gebracht met artikel
567, eerste lid, van de Faillissementswet ;

Overwegende dat artikel 567 van de Faillissementswet,
ook al is het gedeeltelijk een toepassing van het gemene
recht betreffende de terugvorderingen, de bijzondere regels
inhoudt die inzonderheid de rechten van de bewaargever be-
palen ten aanzien van de curator van het faillissement van
de bewaarnemer ;

Overwegende dat het hof van beroep oordeelt : dat «de
vordering juist ontstaan is wegens en uitsluitend wegens het
optreden van de curator, dan ook uit het faillissement voort-
komt» ; dat ook de oplossing ervan uitsluitend in het bijzon-
der recht inzake het stelsel van het faillissement te vinden

is, met name in de regels van art. 566 e.v. Fw. ; dat het daaruit
afleidt dat het beroepen vonnis te beschouwen is als een ter
zake van faillissement gewezen vonnis in de zin van artikel
465 van de Faillissementswet ;

Dat uit al wat voorafgaat volgt dat de appelrechters aldus
de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schen-
den ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

...

NOOT – Zie Cass., 6 januari 1992, *R.W.*, 1991-92, 1127.

HOF VAN BEROEP TE GENT

13e KAMER – 26 SEPTEMBER 1990

Voorzitter : de h. Van Avermaet

Advocaten : mrs. Van Elslander, Baekelandt en Vanderven-
net

**Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Leraars
voor leerlingen – Vierjarig kind dat zichzelf verwondt –
Omvang van de toezichtsverplichting van kleuterleidster**

*Als een vierjarig kind, zonder dat haar kleuterleidster dit
merkte, zich toegang tot de klas kon verschaffen en daar ernstig
gewond werd toen het de plastic verpakking van een krat melk-
flessen wilde verwijderen met een schaar die uitschoof en
haar in het linkeroog trof, houdt dit nog niet in dat die kleu-
terleidster te kort geschoten is in haar normale toezichtsverplich-
ting.*

*De op de leerkrachten rustende toezichtsverplichting moet op
een redelijke manier worden opgevat. Van een kleuterleidster die
dertig kleuters onder haar hoede heeft, kan niet worden geëist
dat ze elk kind op ieder ogenblik in het oog houdt. Een kleu-
terleidster mag en moet erop kunnen vertrouwen dat kinderen
van vier jaar bepaalde onvoorzichtigheden niet begaan, precies
omdat het hun verboden werd.*

V. en D. t/ S. en V.Z.W. Vrij Basisonderwijs B.

Op 10 november 1983 omstreeks 10.15 uur werd Amelie
V., vierjarig dochtertje van appellanten, op school ernstig
gewond toen ze de plastic verpakking van een krat melkfles-
sen wilde verwijderen met een schaar die uitschoot en haar
trof in het linker oog.

De appellanten hebben hun vordering, gebaseerd op de
artikelen 1382, 1383 en 1384 B.W., gericht tegen Marie-
Thérèse S., onderwijzeres van de kleuterklas van het kind
Amelie, alsmede tegen de V.Z.W. Vrij Basisonderwijs B.,
het inrichtend bestuur van de school van wie eerstgenoemde
de aangestelde was.

Het ongeval gebeurde in de volgende omstandigheden :

Terwijl de kleuters van de speelplaats komend hun man-
teltjes ophingen in de gang naar de klas onder het toezicht
van de onderwijzeres, is het kind Amelie zonder toelating
de klas binnengegaan met de bedoeling de krat met melk-
flessen te openen, wat haar ook verboden was.

Over de schaar die daarbij gebruikt werd is een blijvende
controverse : volgens geïntimeerden betreft het een schaar-
tje met afgeronde top zoals de schaarmpjes waarover alle kin-

deren beschikken voor hun knipselwerk; volgens appellanten gaat het om een scherpe schaar van de onderwijzeres die volgens hen bij de flessen lag maar zich volgens de geïntimeerden in de lessenaar van de onderwijzeres bevond.

De appellanten stellen dat de onderwijzeres S. te kort geschoten is in haar bewakingsplicht en dat zij bovendien niet de nodige maatregelen heeft genomen om dergelijke ongevallen in onbewaakte ogenblikken te voorkomen. Meer bepaald wordt aan S. verweten zowel de kratten melk als de schaar in een niet gesloten klaslokaal in het bereik van de kinderen te hebben gelaten en in ieder geval onvoldoende maatregelen te hebben genomen om de schade te voorkomen nu, volgens appellanten, enkel het verbod om de klas te betreden en de krat aan te raken en te openen, niet als voldoende voorzorgsmaatregelen kunnen worden beschouwd.

Dat het kind Amelie zich toegang tot de klas kon verschaffen zonder dat de onderwijzeres het merkte, beduidt nog niet dat er bij haar een tekortkoming was aan het normale toezicht.

Nu zij zich moest bekommeren om dertig kleuters, waarvan sommigen een bijzondere aandacht vragen of moeten worden geholpen, is het voor een ondernemend kind een klein kunstje even weg te glippen en ongezien in de klas te komen.

Terecht stellen de geïntimeerden dat de bewakingsplicht op een redelijke manier moet worden begrepen. Aldus kan van een kleuteronderwijzeres niet gevraagd of geëist worden dat zij ieder kind op elk ogenblik in het oog houdt.

Bij de vraag of S. de daad van het kind Amelie niet alleen had moeten verbieden maar ook onmogelijk maken door het afsluiten hetzij van de klas hetzij van de kratten en de schaar, gaan appellanten uit van de stelling dat de feiten hebben bewezen dat een dergelijk ongeval mogelijk was en dus voorzienbaar en te voorkomen.

Die premisse is echter niet houdbaar:

- het is in de praktijk niet te realiseren alle «mogelijke» onvoorzichtigheden te voorzien en ze bovendien door aangepaste maatregelen te voorkomen;

- ook onderwijzend personeel mag en moet erop kunnen vertrouwen dat kinderen van deze leeftijd bepaalde onvoorzichtigheden niet begaan, precies omdat het hun verboden werd; deze gezagsuitoefening en de uitwerking ervan op het gedrag van de kinderen is trouwens een element van de opvoeding;

- er werd door appellanten niet aangetoond – zelfs niet beweerd – dat hun dochter een kind was dat bijzondere aandacht en toezicht vereiste; evenmin wordt aangetoond dat zij geen besef had van wat zij mocht en niet mocht zoals normaal op een leeftijd van bijna vijf jaar;

- het kind zal ongetwijfeld geweten hebben dat het slechts in groep en op een teken van de onderwijzeres de klas mocht betreden en zeker zal het er zich van bewust geweest zijn dat het de gesloten krat niet op eigen gezag mocht openen;

- op school weten zelfs zeer jonge kinderen van meet af aan wat hun toegelaten of verboden is;

- ook thuis kunnen de ouders niet alles afsluiten en moeten zij hun toevlucht nemen tot «gebieden en verbieden» en ook daar, zelfs al zou het toezicht zich beperken tot één kind, is een dergelijk ongeval mogelijk zonder dat

aan de ouders een tekortkoming zou kunnen worden verweten.

De fout vereist voor de toepassing van artikel 1382 e.v. B.W. is diens gevolg in deze aanleg evenmin bewezen.

NOOT – Bovenstaand arrest bevestigt Rb. Brugge, 24 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 1374.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 15 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Heylen

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Lingier en Van Dyck

Advocaten: mrs. Degrauwe en Blanpain

Arbeidsovereenkomst – Opleidingsovereenkomst – Opleidingskosten – Vergoedingsbeding – Navolgende arbeidsovereenkomst – Genoten scholing – Terugbetalingsbeding – Geldigheid

Geldig is in een arbeidsovereenkomst het beding dat overgenomen is uit een vóór het aangaan van de arbeidsovereenkomst tot stand gekomen opleidingsovereenkomst, volgens hetwelk de geschoolde op degressieve wijze gehouden zal zijn tot terugbetaling van de tevoren vastgestelde, reële en niet overdreven, voor zijn opleiding gemaakte kosten, voor het geval dat hij de arbeidsovereenkomst tijdens een bepaalde en beperkte periode op eigen initiatief zonder dringende reden beëindigt.

N.V. D. t/ B.

1. Feiten

Door appellante, als regionale luchtvaartmaatschappij, werden nieuwe vliegtuigen Embraer EMB-120 aangekocht in Brazilië, en om deze te kunnen besturen, werd aan geïnteresseerde piloten de mogelijkheid geboden om een intensieve opleiding te volgen in het opleidingscentrum van de fabriek in Brazilië te San José dos Campos en in het opleidingscentrum te Fort Lauderdale (Florida, U.S.A.).

Aan piloten die deze opleiding wensten te volgen, werd wel als voorwaarde gesteld dat zij een overeenkomst zouden tekenen met betrekking tot de kosten van de opleiding, die volgens appellante volledig door haar gefinancierd werd.

De betrokken piloten waren op dat ogenblik niet in dienst bij D., en het stond hun vrij al dan niet in te gaan op de voorgestelde overeenkomst.

Geïntimeerde toonde belangstelling voor het volgen van de cursus «Captain/co-pilot Training Course EMB 120», die gegeven zou worden in Fort Lauderdale (Florida, USA) vanaf 20 februari 1989 tot en met 15 maart 1989, en sloot op 17 februari 1989 daarvoor een overeenkomst met appellante, om de opleiding te kunnen volgen en later bij haar in dienst te treden.

Deze overeenkomst hield onder meer de volgende bepalingen in:

«Artikel 2: De totale kostprijs van deze cursus bedraagt 625.000 fr. zoals goedgebevonden door beide partijen.

Artikel 4: Indien de piloot de beoogde kwalificatie behaalt, zal hij bij D. in dienst treden, indien D. hem hierom verzoekt, voor 15 juni 1989.

Artikel 5 : Bij weigering, om onverschillig welke reden, in dienst te treden bij D., verbindt de piloot zich ertoe om onvoorwaardelijk de kostprijs van de cursus binnen een maand aan D. terug te betalen. De sanctie bestaat in de volledige terugbetaling van 625.000 fr., die de piloot erkent alsdan verschuldigd te zijn aan D.

Artikel 8 : Bij indienstneming door D., zal de arbeidsovereenkomst onder meer voorzien in :

1° een proefperiode van zes maanden.

...

3° de verplichting voor de piloot om minstens drie jaar in dienst te blijven, op straffe van terugbetaling van 625.000 fr. bij ontslag door hem vóór 15 juni 1992. In een dergelijk geval zal zoveel 36ste worden terugbetaald, als er nog maanden moeten verlopen tot 15 juni 1992».

Nadat geïntimeerde de opleiding in Florida met vrucht had gevolgd, zodat hij de beoogde kwalificatie van first officer op toestellen EMB 120 haalde, bood appellante hem een arbeidsovereenkomst aan.

Op 5 juni 1989 sloten partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, met ingang van 5 juni 1989.

Artikel 5 van deze arbeidsovereenkomst nam de clause van het voorafgaandelijk contract tussen partijen over : «De werknemer verbindt er zich onvoorwaardelijk toe, gelet op de opleidingsovereenkomst van 17 februari 1989, om minstens drie jaar in dienst te blijven bij D., op straffe van terugbetaling van 625.000 fr., in geval van ontslag door de werknemer vóór 5 juni 1992. In een dergelijk geval zal zoveel 36ste worden terugbetaald, als er nog maanden moeten verlopen tot 5 juni 1992. Verder gaat de werknemer de verbintenis aan, in zoverre hij de kwalificatie F/O heeft, om binnen vier jaar de theoretische proeven met gunstig gevolg af te leggen tot het verkrijgen van de Belgische kwalificatie van lijnvliegtuigbestuurder.»

