

HET HOF VAN JUSTITIE EN DE GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN INZAKE WETTELIJKE EN CONVENTIONELE PENSIOENEN (slot)

B. De «post-Barber»-zaken: de draagwijdte van Barber gepreciseerd (veelal ingeperkt)

1° De werking in de tijd van Barber

27. Gelet op de in richtlijn 79/7 en richtlijn 86/378 vervatte uitzonderingen inzake de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd, oordeelde het Hof in *Barber* dat «de Lid-Staten en de belanghebbende kringen» tot dan toe redelijkerwijs hadden mogen aannemen dat uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling op dit gebied geoorloofd waren.¹ Dit bracht het Hof ertoe de werking van zijn uitspraak in de tijd te beperken, door te bepalen dat «op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag geen beroep kan worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsoverdracht of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen voorrecht hebben ingesteld».²

Het precieze temporeel effect van *Barber* werd meteen voorwerp van controverse. Men kon nl. aan het arrest vier mogelijke interpretaties geven.³ In orde van toenemend retroactief effect (en dus, groeiende kostprijs) waren de stellingen dat op de rechtstreekse werking van art. 119 een beroep kon worden gedaan m.b.t. (i) uitkeringen van werknemers die na 17 mei 1990 – de datum van het arrest *Barber* – lid zijn geworden van, en begonnen zijn bij te dragen aan, een bedrijfspensioenstelsel (nagenoeg geen enkel retroactief effect); (ii) uitkeringen die verschuldigd zijn uit hoofde van tijdvakken van arbeid verricht na 17 mei 1990, waarbij in aan het arrest voorafgaande tijdvakken van arbeid de bijdragen berekend mochten zijn op grond van een naar geslacht verschillende pensioenleeftijd (geleidelijke effectuering van het volledig effect, aflopend binnen 40 jaar);⁴ (iii) uitkeringen die opeisbaar werden of voor het eerst werden uitge-

keerd na 17 mei 1990, ongeacht op welke tijdvakken zij betrekking hebben;⁵ (iv) alle uitkeringen die plaatsvonden na 17 mei 1990, zelfs al waren zij opeisbaar vóór die datum, en ongeacht de datum van de tijdvakken van arbeid tijdens welke het pensioen werd opgebouwd.⁶

28. Op het moment dat het Hof een aantal prejudiciële vragen bereikten over de werking in de tijd van *Barber*,⁷ startte achter de schermen van de intergouvernementele conferentie over de politieke unie (die zou uitmonden in het Verdrag van Maastricht) een intensieve lobbymachine van verontruste pensioenfondsen. Zij kregen vooral steun uit Britse en Nederlandse hoek, lidstaten waar bedrijfspensioenen veelvuldig voorkomen.⁸ Het resultaat is een door het Unieverdrag aan het EG-Verdrag toegevoegd «Protocol ad artikel 119 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap» (hierna: «Barber-protocol»). Dit bepaalt: «Voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag worden uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid niet als beloning beschouwd indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsoverdracht of een naar geldend na-

⁵ In deze uitlegging is dus enkel de datum van oplopen van het pensioen doorslaggevend. Zij werd in de literatuur o.m. aangehangen door CURTIN, D., «Scalping the Community legislator: occupational pensions and 'Barber'», *C.M.L. Rev.*, 1990, (475), 488; PRECHAL, S., O.C., *N.J.B.*, 1992, 352. Te oordelen naar de formulering van r.o. 45 en punt 5 van het dictum van *Barber* («een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest»), lijkt het er sterk op dat het Hof aanvankelijk deze derde interpretatie voor ogen had. Ook de Commissie bepleitte deze interpretatie in haar opmerkingen in de zaken *Ten Oever*, *Moroni* en *Neath*. In de zaak *Coloroll* (niet toevallig na de Europese Raad van Maastricht) sloot de Commissie zich echter aan bij de tweede interpretatie.

⁶ Zij werd dan ook enkel door werknemers voor het Hof bepleit.

⁷ Het gaat om de zaken *Ten Oever*, *Moroni*, *Neath* en *Coloroll*. Iets later in 1991 stelden een aantal Britse ondernemingen en een Nederlandse pensioenregeling aansprakelijkheidsacties in tegen Raad en Commissie op grond van art. 215 EG, aangezien deze instellingen hen misleiden zouden hebben over de draagwijdte van art. 119, door richtlijn 86/378 voor te stellen resp. aan te nemen. In afwachting van de uitspraak in eerstgenoemde zaken, werden deze procedures geschorst. In september 1993 werden zij, gelet op de bevoegdheidsuitbreiding van het Gerecht van eerste aanleg, door het Hof aan het Gerecht overgedragen. Het betreft de hangende zaken T-436/93 tot en met T-441/93, T-444/93 en T-445/93.

⁸ Pas enkele dagen vóór de Europese Raad van Maastricht lekte in de pers uit dat Nederland een voorstel had ingediend om de werking in de tijd van *Barber* te «preciseren». Zie o.m. «Gelijke behandeling in bedrijfspensioenen ook op Maastrichtse Toptafel», *De Standaard*, 7-8 december 1991, 2.

¹ Arrest *Barber*, r.o. 42-43.

² Arrest *Barber*, r.o. 45 en punt 1 van het dictum.

³ Zie de beschrijving van deze mogelijke interpretaties bij HONEYBALL, S. en SHAW, J., «Sex, law and the retiring man», *Eur. L. Rev.*, 1991, (47), 56-57; conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in de zaken C-109/91, *Ten Oever*, C-110/91, *Moroni*, C-152/91, *Neath* en C-200/91, *Coloroll* (hierna: «conclusie *Ten Oever e.a.*»), *Jur.*, 1993, nr. 10, I-4901-4902. Voor een overzicht van de diverse stellingnamen in de doctrine, echter zonder eigen positiebepaling, zie CURTIN, D., «The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces», *C.M.L. Rev.*, 1993, (17), 50-51.

⁴ In de doctrine werd dit standpunt verdedigd door HUDSON, D., «Some reflections on the implications of the *Barber* decision», *Eur. L. Rev.*, 1992, (163), 167-169.

tionaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.» Anders gezegd, het Barber-protocol maakte zonder enige aarzeling de tweede, bovengenoemde interpretatie tot de zijne.

Net vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht, in het arrest *Ten Oever*, koos ook het Hof voor de tweede uitlegging.⁹ Voor die interpretatie gaf het Hof een motivering die in *Barber* zelf niet voorkomt (maar er, zo wil men doen geloven, wel aan ten grondslag lag).¹⁰ De uitspraak in *Barber* had rekening gehouden, zo luidde het, met «het bijzonder karakter» dat bedrijfspensioenen als beloning hebben, nl. de progressieve opbouw van het recht op pensioen tijdens de loopbaan van de werknemer en de tijdelijke ont koppeling van het recht op pensioen en de daadwerkelijke betaling ervan, die pas na het bereiken van een bepaalde leeftijd plaatsvindt.¹¹ Tevens, zo verklaarde het Hof, had het acht geslagen op «de kenmerken