Geïntimeerde begon dus vanaf 5 juni 1989 te vliegen als first officer op de lijnvluchten, waarop appellante opereerde met de nieuwe vliegtuigen EMB 120.

Na amper 8 maanden en 14 dagen, namelijk op 22 februari 1990, zegde geïntimeerde zijn arbeidsovereenkomst op met ingang van 1 maart 1990, om te eindigen op 15 april 1990.

Appellante reageerde hierop bij aangetekende brief van 7 maart 1990 om te protesteren tegen het onverwachte ontslag, gelet op de vereisten en verworvenheden eigen aan zijn functie, het schrijnend tekort aan piloten, de opleidingskosten en tevens artikel 5 van het bediendencontract ; zij vroeg om de opzeggingstermijn te verlengen tot 4,5 maand.

Vervolgens werd geïntimeerde op 6 april 1990 in gebreke gesteld via officiële briefwisseling tussen de raadslieden, tot terugbetaling van een gedeelte van de opleidingskosten, nl.: 26/36ste van 625.000 fr. = 451.389 fr.

Aangezien er geen minnelijke regeling tot stand kwam, werd geïntimeerde gedagvaard tot betaling van : a) een verbrekingsvergoeding van drie maanden brutoloon als aanvullende opzeggingsvergoeding, zijnde 222.018 fr.; b) de gedeeltelijke terugbetaling van de opleidingskosten, 451.389 fr., zijnde 26/36e van 625.000 fr.

2. In rechte

...

B. Terugbetaling opleidingskosten

Overwegende dat in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, gesloten op 5 juni 1989, beide partijen overeen-

kwamen dat geïntimeerde zich er toe verbond minstens tot 5 juni 1992 in dienst te blijven van appellante en dat geïntimeerde ingeval hij zelf vóór die datum ontslag nam, zoveel 36ste als er nog maanden moesten verlopen tot 5 juni 1992, van het bedrag van 625.000 fr., dat voorzien was in de opleidingsovereenkomst van 17 februari 1989, diende terug te betalen ;

Overwegende dat geïntimeerde allereerst opwerpt dat het scholingsbeding, met toepassing van artikel 1226 van het Burgerlijk Wetboek, als willekeurig strafbeding nietig is ;

Overwegende dat het in de arbeidsovereenkomst van 7 juni 1989 opgenomen beding wel karakteristieken vertoont van een strafbeding maar daarvan essentieel afwijkt en eerder een soort schadebeding uitmaakt ;

Overwegende dat immers de bedongen som een vergoeding beoogde van potentiële en zelfs overeengekomen en vastgelegde uitgaven ; dat bij een strafbeding de aard van de bestraffing wordt vastgesteld zonder verwijzing naar enige schade ; dat bij een strafbeding ook volgens artikel 1228 van het Burgerlijk Wetboek de schuldeiser in plaats van de bedongen straf te vorderen de nakoming van de hoofdvorbintenis kan eisen tegen de schuldenaar die in gebreke is ;

Overwegende trouwens dat niet ernstig betwist kan worden dat de gevorderde opleidingskosten reëel zijn ; dat uit de voorgelegde berekening blijkt dat het te dezen gevorderde bedrag slechts een gedeelte van de werkelijke opleidingskosten uitmaakt ; dat niet ontkend kan worden dat een zodanige opleiding tamelijk zware onkosten moet meebrengen, zodat het gevorderde bedrag niet als overdreven beschouwd kan worden ; dat het zonder belang is dat deels een aantal kosten zoals verblijfs- en hotelkosten rechtstreeks door appellante werden betaald en andere werden verrekend als deeluitmakend van de kostprijs van de vliegtuigen ; dat derhalve dient te worden aanvaard dat de gevraagde vergoeding niet hoger is dan de werkelijk gemaakte kosten ;

Overwegende bovendien dat het bedrag van de opleidingskosten reeds was vastgelegd in de overeenkomst van 17 februari 1989, d.i. vóór de indiensttreding van geïntimeerde en op een ogenblik dat geïntimeerde volkomen vrij was om bepaalde verbintenissen op zich te nemen en nog niet onder gezagsdruk stond van zijn toekomstige werkgever ; dat bij die overeenkomst de totale kostprijs van de opleiding contractueel werd vastgesteld op 625.000 fr., zoals goed bevonden door geïntimeerde ; dat geïntimeerde zich toen ook verbond tot terugbetaling van die som als hij, na verzoek zou weigeren in dienst te treden bij appellante ; dat geenszins aangetoond wordt dat het om fictieve onkosten ging ;

Overwegende dat geïntimeerde in de gegeven omstandigheden een bestaande schuld had tegenover appellante, waarvan de eventuele verbintenis tot terugbetaling werd opgenomen in de arbeidsovereenkomst, en waarvan de terugbetaling degressief werd kwijtgescholden als hij gedurende een bepaalde tijd in dienst bleef van zijn werkgever ;

Overwegende dat geïntimeerde voorts stelt dat artikel 5 van de schriftelijke arbeidsovereenkomst bepaalt dat hij zich onvoorwaardelijk er toe verbindt om minstens drie jaar in dienst te blijven en dat zulk voor de werknemer nadelig beding strijdig is met artikel 37 van de Arbeidsovereenkomstenwet en het, met toepassing van artikel 6 van diezelfde wet, nietig verklaard dient te worden, en dat hetzelfde beding ook nietig verklaard dient te worden krachtens artikel

4 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens;

Overwegende dat, krachtens artikel 37 van de wet van 3 juli 1978, een ieder van de partijen steeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan beëindigen met inachtneming van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn, en dat volgens artikel 4 van het Europees Verdrag straks de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden niemand in slavernij of dienstbaarheid mag worden gehouden of tegen zijn wil dienstbaar dient te zijn;

Overwegende echter dat het beding in kwestie geïntimeerde niet bond om onvoorwaardelijk gedurende drie jaar in dienst van appellante te blijven; dat hij steeds de mogelijkheid had om, met naleving van de nodige opzeggingstermijn, een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst; dat het feit dat partijen overeenkwamen dat indien geïntimeerde op eigen initiatief de arbeidsovereenkomst beëindigde vóór 5 juni 1992, hij een degressief bepaald gedeelte van de scholingskosten moest terugbetalen, hem noch het recht noch de uitoefening van dit recht ontnam of ernstig belemmerde;

Overwegende dat ook het Hof van Cassatie oordeelde dat, wanneer een arbeidsovereenkomst ten aanzien van beide partijen voor onbepaalde tijd is aangegaan en als het door de werknemer te betalen bedrag geen vergoeding wegens contractbreuk maar alleen de terugbetaling is van een gedeelte van de opleidingskosten, wettelijk afgeleid kan worden dat de opleidingsovereenkomst niet tot gevolg heeft de in acht te nemen opzeggingstermijn te verlengen. (Cass., 19 september 1973, *R.W.*, 1973-74, 1389, *J.T.T.*, 1974, 164);

Overwegende dat de eerste rechter oordeelt dat voornoemd cassatiearrest achterhaald is, gelet op het feit dat het dateert van vóór het inwerking treden van artikel 6 van de wet van 3 juli 1978;

Overwegende dat in de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 geen bepalingen opgenomen zijn die rechtstreeks de scholingsbedingen behandelen;

Overwegende dat de minister van Tewerkstelling en Arbeid in de senaatscommissie, die indertijd het ontwerp van de Arbeidsovereenkomstenwet besprak, weliswaar verklaarde dat scholingsclausules strijdig zijn met artikel 35 van het ontwerp (art. 37 A.O.W.), dat de werknemer toestaat de overeenkomst te allen tijde en zonder geldelijke verplichting op te zeggen; dat een scholingsclausule de rechten, die bij de wet aan de werknemer toegekend zijn, wil beperken en derhalve op grond van artikel 6 van het ontwerp als nietig moet worden beschouwd (*Parl. St., Senaat*, 1977-78, nr. 258/2, 50);

Overwegende echter dat, zoals door V. Petry in «Over opleidingen betaald door de werkgever, misbruik van ontslagrecht en scholingsbedingen» (*Or.*, 1989, 31) wordt vermeld, moeilijk aanvaard kan worden dat een ministeriële uitspraak t.a.v. artikelen van een nieuwe wet die reeds in de oude wetgeving bestonden, aan die artikelen een bepaalde inhoud kan geven, zeker wanneer er op dat moment andersluidende rechtspraak van het Hof van Cassatie bestaat (zie advies R.v.St. bij artikel 6, wet 3 juli 1978 in Blanpain, R., *De wet op de Arbeidsovereenkomsten*, Reeks Sociaal recht, nr. 1, Antwerpen, Kluwer, 1978, 125: «Als uitdrukking van een algemene regel is het bepaalde in artikel 6 nieuw; hij is evenwel in de huidige wetsvoorzieningen op verschillende plaat-

sen terug te vinden, zodat in wezen niets aan de bestaande teksten wordt toegevoegd»);

Overwegende dat ook T. Tilleman in zijn artikel «Beschermingsconstructies en verweermiddelen tegen het afwerven van personeel» oordeelde dat de principes van de huidige artikelen 6 en 37 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten reeds vervat lagen in artikel 1780 van het Burgerlijk Wetboek, alsook in artikel 5 van de wet op het arbeidscontract en artikel 1 van de wet op het bediendencontract, en dat het Hof van Cassatie reeds expliciet rekening hield met de problematiek van het latere artikel 6 van de wet van 3 juli 1978; dat daarbij terecht geoordeeld wordt dat het scholingsbeding als geldig aanvaard kan worden als het enkel uitwerking heeft in geval van beëindiging door de werknemer of om ontslag om een dringende reden, wanneer het een beperkte duur betreft en het slechts een gedeeltelijke terugbetaling van de werkelijke kosten behelst (*Or.*, 1992, 228);

Overwegende dat te dezen dient te worden vastgesteld dat geïntimeerde slechts een degressief bepaald deel van het bedrag van de reële opleidingskosten, waarmee hij ook reeds vooraf zijn akkoord betuigde, diende terug te betalen indien hij binnen een redelijke termijn van drie jaar zelf op eigen initiatief de arbeidsovereenkomst beëindigde;

Overwegende dat de verplichting een deel van de scholingskosten die de werkgever heeft gedragen, terug te betalen, geen overdreven dwang uitmaakt voor de werknemer die de onderneming vóór een termijn van drie jaar verlaat;

Overwegende dat de bepaling van artikel 5 van de arbeidsovereenkomst geen zuiver potestatieve voorwaarde uitmaakt, daar de terugbetaling enkel diende te geschieden ingeval geïntimeerde zelf ontslag nam, en ze niet het recht opende op schadevergoeding voor de werkgever voor een evenement dat deze zelf in het leven kon roepen;

Overwegende dat niet ontkend kan worden dat bepaalde scholingsbedingen aanleiding kunnen geven tot misbruiken, maar dat de te dezen gesloten overeenkomst niet van die aard was dat zij de werknemer belemmerde of bemoeilijkte dat hij reële kansen kreeg om, door zijn studie op kosten van de onderneming, zijn sociale promotie te stimuleren of zijn kwalificatie te verhogen;

Overwegende dat de verwerping van de geldigheid van onverschillig welk scholingsbeding daarenboven de werkgevers eventueel zou ontmoedigen om soms dure extra opleidingen aan hun personeel te geven en te bekostigen, zodat uiteindelijk de werknemers hiervan het slachtoffer zouden worden (Reynders, W., «La clause d'écologie dans la jurisprudence», *T.S.R.*, 1988, 411);

Overwegende dat het beding in kwestie niet strijdig is met de bepalingen van artikel 37 van de wet van 3 juli 1978 noch met de bepalingen van artikel 4 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens, en derhalve geen beding uitmaakt dat strijdig is met de bepalingen van de wet van 3 juli 1978 ertoe strekkende de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren (art. 6 wet);

Overwegende dat moeilijk kan worden beweerd dat de rechten van geïntimeerde werden ingekort of dat zijn verplichtingen werden verzaamd, nu zowel vóór als bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst onderling afgesproken werd dat geïntimeerde niet behoefde in te staan voor de kosten van de gespecialiseerde opleiding die geïntimeerde vóór zijn indiensttreding mocht genieten en die door appellante wer-

den voorgeschoten, indien geïntimeerde gedurende drie jaar in dienst zou blijven; dat de door appellante betaalde opleiding niet als een definitief verkregen voordeel kan worden beschouwd; dat, ingeval geïntimeerde, na verzoek, niet in dienst getreden zou zijn van appellante, hij ingevolge de opleidingsovereenkomst van 17 februari 1989 ook gehouden zou zijn geweest het gehele bedrag van de genoten opleiding terug te betalen; dat de verplichting tot gedeeltelijke terugbetaling van de voor geïntimeerde gemaakte kosten voortvloeit uit het feit dat geïntimeerde vóór de afloop van de afgesproken termijn de arbeidsovereenkomst beëindigde;

Overwegende dat, gelet op de bepalingen van de arbeidsovereenkomsten van 7 juni 1989 en de opleidingsovereenkomst van 17 februari 1989, niet beweerd kan worden dat de betwiste clausule in artikel 5 van de arbeidsovereenkomst werd ingelast om de imperatieve wettelijke bepalingen te omzeilen die tot doel hebben de vrijheid van arbeid en het recht van de eenzijdige opzegging te waarborgen; dat evenmin de bedoeling aanwezig was een overeenkomst voor een bepaalde tijd te sluiten, daar na het verloop van een termijn van drie jaar de arbeidsovereenkomst volledig haar uitwerking bleef behouden;

Overwegende dat geïntimeerde ook stelt dat, zelfs indien hij een fout zou hebben begaan in de uitoefening van het ontslagrecht, appellante hiervoor geïntimeerde niet aansprakelijk kan stellen krachtens artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, omdat de zogezegde tekortkoming geen zware fout noch bedrog noch een fout is die eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt;

Overwegende echter dat voornoemd artikel 18 enkel geldt voor fouten die de werknemer in de uitvoering en tijdens de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst heeft begaan (Cass., 25 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 2087);

Overwegende dat geïntimeerde ook er op wijst dat de opzeggingsvergoeding bij gebreke van een voldoende opzeggingstermijn forfaitair is en alle schade dekt ten gevolge van het ontslag;

Overwegende dat het door appellante gevorderde bedrag geen aanvullende of bijkomende schadevergoeding is van de opzeggingsvergoeding, maar een gedeeltelijke terugbetaling van een bestaande schuld die geïncorporeerd werd in de arbeidsovereenkomst en die, zoals genoegzaam is aangetoond, de reële opleidingskosten dekte, en waarover de beide partijen vóór en bij de indienstreding hun akkoord betuigden;

Overwegende dat geïntimeerde ten slotte ten onrechte beweert dat hij niet gehouden is tot betaling van het gevorderde bedrag, daar hij, door achteraf in dienst te treden bij de Sabena-groep, zich nog steeds binnen dezelfde onderneming bevindt, zodat appellante ook nog mee geniet van de gevolgen van de bijzondere opleiding;

Overwegende dat er wel een vorm van samenwerking bestaat tussen appellante en Sabena maar appellante als luchtvaartmaatschappij autonoom functioneert, met eigen personeel, directie, infrastructuur, vliegtuigen, arbeidsvoorwaarden en loonschalen en zelfs met een afzonderlijk paritair comité, namelijk het Paritair Comité 315 B voor de luchtvaartmaatschappijen andere dan Sabena; dat het feit dat geïntimeerde deel uitmaakt van de «Common Senioritylist Sabena-Sobelair-DAT» en, als piloot van Sabena nog vluchten voor appellante deed en ook zijn anciënniteit verworven bij appellante bij Sabena behield, niets afdoet aan het feit dat geïntimeerde een individuele arbeidsrelatie had met ap-

pellante, en nadien in dienst trad bij Sabena als nieuwe werkgever met andere arbeidsvoorwaarden; dat geïntimeerde trouwens zelf zijn conclusie stelt dat appellante poogde door haar handelwijze geïntimeerde en andere piloten ervan te weerhouden om voor «de beter betalende concurrentie» te werken;

Overwegende dat het trouwens onbegrijpelijk voorkomt dat geïntimeerde op basis aan een gemeenschappelijke pilotenlijst, het Hof verzoekt te oordelen dat geïntimeerde nog steeds in dienst zou zijn van appellante, terwijl hij zelf op 22 februari 1990 het volgend schrijven aan appellante richtte: «Hierbij geef ik U de opzeg tot beëindiging van mijn arbeidsovereenkomst d.d. 7-6-1989. De opzeg gaat in op 7-3-1990 om te eindigen op 15-4-1990», en hij bovendien bij tegeenvordering om de toekenning van een vertrek- vakantiegeld verzoekt;

Overwegende dat het Hof in de gegeven omstandigheden artikel 5 van de arbeidsovereenkomst geldig acht en derhalve de vordering van appellante tot betaling door geïntimeerde van het bedrag van 451.389 fr. als gedeeltelijke terugbetaling van de overeengekomen opleidingskosten, als gegrond verklaard dient te worden;

...

VREDEGERECHT TE BORGERHOUT

2 JUNI 1993

Vrederechter: mevr. M. Verrycken

Advocaten: mrs. Van Orshagen en Matthyssens

Huur – Woninghuur – Herziening van de huurprijs – Begrip en bewijs van de nieuwe omstandigheden door de verhuurder – Deskundigenonderzoek – Begrip en bewijs van werken op kosten van de verhuurder

Voor de herziening van de huurprijs dient de verhuurder te bewijzen: een verschil tussen de normale huurwaarde en de eisbare huurprijs, dat zich heeft voorgedaan sinds de sluiting van de overeenkomst of de laatste herziening, ten gevolge van nieuwe omstandigheden, die gedurende de volledige driejarige periode hun invloed op de normale huurwaarde zullen uitoefenen.

Wanneer de verhuurder aan die bewijsverplichting niet voldoet doordat hij irrelevante vergelijkingspunten opgeeft, kan geen deskundigenonderzoek worden toegestaan om deze aan te vullen.

De mogelijke herziening op grond van door de verhuurder uitgevoerde werk kan niet worden gebaseerd op loutere onderhoudsen instandhoudingswerkzaamheden.

D. en V. t/ B.

In feite

Eisers gaven in huur aan verweerster, volgens overeenkomst van 5 juli 1978 (niet overgelegd), ingaande op 1 september 1978, het appartement, gelegen op de tweede verdieping links in het appartementsgebouw (...) tegen een maandelijkse huurprijs van 6.000 fr., die op het ogenblik van de indiening van het inleidend verzoekschrift 9.950 fr. beliep, ingevolge toegepaste indexaties.

Daar het oorspronkelijk contract van onbepaalde duur was, geldt het hier dus een huurovereenkomst die wordt geacht te zijn aangegaan voor een looptijd van negen jaar, met aanvang op 1 januari 1987. Buiten de huur is schijnbaar geen provisie voor onkosten verschuldigd.

In rechte

a) Artikel 7, § 1, tweede lid, van de Woninghuurwet

De vordering is primair gebaseerd op artikel 7, § 1, tweede lid, van de Woninghuurwet en beoogt verhoging van de huishuur van 9.950 fr. op 11.750 fr.; subsidiair is de vordering gebaseerd op artikel 7, § 1, derde lid, van de Woninghuurwet, op grond van verbeteringswerkzaamheden.

Om de herziening van de huur in de zin van een verhoging te kunnen krijgen, berust op de verhuurder de bewijslast over het bestaan van de volgende vier elementen:

1. Het moet blijken dat de normale huurwaarde van het gehuurde ten minste 20% hoger is dan de huurprijs die eisbaar was op het ogenblik van het indienen van de vordering. De normale huurwaarde is een objectief begrip waarmee men bedoelt de waarde die een doorsnee huurder voor het gehuurde zou bieden en die wordt bepaald op basis van de gegevens van de vastgoedmarkt en door een vergelijking met de huurwaarde van gelijksoortige onroerende goederen in de omgeving (Herbots, J. en Merchiers, Y., *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Die Keure, nr. 188, p. 137 en de verwijzingen).

2. Deze verhoging moet zich hebben voorgedaan sinds het sluiten van het contract of sinds de laatste herziening.

3. De verhoging moet het gevolg zijn van nieuwe objectieve omstandigheden, d.w.z. omstandigheden die niet bestonden ten tijde van de vaststelling van de huurprijs en niet te danken zijn aan het persoonlijk toedoen van de huurder of de verhuurder.

4. Het moet te voorzien zijn dat de nieuwe objectieve omstandigheden hun invloed op de normale huurwaarde zullen blijven uitoefenen gedurende de volledige driejarige periode waarvoor de herziening wordt gevraagd (*o.c.*, nr. 188, p. 138).

Pas als deze vier voorwaarden bewezen zijn door de verhuurder, doet de vrederechter uitspraak naar billijkheid.

Zulks betekent echter niet dat de rechter naar billijkheid zou mogen beslissen of er al dan niet nieuwe objectieve omstandigheden zijn, want zulks moet door de eisende partij worden bewezen, volgens de normen, bepaald in artikel 7, § 1, tweede lid, van de Woninghuurwet en het is pas als aan de vereisten van die wetsbepaling is voldaan, dat de rechter beslist naar billijkheid over de verhoging, wat dus inhoudt dat hij in dat geval niet verplicht is de huurprijs aan te passen in dezelfde evenredige verhouding als de wijziging van de normale huurwaarde van het gehuurde goed, maar dat hij volgens de feitelijke omstandigheden, eigen aan ieder geval afzonderlijk, moet oordelen (*o.c.*, nr. 191, p. 139).

Eisers stellen dat de onroerende voorheffing is gestegen, dat het appartement gelegen is in een standingvolle laan, dat andere appartementen in het gebouw aan hogere huurprijzen zijn verhuurd en dat de L.-laan de Jan Van Rijswijcklaan van Borgerhout kan worden genoemd.

Door deze algemene verklaringen beantwoorden eisers niet aan de vier gestelde voorwaarden.

Wat de stijging van de onroerende voorheffing betreft, stelt verweerster terecht dat dit geen relevant criterium uit-

maakt en dat hoogstens de stijging van het kadastraal inkomen in aanmerking genomen zou kunnen worden, doch niet in casu en wel om de volgende reden: in 1987 beliep het kadastraal inkomen 222.400 fr. en 240.800 fr. in 1992, een stijging van 8,2%, een stijging die lager ligt dan de stijging van de huurprijs gedurende deze periode.

De verbetering van de leefaccomodatie (met name de verbetering van de straataanleg en van het openbaar vervoer, meer parkings, enz.) in de buurt, wordt betwist door verweerster en wordt door eisers niet bewezen; het is juist dat twee hotels werden gebouwd in de buurt, langs de autosnelweg, maar dit biedt geen voordeel aan de buurtbewoners, doch kan integendeel nog meer overlast aan verkeer veroorzaken.

De vergelijking met de Jan Van Rijswijcklaan gaat helemaal niet op, want deze heeft heel wat meer prestige en standing (het feit dat de meeste artsen-specialisten de ambitie schijnen te hebben er hun kabinet te vestigen is daarvan wellicht én de oorzaak, én het gevolg).

Eisers leggen een verslag over, opgesteld door de vastgoedmakelaar Van P. op 16 december 1992, waaruit met name blijkt dat:

- aan de L.-laan in het pand nr. 50 een eerste verdieping, hebbende twee slaapkamers en een lift, verhuurd is vanaf juni 1991 tegen 14.335 fr. De vergelijking met dit vergelijkingspunt gaat niet op, omdat dat appartementsgebouw, waarover de onderhavige procedure, geen lift heeft;

- een appartement op de tweede verdieping in het pand M.-laan 103 werd verhuurd vanaf 15 december 1992 tegen 15.000 fr. Dit vergelijkingspunt komt niet in aanmerking — hoewel er ook geen lift is —, omdat het appartement, gehuurd door verweerster, slechts over één slaapkamer beschikt;

- een tweede appartement aan de M.-laan 11, gelegen op de derde verdieping en eveneens zonder lift, wordt verhuurd vanaf juni 1991 tegen 11.500 fr.;

- een derde appartement aan de M.-laan 43, gelegen op de derde verdieping met lift, wordt verhuurd vanaf 1 november 1989 tegen 10.400 fr., zijnde dus dezelfde huurprijs als die welke thans door verweerster wordt betaald.

Ten aanzien van de drie vergelijkingspunten, geput uit het vastgoedbestand van de M.-laan, dient te worden opgemerkt dat de M.-laan een meer residentieel karakter heeft, omdat het een stillere straat is dan de L.-laan, die wel standingvol is, doch die rumoeriger is, vanwege het zeer drukke verkeer aldaar.

De twee vergelijkingspunten M.-laan 11 en M.-laan 103 volstaan niet om daaruit met zekerheid te kunnen afleiden dat de normale huurwaarde van het appartement, gehuurd door verweerster, ten gevolge van nieuwe omstandigheden ten minste 20% hoger zou liggen dan de huurprijs die eisbaar was op het ogenblik van het inleiden van de procedure.

Eisers leggen ook nog een deel van een huurovereenkomst over, waaruit moet blijken dat een appartement, gelegen op de tweede verdieping links in het appartementsgebouw L.-laan 32, bevattende twee slaapkamers, werd verhuurd vanaf 1 augustus 1992 tegen een maandelijks huurprijs van 15.000 fr. voor een termijn van één jaar.

Ook dit vergelijkingspunt is evenmin relevant, want de hogere huur staat wellicht in verband met de korte duurtijd; bovendien heeft het ook twee slaapkamers.

Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat de algemene toestand van de vastgoedmarkt niet zonder meer als motief kan worden ingeroepen voor een huurprijsherziening (Hubeau, B., «Voor een huurprijsherziening moeten 'nieuwe omstandigheden' voorhanden zijn.», noot onder Vred. Antwerpen, VII, 16 juni 1992, *T.Vred.*, 1993, p. 52).

De zeer summier bewijselementen, overgelegd door eisers, kunnen niet worden aangevuld door een deskundigenonderzoek, zoals zij vorderen.

Immers, het is terecht dat in de doctrine wordt gesteld dat enkel op een deskundigenonderzoek een beroep kan worden gedaan, ter aanvulling van de concrete feitelijke gegevens, cijfers en vergelijkingspunten, die de eisende partij al naar voren heeft gebracht (*o.c.*, nr. 189, p. 138).

Zoals eerder uiteengezet, zijn de geciteerde vergelijkingspunten echter niet relevant.

Nu eisers geen voldoende of relevante feitelijke gegevens, cijfers of vergelijkingspunten hebben overgelegd, kunnen zij hun falende bewijsoverlevering niet aanvullen door middel van een deskundigenonderzoek.

De vordering is dan ook, in principe, ongegrond, in zover zij is gebaseerd op artikel 7, § 1, tweede lid, van de Woninghuurwet.

b) Artikel 7, § 1, derde lid, van de Woninghuurwet

In zover de vordering is gebaseerd op uitgevoerde en uit te voeren werken, is zij eveneens ongegrond.

Eisers beperken er zich immers toe te beweren dat er voor meer dan 500.000 fr. kosten werden gemaakt en er nog voor 225.000 fr. zijn gepland en zij leggen desomtrent een pak facturen over.

Vele van die facturen betreffen louter onderhouds- en instandhoudingswerken, zoals de factuur van 31 augustus 1987 voor de vernieuwing van het dak en een reeks facturen van C. voor onderhoudswerken aan de centrale verwarming.

Eisers verwijzen met name naar de factuur van 23 december 1991, waaruit blijkt dat de firma C. een open uitzetvat heeft afgebroken en een gesloten vat in de stookplaatsen heeft geplaatst, waarvan kostprijs 40.773 fr.

Eisers verwijzen ook naar de factuur van de firma C. van 13 oktober 1992, waaruit blijkt dat een gasketel werd geplaatst, waarvan kostprijs 240.242 fr.

Al die facturen kunnen niet tot gevolg hebben dat de normale huurwaarde van het pand met 10% is gestegen.

De wetgever heeft immers enkel de inspanningen van de verhuurder op het stuk van de renovatie en de modernisering van het woningbestand willen aanmoedigen (*o.c.*, p. 140, nr. 193).

NOOT—*De begrippen normale huurwaarde, nieuwe omstandigheden en werken en hun bewijs bij de herziening in de Woninghuurwet*

1. In dit vonnis van de vrederechter te Borgerhout worden drie aspecten behandeld die verband houden met de mogelijke herziening van de huurprijs in de woninghuurwet (art. 7, § 1, van de Woninghuurwet). Achtereenvolgens komen aan bod: het begrip «normale huurwaarde», het begrip «nieuwe omstandigheden» en het begrip «door de verhuurder uitgevoerde werken»; daaraan worden telkens overwegingen gekoppeld met betrekking tot de bewijsvoering in dit verband.

2.A. *Het begrip «normale huurwaarde»*. — Een eerste vraag is wat wordt bedoeld met het begrip «normale huur-

waarde». Het gaat om een objectief begrip dat niet noodzakelijk samenvalt met de bedongen huurprijs. De waarde die een doorsnee-huurder voor het gehuurde goed zou bieden en die wordt bepaald op basis van de gegevens van de vastgoedmarkt en door een vergelijking met de huurwaarde van gelijksoortige onroerende goederen in de omgeving (zie onder meer Van Oevelen, A., *Het nieuwe huurrecht anno 1991*, Antwerpen/Apeldoorn, 1991, 59, nr. 51; Van Oevelen, A., «Het nieuwe huurrecht anno 1991», *R.W.*, (1459), 1480, nr. 51; Van Oevelen, A., «De huurprijs. De kosten en lasten», in *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Herbots, J. en Merchiers, Y. (red.), Brugge, Die Keure, 1991, (129), 137, nr. 185). Van belang is dat het geenszins gaat om de venale waarde: het gaat om een concrete notie, afhankelijk van de markt, waarop de woning aanwezig is en niet van een abstracte of de gehele woningmarkt (Rommel, G., «Le bail de la résidence principale», *T. Vred.*, 1992, (261), 299). Dit concreet karakter wordt weerspiegeld in de omgevings- en confortkenmerken: dit houdt enerzijds een gedetailleerde beschrijving in van de desbetreffende woning, de aanduiding van voldoende andere woningen, die als vergelijkingspunten dienen en een voldoende beschrijving van deze laatste om een reële vergelijking mogelijk te maken (*ibid.*).

3. Het begrip is zeker nieuw wat de woninghuur betreft (zie echter in verband met de geldigheid van een verwijzing naar de «normale huurprijs» in een gemeenrechtelijke huurovereenkomst: Cass., 15 februari 1985, *J.T.*, 1986, 406, en *R.W.*, 1986-87, 543), maar reeds in het verleden gebruikt in het kader van de uitzonderings- en tijdelijke huurwetgeving (voor enkele aanknopingspunten, zie Lanckswaert, E. en Lavrysen, L., «De geschiedenis van de private huurwetgeving in het licht van de woonzekerheid», in *Wonen in (on)zekerheid*, Hubeau, B. en Vande Lanotte, J. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, (19), 39-44, nrs. 39-49), alsook in de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen (*B.S.*, 24 januari 1985, met name art. 4, tweede lid; zie hierover Hubeau, B., Lippens, J. en Vande Lanotte, J., *De nieuwe huurwet in 1985*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 38, nrs. 434-435; Van Oevelen, A., *Overzicht van de recente ontwikkelingen in het huurrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1985, 55-56, nr. 56; Herbots, J.H., «Schets van de jongste huurwetwijzigingen», *R.W.*, 1982-83, (2495), 2042, nr. 22). Zoals gezegd komt de bepaling ook voor in de Handelshuurwet: hierbij wordt doorgegaan verwezen naar de algemene economische toestand (Pauwels, A., *Handelshuur*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1971, 67, nr. 109; De Page, H., *Traité*, IV, p. 842, nr. 785; 'T Kint, J. en Godhaird, M., *Le bail commercial*, in *Rép.Not.*, VIII, Livre IV, Brussel, Larcier, 1983, 95-96, nrs. 123-125; Pauwels, A. en Raes, P., *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, Brussel, Excelsior, 1976, 253, nr. 379). In de regeling van de sociale huurwoningen speelt het begrip overigens een zeer belangrijke rol als maximale grens voor de door de huurder te betalen huurprijs (voor een exhaustieve behandeling: Hubeau, B., *Het huisvestingsrecht in gewestelijk, gemeenschaps- en federaal perspectief*, Brugge, Die Keure, 1993, deel 1, hfdst. 3, afd. 2).

4.B. *Het begrip «nieuwe omstandigheden»*. — De stijging of de daling van de normale huurwaarde van het gehuurde goed moet zijn veroorzaakt door nieuwe omstandigheden. Het moet gaan om nieuwe, objectieve omstandigheden: het moet gaan om omstandigheden die niet bestonden ten tijde

van de vaststelling van de huurprijs en die niet te wijten zijn aan het persoonlijk toedoen van de huurder of de verhuurder (vergelijk met art. 6 Handelshuurwet : De Page, H., *Traité*, IV, 841, nr. 785, a, 3°; La Haye, M. en Vankerckhove, J., *Les baux commerciaux*, in *Les Nouvelles, Droit civil*, VI, II, Brussel, Larcier, 1984, 119, nr. 1619; Pauwels, A., *o.c.*, 67-68, nrs. 110-112). Als voorbeelden worden in de parlementaire voorbereiding vermeld: de verslechting van de toestand van het gehuurde gebouw, de ontwikkeling van de prijzen op de vastgoedmarkt, een verbetering van de omgeving van het gehuurde goed (*Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1357/1, 21, M.v.T. wetsontwerp «tot uitbreiding van de bescherming van de gezinswoning»; zo de verhuurder kosten gedaan heeft voor werken waardoor de normale huurwaarde is gestegen, kan hij op grond van art. 7, § 1, derde lid, van de Woninghuurwet een huurprijsverhoging trachten te verkrijgen). Stedebouwkundige ingrepen door de overheid komen slechts in aanmerking zo een werkelijke invloed op de normale huurwaarde wordt aangetoond (*Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1375/2, 85-86, verslag Hermans en Mayeur). In de rechtsleer zijn nog de volgende voorbeelden aangehaald: een verbetering van de toegangswegen, de totstandkoming van supermarkten of beter toegankelijke winkels, de opening van een school in de buurt, telkens voor zover de normale huurwaarde inderdaad wordt beïnvloed, de verhoging van de in de huurprijs forfaitair begrepen lasten (Vankerckhove, J. en Rommel, G., «Lois des 20 février et 1er mars 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer», *J.T.*, 1991, (321), 334, nrs. 46-47).

5. Hier moet in het algemeen worden gesteld dat – dit blijkt onder meer ook uit de parlementaire voorbereiding – men aan het begrip «nieuwe omstandigheden» een zelfde betekenis heeft willen verlenen als in het kader van de Handelshuurwet (zie onder meer Rommel, G., *l.c.*, 299-300; Simons, J., «Loyer et charges», in *Baux à loyer. Bail de résidence principale et droit commun*, Benoit, G., Merchiers, Y. en Vanwijck-Alexandre, M. (red.), Brussel, La Charte, 1991, (151), 162-163).

6. Dat begrip moet toch met de nodige omzichtigheid worden gehanteerd, hetgeen in de rechtspraak in dit verband ook is gebeurd.

In een vonnis van 16 juni 1992 geeft de vrederechter van het zevende kanton te Antwerpen (Vred. Antwerpen, 16 juni 1992, *T.Vred.*, 1993, 50, noot Hubeau, B., «Voor een huurprijsherziening moeten 'nieuwe omstandigheden' voorhanden zijn») een interpretatie aan dit begrip «nieuwe omstandigheden». Wezenlijk is voor hem dat deze omstandigheden aanwezig moeten zijn in het pand zelf of in de onmiddellijke omgeving. De huurprijzen die worden gevraagd voor soortgelijke woningen in de buurt, zijn geen nieuwe omstandigheden in de betekenis die de wet eraan heeft gegeven.

In andere gevallen vroeg een verhuurder een huurprijsherziening, onder meer wegens het verloop van de huurprijzen op de vastgoedmarkt, voor een bepaald type van woningen of op een regionaal bepaalde markt (wij gaan hier niet op in: dit was reeds het voorwerp van een eerdere bespreking; zie onder meer Vred. Sint-Jans-Molenbeek, 31 maart 1992, *T.Vred.*, 1992, 175; Vred. Kapellen, 12 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 338; zie hierover Hubeau, B., «Voor een huurprijsherziening moeten 'nieuwe omstandigheden' voorhanden zijn» (noot onder Vred. Antwerpen (7), 16 juni 1992),

T.Vred., 1993, 52; zie ook *Nieuwsbrief Woninghuur*, afl. 1, 5-6, afl. 3, pp. 3-4, nrs. 19-21, afl. 6, pp. 5-6, nr. 68-69 en afl. 7, pp. 1-2, nr. 78; vergelijk inzake handelshuur, waarbij de ontwikkeling van de huurprijzen, de meerwaarde en de ligging van het gebouw niet als nieuwe omstandigheden in aanmerking worden genomen voor een overeenkomst, die dateert van 1987: Vred. Brussel (4), 12 juni 1992, *T.Vred.*, 1993, 48).

In een andere uitspraak wordt de noodzaak van nieuwe, objectieve omstandigheden herhaald: door de aanvrager van een herziening werd aangevoerd als omstandigheden enerzijds de prijsontwikkeling en anderzijds de verbetering van de omgeving (Vred. Sint-Niklaas (1), 16 november 1992, *T.Vred.*, 1993, 158): in dit geval wordt wel een deskundige aangesteld, omdat de partijen niet tot onderlinge overeenstemming komen (zie ook *infra*, nr. 11).

7. Voorts moet worden verwacht dat de nieuwe, objectieve omstandigheden hun invloed op de normale huurwaarde van het gehuurde goed zullen blijven uitoefenen gedurende de volledige driejarige periode, waarvoor de herziening wordt gevraagd: dit wordt door de vrederechter herhaald (zie onder meer Van Oevelen, A., *Het nieuwe huurrecht...*, *o.c.*, 60, nr. 51). Dit vereiste werd ook reeds gesteld in het kader van art. 6 van de Handelshuurwet (Cass., 3 september 1964, *Pas.*, 1965, I, 1, *R.W.*, 1965-66, 619, en *J.T.*, 1965, 15; Cass., 11 februari 1972, *Pas.*, 1972, 542; De Page, H., *Traité*, IV, 841, nr. 785, a, 3°, La Haye, M. en Vankerckhove, J., *Les baux commerciaux*, *o.c.*, 123-124, nr. 1627; Pauwels, A., *o.c.*, 71-72, nr. 120; vergelijk echter Foriers, P.A., «Etat du bien loué et bail à la rénovation. Loyer et charges. Garantie locative. Cession, sou-location et transmission du bien loué», in *La nouvelle réglementation des baux à loyer*, Fontaine, M. en Jadoul, P. (red.), Brussel/Louvain-La-Neuve, Bruylant/Academia, 1991, (79), 97, nr. 47): deze herziene prijs geldt dan immers voor de volledige periode (zie art. 3, laatste lid, van de Handelshuurwet en art. 7, § 1, laatste lid, van de Woninghuurwet).

8. Ten slotte mag de mogelijkheid tot herziening niet worden gehanteerd om een correctie aan te brengen ten aanzien van een *ab initio* te laag of te hoog overeengekomen huurprijs (Foriers, P.A., *l.c.*, 97, nr. 47; vergelijk inzake handelshuur La Haye, M. en Vankerckhove, J., *Les baux commerciaux*, *o.c.*, 119, nr. 1619; De Page, H., *Traité*, 843, nr. 785, a, 3°, c).

9. *In casu* werden voor de vrederechter te Borgerhout aangevoerd: de stijging van de onroerende voorheffing, de verhuring van andere appartementen in het gebouw aan hogere huurprijzen en de ligging in een standingvolle laan. Wegens het niet voldoen aan de bewijsverplichtingen die de wet stelt, wordt de vordering niet ingewilligd. Dit brengt ons bij de bewijsproblematiek.

10.C. *De (omvang van de) bewijsverplichting van de partijen.* – Degene die een herziening van de huurprijs vraagt op grond van art. 7, § 1, tweede lid, van de Woninghuurwet moet bewijzen dat aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden is voldaan. De Vrederechter te Borgerhout oordeelt in het besproken vonnis dat de bewijslast in het kader van artikel 7, § 1, tweede lid, van de Woninghuurwet bestaat uit vier elementen: (a) de verhoging van de normale huurwaarde met ten minste 20% ten opzichte van de huurprijs, die eisbaar was op het ogenblik van de indiening van de vordering; (b) het feit dat deze zich heeft voorgedaan sinds het sluiten van de overeenkomst of sinds de laatste herziening;

(c) het feit dat deze het gevolg is van nieuwe, objectieve omstandigheden en (d) dat deze omstandigheden invloed zullen uitoefenen op de normale huurwaarde gedurende de volgende driejarige periode. De rechter doet bij bewijs hiervan *in concreto* uitspraak in billijkheid. Welke elementen voert de verhuurder aan? Een stijging van de onroerende voorheffing, de ligging in een standingvolle laan, de verhuur van andere appartementen in het gebouw tegen hogere huurprijzen en de vergelijkbaarheid van een straat in Borgerhout met de Antwerpse Jan Van Rijswijcklaan. De vrederechter vindt dat niet aan de bewijslast is voldaan: de bewijselementen zijn te summier en de vergelijkingspunten niet relevant.

11. Het bewijs van de stijging of de daling van de normale huurwaarde van het gehuurde goed is niet altijd eenvoudig, evenmin als het feit dat nieuwe, objectieve omstandigheden deze hebben veroorzaakt. Bij de bepaling van de normale huurwaarde kunnen zich aanzienlijke beoordelingsproblemen voordoen: de aanstelling van een deskundige is niet *per se* noodzakelijk. De rechter kan bijvoorbeeld steunen op de hem voorgelegde vergelijkingspunten (inzake handelshuur, zie Vred. Etterbeek, 11 december 1975, *T.Vred.*, 1978, 33; Pauwels, A., «Handelshuur», B.W. Art. 6.3-4; M.E., «Bepaling normale huurwaarde» (noot onder Vred. Etterbeek, 11 december 1975), *T.Vred.*, 1978, 37-38). Het zou kunnen als aanvulling van de concrete feitelijke gegevens, cijfers en vergelijkingspunten, die de eisende partij reeds heeft vooropgesteld (er wordt wel een deskundige aangesteld in Vred. Sint-Niklaas (1), 16 november 1992, *T.Vred.*, 1993, 158; vergelijk met de Handelshuurwet: La Haye, M. en Vankerckhove, J., *Les baux commerciaux, o.c.*, 127-128, nr. 1634; Pauwels, A., *o.c.*, 72, nr. 122). Maar zo een bewijsslevering op zich faalt, kan een gevorderd deskundigenonderzoek deze niet aanvullen en kent de vrederechter het ook niet toe. Sommigen vinden een expertise niet strijdig met de beoordeling naar billijkheid, maar vinden de kostprijs ervan vaak te hoog in verhouding met de huurprijs (Simons, J., *l.c.*, 162; Van Oevelen, A., *Het nieuwe huurrecht...*, *o.c.*, 61, nr. 52; Rommel, G., *l.c.*, 300; Simons doet in dit verband het voorstel om een «observatorium van de huurprijzen» te organiseren, om zo expertisekosten uit te sparen; Simons, J., *l.c.*, 162). Indien mogelijk moet de vrederechter *de plano* oordelen (Vankerckhove, J. en Rommel, G., *l.c.*, 334, nr. 46). Een alternatief bewijsmiddel zou het plaatsbezoek kunnen zijn (Vankerckhove, J. en Rommel, G., *l.c.*, 334, nr. 46; Rommel, G., *l.c.*, 300). De rechter mag op het verzoek om onderzoeksmaatregelen te bevelen enkel ingaan zo de aanvraag tot herziening voldoende ernstig blijkt te zijn (Rommel, G., *l.c.*, 300-301).

12. In een aantal uitspraken worden terecht ook concrete eisen gesteld aan het verslag van de deskundige. Zo de vergelijkingspunten onvoldoende ter zake dienend zijn, dient het verzoek tot herziening van de huurprijs immers te worden afgewezen (Vred. Kapellen, 12 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 338).

13.D. *De verhoging van de huurprijs op verzoek van de verhuurder.* — De rechter kan naar billijkheid oordelen, ook een verhoging van de huurprijs toestaan aan de verhuurder, die bewijst dat hij, door de uitvoering van werken in het gehuurde goed op zijn kosten, de normale huurwaarde van het goed met minstens 10% heeft verhoogd, in vergelijking met de op het tijdstip van de indiening van het verzoek eisbare

huurprijs (art. 7, § 1, derde en vierde lid, van de Woninghuurwet).

14. De bedoeling van de wetgever is aldus de inspanningen op het stuk van de modernisering en de renovatie van het woningbestand aan te moedigen (*Gedr.St.*, *Kamer*, 1990-91, nr. 1357/1, 21, M.v.T. wetsontwerp «tot uitbreiding van de bescherming van de gezinswoning»). Het is een «beloning» voor de verhuurder, die aan het verhuurde goed moderniseringswerken uitvoert (Meulemans, D., *De nieuwe woninghuurwet*, Kalmthout, Biblo, 1991, 71, nr. 204).

15. Met de genoemde werken worden ook de werken bedoeld die zijn uitgevoerd aan de gemeenschappelijke delen van appartementsgebouwen, waarvan het gehuurde goed deel uitmaakt (*Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1990/2, 126, verslag Van Rompaey). De vrederechter te Borgerhout oordeelt in dit vonnis terecht dat echter niet in aanmerking komen loutere onderhouds- en instandhoudingswerken, die geen inspanningen zijn van de kant van de verhuurder op het gebied van de renovatie en de modernisering van het woningbestand. Evenmin kunnen de werken waartoe de verhuurder verplicht is ingevolge de artikelen 1719 en 1720 van het Burgerlijk Wetboek, of ingevolge artikel 2 van de Woninghuurwet, in rekening worden gebracht (Rommel, G., *l.c.*, 301). Voor de werken in de gehuurde woning is voorts de toestemming van de huurder noodzakelijk: gebeurt dit niet, dan zou zijn rustig genot kunnen worden geschonden, hetgeen niet het geval is voor werken in de gemeenschappelijke gedeelten. De verhuurder moet niet alleen de werken gedetailleerd vermelden, maar ook hun uitvoering en de gemaakte kosten aantonen (Rommel, G., *l.c.*, 301). Premies en toelagen, die door de overheid werden verstrekt voor de desbetreffende werken, moeten worden afgetrokken (*Gedr.St.*, *Kamer*, 1990-91, nr. 1357/2, 86, verslag Hermans en Mayeur).

16. In vergelijking met de herziening op grond van de normale huurwaarde gaat het om wezenlijk verschillende vormen van herziening, omdat de uitvoering van werken nooit gelijk kan staan met de aanwezigheid van nieuwe, objectieve omstandigheden. Aangezien de toepassingsvoorwaarden voor beide vormen van herziening derhalve verschillend zijn, kunnen beide vormen nooit worden gecumuleerd (*Gedr.St.*, *Kamer*, 1990-91, nr. 1357/10, 86, verslag Hermans en Mayeur).

Bernard Hubeau
Universiteit Utrecht
Universiteit Antwerpen

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 juni 1993

Faillissement — Ambtshalve faillietverklaring van overleden schuldenaar — Nietig vonnis — 1. Verzet van de rechtsopvolgers — Bevestiging van het vonnis — Overname van de nietigheid — 2. Hoger beroep — Vaststelling dat de faillietverklaring nietig was — Rechtsmacht volledig uitgeoefend door de appelrechter — Geen ambtshalve faillietverklaring mogelijk

Nadat een schuldenaar post mortem ambtshalve failliet was verklaard, werd het verzet van zijn rechtsopvolgers, thans verweerders, ongegrond verklaard. In hoger beroep oordeelde het bestreden arrest (Hof Brussel, 6 november 1991) dat de rechtbank van koophandel, alvorens het faillissement uit te spreken, de verweerders had moeten horen, dat het vonnis van faillietverklaring nietig was en dat het beroepen vonnis die nietigheid had overgenomen.

1. In het eerste middel wijst eiser, de curator, erop dat de rechtbank, na de verweerders te hebben gehoord, in het beroepen vonnis vaststelde dat aan de grondvereisten voor een faillietverklaring voldaan was. Hij meent dat het beroepen vonnis de nietigheid niet overnam. Het middel faalt naar recht :

«Overwegende dat het arrest vaststelt : 1. dat wijlen Emile Van D. bij vonnis van 21 maart 1989 van de Rechtbank van Koophandel te Brussel ambtshalve failliet werd verklaard ; 2. dat het faillissement uitgesproken werd met schending van het recht van verdediging van de rechtsopvolgers van E. Van D., zodat het vonnis van faillietverklaring nietig is ; 3. dat op verzet van die rechtsopvolgers, de rechtbank van koophandel het verzet ongegrond heeft verklaard ;

«Dat het oordeelt dat de eerste rechter 'door in de bestreden beslissing deze nietigheid niet vast te stellen, ze overgenomen heeft en tot de zijne heeft gemaakt, zodat zijn beslissing eveneens door nietigheid is aangetast' ;

«Overwegende dat het verzet in civiele zaken niet tot gevolg heeft dat het vonnis waartegen verzet vervalt ; dat, in zoverre de rechter het verzet ongegrond verklaart, de oorspronkelijke beslissing wordt gehandhaafd met inbegrip van de nietigheden waardoor zij is aangetast ;

«Dat het niet ter zake doet dat de eisers in het geding op verzet niet hebben opgeworpen dat de ambtshalve gewezen beslissing genomen was met miskennen van hun recht van verdediging ;

«Dat de appelrechters aldus naar recht beslissen dat de beslissing waartegen hoger beroep werd ingesteld, nietig was.»

2. In het tweede middel stelt de curator dat het bestreden arrest over de grond van de zaak had moeten oordelen en ambtshalve had moeten nagaan of aan de grondvereisten voor een faillietverklaring voldaan was. Ook dit middel faalt naar recht :

«Overwegende dat, luidens artikel 1068, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, het hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen, het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep ;

«Dat de appelrechter, binnen de perken van het door de partijen ingestelde hoger beroep, over de punten van de bij hem aanhangig gemaakte vordering een eindbeslissing moet nemen ;

«Overwegende dat in het onderhavige geval de verweerders, eisers in hoger beroep, gevraagd hebben dat het beroepen vonnis zou worden tenietgedaan en dat, diensgevolge, het oorspronkelijk gedane verzet ontvankelijk en gegrond zou worden verklaard ; dat zij in hun verzetakte gevraagd hadden dat het ambtshalve uitgesproken vonnis van faillietverklaring zou worden tenietgedaan ;

«Dat geen van de partijen gevorderd heeft noch vermocht te vorderen dat de appelrechter, nadat hij het op verzet uitgesproken vonnis had gewijzigd en aldus had vastgesteld dat het ambtshalve uitgesproken faillissement nietig was en zijn

rechtsmacht volledig had uitgeoefend, ambtshalve zou beslissen of de grondvoorwaarden van het faillissement vervuld waren en het faillissement ambtshalve zou uitspreken ;

«Dat de mogelijkheid daartoe ook niet kan volgen uit de artikelen 437, 442 en 466 van de Faillissementswet, daar het in strijd zou zijn met de artikelen 602, 1°, en 1050 van het Gerechtelijk Wetboek en geen enkele bepaling het hof van beroep bevoegdheid verleent om, behoudens het geval van hoger beroep tegen een vonnis van de rechtbank van koophandel en binnen de perken ervan, over de mogelijkheid van een faillietverklaring uitspraak te doen.»

(Voorzitter : mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur : de h. Verougstraete – Openbaar ministerie : de h. De Swaef – Advocaat : mr. Geinger – In de zaak : Faillissement van D. t/ H. en Van D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 juni 1993

Faillissement – Rechtspleging – Ambtshalve faillietverklaring – Vonnis op verzet – Nietigheid – Hoger beroep – Wijziging

Het bestreden arrest (Hof Gent, 21 mei 1992) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat : 1. de Rechtbank van Koophandel te Veurne op 27 april 1988 ambtshalve eiseres failliet verklaard heeft ; 2. die rechtbank bij vonnis van 7 september 1988 het verzet tegen het vonnis van 27 april 1988 ongegrond heeft verklaard ; 3. de eisers op 29 september 1988 een verzoekschrift tot hoger beroep hebben neergelegd ; 4. het vonnis van 27 april 1988 aangetast is door nietigheid wegens schending van het recht van verdediging ; 5. het beroepen vonnis van 7 september 1988 zich deze nietigheid heeft toegeëigend ;

«Dat het arrest vervolgens oordeelt dat eiseres opgehouden heeft te betalen en dat haar krediet aan het wankelen was ; dat het eiseres failliet verklaart ;

«Overwegende dat, luidens artikel 1068, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, het hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen, het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep ;

«Dat de appelrechter, binnen de perken van het door de partijen ingestelde hoger beroep, over de punten van de bij hem aanhangig gemaakte vordering een eindbeslissing moet nemen ;

«Dat, als de rechtspleging in eerste aanleg een aanvang neemt met een ambtshalve door de eerste rechter genomen beslissing, de devolutieve kracht van het hoger beroep binnen de grenzen blijft van het geschil dat tussen de partijen voor de eerste rechter werd gevoerd ;

«Overwegende dat in het onderhavige geval de eisers enkel gevraagd hebben dat het beroepen vonnis nietig verklaard zou worden ; dat geen van de partijen vermocht te vorderen dat, nadat de nietigheid door de appelrechter zou zijn vastgesteld, het hof van beroep ambtshalve zou beslissen of de grondvoorwaarden van het faillissement vervuld waren en het faillissement ambtshalve zou uitspreken ;

«Dat de mogelijkheid daartoe ook niet kan volgen uit de artikelen 437, 442 en 466 van de Faillissementswet, daar het in strijd zou zijn met de artikelen 602, 1°, en 1050 van het Gerechtelijk Wetboek en geen enkele bepaling het hof van beroep bevoegdheid verleent om, behoudens het geval van hoger beroep tegen een vonnis van de rechtbank van koop-handel en binnen de perken ervan, over de mogelijkheid van een faillietverklaring uitspraak te doen ;

«Overwegende dat het arrest, dat oordeelt dat het ambts-halve uitspraak kan doen over de faillissementsvoorwaar-den, de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter : mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur : de h. Verougstraete – Openbaar ministerie : de h. De Swaef – Advocaten : mrs. Nelissen Grade en Van Ommeslaghe – In de zaak : N.V. N. e.a. t/ Faillissement N.V. N.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 september 1993

Rechten van de mens – Geneeskunde – Tuchtzaken – Verzwaring van sanctie op het enkel hoger beroep van de geneesheer – Geen schending

Eisers derde middel tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 9 december 1991) wordt om de volgende redenen afgewezen :

«Overwegende dat de wetgever het recht van verdediging inzake de Orde der Geneesheren aan bijzondere regels heeft onderworpen ; dat, luidens artikel 25, § 4, van het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967, de raad van beroep, beslissende met een tweederde meerderheid, de door de provinciale raad uitgesproken sanctie kan verzwaren ;

«Dat uit de beslissing blijkt dat zij overeenkomstig voor-melde wetsbepaling is gewezen ;

«Overwegende dat uit de bepalingen van artikel 14, 1° en 5°, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, niet volgt dat, op het enkel door eiser ingestelde hoger beroep, de raad van beroep de door de provinciale raad opgelegde sanctie niet mag verzwaren.»

(Voorzitter : mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur : de h. Forrier – Openbaar ministerie : de h. Goeminne – Advocaaten : mrs. Delahaye en Bützler – In de zaak : B. t/ Orde der Geneesheren)

BOEKEN

Het milieustrafrecht nader beschouwd, Publikaties van de vereniging voor Milieurecht, 1993-1, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, 67 pp.

Niet alleen in België sleutelt men aan de milieuwetgeving : ook in Nederland heeft men er problemen mee. In deze publikatie worden een aantal thema's behandeld die nadien aan een werkgroep ter discussie voorgelegd worden.

Een eerste thema betreft de strafbaarstelling van milieudelicten, waarbij de huidige situatie en een voorontwerp tot wijziging van de wet op de economische delicten (WED) doorgelicht wordt. Ook in Nederland wordt geklaagd over de ondoorzichtigheid in deze materie : normen en bevoegdheden worden geregeld in talrijke wetten. Er wordt gesteld dat, om aan de strafrechtelijke aanpak van milieudelicten een toereikende basis te geven, meer nodig is dan een wijziging van de WED. Er wordt gepleit voor een eenduidig, effectief en overzichtelijk stelsel van strafbaarstelling van alle milieudelicten. Alle milieudelicten moeten onder de WED vallen, met een passend strafminimum.

Een ander thema is de visie van een rechter m.b.t. de mogelijk-heden en beperkingen van het milieustrafrecht. Ook in Nederland wordt geklaagd over een zwakke handhaving van het milieurecht :

- versnippering en onduidelijkheid voor wat de bevoegdheden van de opsporingsdiensten betreft ;

- handhaving van de regels mag niet worden overgelaten aan het bestuur maar wel aan het O.M.

Vervolgens wordt de praktijk toegelicht.

Een interessant thema is het volgende : «milieubescherming, maar niet onnodig ten koste van rechtsbescherming». Hier wordt gewaarschuwd voor een lichtvaardig gebruik van dwangmiddelen en voor een opsporingsonderzoek dat de grenzen van subsidiariteit en proportionaliteit te buiten gaat. De auteur verwijst naar gevallen waarin publiciteit rond een eerste opsporingshandeling geleid heeft tot een faillissement... ten onrechte zoals nadien gebleken is. In een rechtstaat moet er een evenwicht zijn tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming. Juist wanneer de neiging bestaat tot buitenproportionele repressie, verdient de rechtsbescherming van de verdachte extra aandacht. In de bestraffing dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt naargelang van de ernst van de inbreuk. Daarenboven moet voorlopige hechtenis buiten toepassing blijven als er alternatieven bestaan.

De waarde van deze publikatie ligt niet in de onmiddellijke bruikbaarheid als milieugids bijvoorbeeld maar wel in de rustige en serene wijze waarop het brandend actueel probleem van de milieubescherming benaderd wordt. Het is een haast filosofische benadering van dit onderwerp : het opent horizons en doet nadenken. En nadenken is iets wat heden ten dage te veel als tijdverlies wordt beschouwd...

E. Van Fraechem

RIK TORFS, m.m.v. FILIP DEWALLENS, Congregationele gezondheidsinstellingen. Toekomstige structuren naar profaan en kerkelijk recht, Peeters, Leuven, 1992, XX + 335 pp.

Iedereen kent en erkent de historische rol van de kloosterorganisasies in de uitbouw van de ziekenzorg. Door de eeuwen heen werd caritas en liefdadigheid geïnstitutionaliseerd in een netwerk van instellingen. Zo goed als overal is de vraag aan de orde naar de aflossing van de wacht en naar de mogelijkheden om de continuïteit in de lijn van de inspiratie van de initiatiefnemers te verzekeren. De auteur gaat niet in op de dieperliggende maatschappelijke vragen die daarbij rijzen. Het boek is gebouwd rond de legitieme zorg om juridisch betere garanties te formuleren die de continuïteit van de christelijk geïnspireerde ziekenhuizen kunnen garanderen. Het boek is origineel : auteur en medewerker zijn geschoold in het burgerlijk zowel als in het kerkelijk recht (Torfs is hoogleraar canoniek recht aan de K.U.Leuven). Het oorspronkelijke van het boek ligt precies in het voorstel om genoemde garanties te zoeken in een combinatie van burgerlijk recht en canoniek recht. De auteur stelt in zijn laatste deel een integratie voor van een profaanrechtelijke V.Z.W. en een canonieke private vereniging. Daartoe heeft hij vooraf enerzijds in het eerste deel een typologie gemaakt van de bestaande beheersstructuren van congregationele ziekenhuizen, anderzijds in deel twee een grondige studie gemaakt van het recht van de verenigingen in de kerk. De integratie van de beide disciplines is zeldzaam en boeiend. Terecht merkt de auteur op dat we hier staan voor een atypische vorm van de Kerk-Staatproblematiek (p. 295).

Het eerste deel brengt een heldere typologie: ziekenhuizen toebehorend aan een religieuze congregatie zonder rechtspersoonlijkheid, aan congregaties met rechtspersoonlijkheid, beheerd door een apart beheerscomité, door een aparte V.Z.W.-exploitante of ten slotte door een aparte V.Z.W.-eigenares. De auteur kon ook niet alle vragen oplossen die rijzen bij de overgang van een congregatie zonder rechtspersoonlijkheid naar een congregatie-V.Z.W. De overdracht van de goederen, waarop alle leden (civielrechtelijk) gelijke rechten hebben (p. 10) gebeurt via schenking door de leden van de V.Z.W. op basis van canonieke vertegenwoordigingsregels (p. 17), die toepasselijk zijn vanuit een contractuele duiding van de relatie congregatie/kerkelijke overheid (pp. 19 en 25). Het onderwerp is een doctoraal proefschrift waard.

De typologie van de kerkelijke verenigingen is erg gevarieerd: feitelijke verenigingen, erkende verenigingen met of zonder rechtspersoonlijkheid, waarvan sommige door de kerkelijke overheid aanbevolen of minstens geprezen worden, of het recht krijgen de term katholic in hun benaming op te nemen, en publieke verenigingen. Is de parallel met bv. de publiekrechtelijke intercommunale verenigingen de auteur ontgaan wanneer hij de mogelijke inspiratie vanuit het Belgisch recht afwijst (p. 194)? Ook hier een leerrijke ontleding tot in het detail. Ietwat frustrerend daarbij is dat de auteur geen poging doet om de bruikbaarheid van deze rechtsfiguur en de mogelijke toepassingen van het kerkelijk verenigingsrecht enigszins concreet te illustreren. De analyses laten soms een wat ijle indruk na.

De grondlijn van zijn benadering geeft de auteur zelf aan: «De spanning tussen de publiekrechtelijke organisatie van de hiërarchische Kerk en de vrijheden van de gelovigen vormt de vaak nauwelijks verholde leidraad van de hedendaagse canonieke discussie» (p. 256). Als een refrein komen dan ook de aanmaningen terug om de teksten «voorzichtig» te interpreteren, «restrictief» t.a.v. de interventiemogelijkheid van de overheid, die anders het hele recht dreigt uit te hollen. Men krijgt de indruk dat het canoniek recht als rechtswetenschap nog een groot stuk weg heeft af te leggen vooraleer deze aanmaningen algemeen begrepen zullen worden zoals ze bedoeld zijn, d.i. als bindende interpretatieregels inherent aan het eigen rechtssysteem. Een uitdaging die de auteur ook in andere geschriften resoluut heeft opgenomen.

Soms zou de argumentatietrant van de auteur dichter kunnen aansluiten bij de teksten. Het is de zorg van de auteur dat de erkenning door de kerkelijke overheid van private verenigingen niet verwordt tot een opportuniteitsoordeel. In dit verband verkiest hij het *recognoscere* van de statuten waarvan sprake in canon 299, § 3, te vertalen als erkennen, bevestigen (p. 202, vn. 686), liever dan als «beoordelen» zoals dat in de Nederlandse vertaling gebeurt (*Wetboek van canoniek recht. Latijns-Nederlandse uitgave*, Licap, Brussel 1987) – wat een verregaande inhoudelijke controle kan suggereren. Doet dit de taal geen geweld aan? In de meeste andere vindplaatsen in de codex lijkt «beoordelen» de enig mogelijke interpretatie. En in canon 229, § 3, wordt gezegd dat een vereniging erkend wordt (*agnoscere*), na onderzoek (*recognoscere*) van de statuten. Is een goede aanduiding van de draagwijdte van deze beoordeling niet te vinden in de voorbereidende documenten waar blijkbaar het onderscheid gemaakt wordt tussen goedkeuren (*probare, approbare*) en erkennen na een onderzoek (*recognitio*) waaruit blijkt dat in de statuten niets voorkomt tegen het algemeen belang, tegen het geloof en de goede zeden (p. 210). Dat een dergelijke erkenning die na onderzoek van de statuten moet gebeuren ook impliciet kan, bv. doordat de bisschop voorgaat in een eucharistieviering voor de leden van de vereniging (p. 205), verrast toch wel; zeker als verder gesteld wordt dat de machtiging om de benaming «katholiek» aan te nemen (can. 300), noodzakelijk schriftelijk moet worden gegeven, omdat het om een administratieve beschikking gaat waarop canon 37 van toepassing is. De tekst van can. 300 zou nochtans meer ruimte kunnen laten: de vereniging mag die benaming niet aannemen, gebruiken (*assumere*) zonder de instemming (*consensus*) van de bevoegde overheid. Als can. 37 hier geldt, waarom dan niet a fortiori bij de erkenning van de vereniging na onderzoek van de statuten? Overigens verdedigt de auteur hier ook een vreemde vertaling van *consensus*: «tenzij met overeenstemming van de bevoegde kerkelijke overheid» (p. 238), «*consensus* verlenen» (p. 240). De Nederlandse vertaling heeft terecht: «tenzij met toestemming van...»; wat de auteur afwijst, «omdat die vertaling een unilaterale ingreep van de overheid zou kunnen suggereren» (p. 242). Die vereiste *consensus*

zou hier inhouden dat enerzijds de vereniging geen aanspraak kan maken op het gebruik van de benaming, maar anderzijds ook dat het predikaat niet kan worden toegekend zonder een aanvraag van de vereniging zelf (p. 243). Er zou daarom trent een «overeenkomst» moeten betracht worden (p. 241). Een dergelijke m.i. geforceerde woordverklaring is alleen te begrijpen vanuit de gedrevenheid om de autonomie van de verenigingen tegenover de overheid te verdedigen.

Er zijn een aantal mogelijkheden om door een goede keuze van de leden van de V.Z.W. en van de raad van bestuur daarvan, door een duidelijke omschrijving van het statutair doel, door modulering van het stemrecht, gaande tot eventueel een vetorecht voor bepaalde leden enz., statutaire garanties in te bouwen voor het behouden van het katholieke karakter van de V.Z.W. (pp. 265-266). Waterdicht, zoals de auteur zegt, zijn die inderdaad niet, en ze hebben allemaal hun beperkingen. De auteur onderzoekt ook de mogelijkheid om de bewaking van de eigen identiteit van het ziekenhuis via verplicht bindend advies toe te vertrouwen aan een aparte V.Z.W., die dan tevens kerkrechtelijk een private vereniging zou zijn. Terrecht wijst de auteur op de risico's en de moeilijke werkbareheid van een dergelijke constructie (pp. 282-3 en 289). Het verwondert dan ook dat deze gezochte constructie reeds voorkomt in het eerste deel, waarin een typologie gegeven wordt van de organisatie modellen van katholieke ziekenhuizen. De aparte V.Z.W.-raadgeefster waakhond duikt daar plots op als een mogelijkheid, enkele bladzijden verder als een vaste aanrader die in alle statuten zou moeten voorkomen (pp. 121, 123-125, 133-134). In het derde deel wordt de bruikbaarheid daarvan dan weer sterk gerelativeerd. Dat is voor de lezer misleidend en verwarrend.

Bij de hoofdthese van de auteur blijf ik vragend. De voorkeur gaat naar een combinatie V.Z.W.-canonieke private vereniging, die zoveel mogelijk samenvallen, en waarin het voortbestaan van de V.Z.W. afhankelijk wordt gesteld van het voortbestaan van de kerkrechtelijke private vereniging. Dit biedt, wanneer het echt op cruciale vragen aankomt, inderdaad een grote waarborg voor de bewaking van de identiteit. Maar valt niet te vrezen dat deze canonieke vereniging ook een paard van Troje kan zijn? Zoals de auteur in zijn typologie duidelijk aangeeft, zijn de ziekenhuizen uit de canonieke congregaties weggegroeid tot autonome V.Z.W.'s-eigenares. Het samenspel met een canonieke vereniging biedt garanties voor het behoud van het oorspronkelijke katholieke karakter. Maar laat dat voor de V.Z.W. ook een voldoende betrouwbare basis voor autonomie, waar de evolutie in de typologie zo duidelijk de noodzaak van aangeeft? De kerkelijke overheid heeft een recht van toezicht op de canonieke vereniging. De auteur pleit in zijn analyse voor een beheerste, voorzichtige uitoefening daarvan. Maar de zelfbinding van kerkelijke autoriteiten is nog niet zo ingeburgerd, ook al wordt er in de hedendaagse canonistiek hard aan gewerkt, getuige de ontleding door de auteur van precies het kerkelijk verenigingsrecht. En zijn er hoe dan ook niet een aantal bevoegdheden van de kerkelijke overheid t.a.v. canonieke verenigingen die ernstige risico's inhouden voor de autonomie van de V.Z.W.'s tevens canonieke vereniging? Ik denk bv. aan het visitatierecht (can. 305, § 1) en het toezicht dat, weliswaar met inachtneming van de autonomie, toch o.m. de zorg inhoudt om versnippering van krachten te voorkomen (art. 323, § 2).

Men hoeft het niet met alle standpunten van een auteur eens te zijn om zijn werk te kunnen waarderen. Het boek van R. Torfs is origineel en brengt een dimensie in het debat die in Vlaanderen niemand anders inbrengt of misschien zelfs kan inbrengen. Het doet uitkijken naar zijn volgend werk.

R. Versteegen
K.U. Leuven

S. OSCHINSKY en P. JENARD, *L'espace juridique et judiciaire européen. Examen de 250 conventions*, Brussel, Bruylant, 1993, 860 pp.

Met dit werk bieden de auteurs, gewezen hoge ambtenaren bij het Ministerie van Justitie resp. buitenlandse zaken, een indrukwekkend overzicht van internationale akkoorden die bijdragen tot een betere internationale rechtsbedeling in Europa. De aan het boek ten grondslag liggende gedachte is dat de Europese staten niet al-

leen via de communautaire weg — ofschoon die herhaaldelijk aan bod komt —, maar ook langs *conventionele* weg, in het kader van tal van internationale organisaties, een uitgebreid netwerk van rechten en verplichtingen tot stand hebben gebracht die de juridische en gerechtelijke integratie in Europa ten goede komen (zie p. 9). Daartoe werd een selectieve werkwijze gevolgd: het boek pretendeert niet een volledig overzicht te bieden, maar dient zich (ook in zijn titel) aan als een onderzoek van om en bij de 250 internationale conventies die binnen (een deel van) Europa een nauwere samenwerking tussen gerechtelijke overheden tot stand brengen resp. materiële of procedurele regels in bepaalde rechtsdomeinen vastleggen. Een omstandig overzicht wordt gegeven van conventies gesloten in de volgende gebieden: mensenrechten, asiel- en vluchtelingenrecht, burgerlijk en handelsrecht, intellectuele rechten, internationaal privaatrecht, administratief recht, personen- en dienstenverkeer en -vestiging, internationaal publiekrecht, nationaliteit en militie, strafrecht en strafvoeding en conventies inzake terrorisme, verdovende middelen, leefmilieu en gezondheid. Buiten beschouwing blijven evenwel: specifieke domeinen als vervoerrecht, sociaal recht en culturele en militaire aangelegenheden; (niet-bindende) aanbevelingen en resoluties van internationale organisaties; verordeningen en richtlijnen van de Europese Gemeenschappen; en, op enkele uitzonderingen na (bijvoorbeeld aangaande rechterlijke bevoegdheidsconflicten; zie p. 500), bilaterale overeenkomsten tussen Europese staten. Vooral de uitsluiting van deze laatste categorie akkoorden, in de praktijk vaak van aanzienlijk belang (bv. in fiscale zaken), is jammer; de daarvoor opgegeven verantwoording, nl. dat die conventies niet passen in de opzet van het boek (die, naar de auteurs zelf zeggen, is «de démontrer la volonté de réaliser une construction plus vaste, celle de l'Europe», p. 10), overtuigt toch niet ten volle.

Het boek bestaat uit twee delen. Het *eerste deel* bevat een korte, maar bijzonder leerrijke, bespreking van de diverse internationale instellingen en organisaties in het kader waarvan de besproken akkoorden gesloten werden, gaande van de Verenigde Naties en de Conferentie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa, over de Raad van Europa, de OESO, de Benelux, tot organisaties zoals de Conferentie van Den Haag, Unidroit en het Internationale Rode Kruis. Ook de Europese Gemeenschappen en het Verdrag van Maastricht komen bondig aan bod. Het *tweede deel* geeft, gerangschikt per materie, de op dit ogenblik bestaande conventies weer. De bespreking daarvan behelst de oorsprong, (eventuele) datum van inwerkingtreding, beoogde doelstellingen en daartoe uitgewerkte middelen, belangrijke rechtspraak zo die er is, een bibliografie en een voor zover mogelijk (in ieder geval tot in 1991: zie p. 13) geactualiseerde lijst van landen die de conventie geratificeerd hebben.

Het boek is een bijzonder didactisch en, dankzij de gedetailleerde index en inhoudstafel, gebruiksvriendelijk referentiewerk. De auteurs verdienen alle bewondering voor de door hen geleverde inspanning, waaruit niet alleen een ruime beroepservaring spreekt — zij onderhandelden zelf meerdere van de behandelde conventies — maar bovendien een sterk idealisme voor de Europese integratie. Toch toont hun onderzoek, paradoxaal genoeg, in niet geringe mate de tekortkomingen aan van de conventionele (en dus intergouvernementele) methode van juridische en gerechtelijke samenwerking resp. eenmaking: een soms hopeloze vertraging bij de ratificatie van verdragen, hetgeen leidt tot rechtsonzekerheid m.b.t. de inwerkingtreding ervan (zie, op pp. 10-12, de kanttekeningen van de auteurs betreffende de penibele situatie in België op dit punt); een enorme verbrokkeling van de besluitvormingsfora, met alle daarmee gepaard gaande overlappingen en conflicten; het feit dat de niet-specialist nauwelijks toegang heeft tot up-to-date gegevens m.b.t. de ondertekening, ratificatie en aan de akkoorden gehechte verklaringen en reserves; de artisanale wijze waarop de bevoegde diensten van het Ministerie van Buitenlandse Zaken moeten opereren (zie p. 13), enzovoorts. Zijn die toestanden al geen overtuigende gronden voor een sterkere communautariserende van de betrokken domeinen — een punt waarop het Verdrag van Maastricht helaas niet aan de verwachtingen beantwoordt —, ze maken in ieder geval duidelijk dat het echt geïntegreerde «Europa van de burgers» alsnog een vrome wensdroom blijft.

Jan Wouters

GERECHTSDEURWAARDERS

Nationale kamer van gerechtsdeurwaarders - Samenstelling directiecomité

Na algemene vergadering van 27 november 1993 luidt de samenstelling van het directiecomité van de Nationale kamer van gerechtsdeurwaarders als volgt: voorzitter: W. Libbrecht; ondervoorzitter: J.-C. Bertrand; secretaris: R. De Meerleer; verslaggever: Ch. Vanheukelen; penningmeester: M. Mignon; adjunct ondervoorzitter: J.-C. Moureaux; adjunct secretaris: P. Vandemeulebroecke; adjunct verslaggever: R. Dujardin; adjunct penningmeester: P. Yernaux.

MEDEDELINGEN

Publikatie «Aansprakelijkheid van de politieambtenaar»

De Wet op het Politieambt van 5 augustus 1992, die op 1 januari 1993 van kracht is geworden, heeft de verdienste dat zij op een duidelijke en eenvoudige wijze de voornaamste bevoegdheden en verplichtingen van de verschillende grote politiediensten en van de politieambtenaren van die diensten heeft vastgelegd. Daarnaast bevat de wet bepalingen die tot doel hebben de rechtstoestand, en meer in het bijzonder de rechtsbescherming, van de politieambtenaren van de gemeentepolitie, de rijkswacht en de gerechtelijke polities gevoelig te verbeteren. Hoofdstuk vijf van de wet betreffende de «Burgerlijke aansprakelijkheid en rechtshulp» is in dat verband ongetwijfeld innoverend.

Het Centrum voor Politiestudies organiseerde op 13 maart 1992, onder grote belangstelling uit politiekringen, een studiemiddag die gewijd was aan de aansprakelijkheid van de politieambtenaar, waarbij uiteraard de desbetreffende artikelen van de Wet op het Politieambt, die zich toen nog in het stadium van de parlementaire voorbereiding bevond, uitvoerig ter sprake kwamen. De desbetreffende publikatie bevat de bijdragen van de verschillende sprekers op deze studienamiddag. De auteurs zijn bereid gevonden de teksten te actualiseren, zodat de bundel beschouwd kan worden als een eerste commentaar op dat deel in de nieuwe wet dat op de problematiek van de burgerlijke aansprakelijkheid van de politieambtenaar betrekking heeft.

Prof. J. Herbots, gewoon hoogleraar aan de K.U.Leuven, schetst in een inleidende uiteenzetting de grondbeginselen inzake de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad in het algemeen en van de politieambtenaar in het bijzonder. Daarna wordt door vertegenwoordigers van de drie grote politiekorpsen - B. Berden, ercommissaris van gemeentepolitie, A. Duchatelet, kolonel bij de rijkswacht en J. Raes, officier bij de gerechtelijke politie bij de parketten - ingegaan op de concrete praktijksituaties en knelpunten inzake aansprakelijkheid die eigen zijn aan elke politiedienst. Ten slotte wordt door A. De Becker, advocaat, een kritische bespreking gewijd aan hoofdstuk vijf van de Wet op het Politieambt, zoals die inmiddels in werking is getreden.

Het boek telt 92 blz. en kost 400 fr. Het kan worden besteld bij het CENTRUM VOOR POLITIESTUDIES vzw, p/a VUB - School voor Criminologie, Pleinlaan 2, 1050 Brussel.

Studienamiddag Vlaams Rechtsgenootschap

Het Vlaams Rechtsgenootschap (V.R.G.) organiseert op 19 januari 1994 een studienamiddag waarbij volgende onderwerpen aan bod komen:

- 13u30 Verwelkoming door prof. R. Blanpain (voorzitter V.R.G.)
- 13u45 «Zakelijke subrogatie» door prof. E. Dirix
- 14u30 «De Angelsaksische trustfiguur en de bruikbaarheid binnen het Belgische rechtsbestel» door prof. J.H. Herbots of naar keuze «Nieuwe ontwikkelingen in de hulp aan slachtoffers van delicten» door prof. F. Hutsebaut
- 15u45 «De overkomst van de Italiaanse mafia naar Noord-west Europa» door prof. L.P. Suetens.

Inlichtingen: mevr. E. Berckmans, V.R.G., Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.03)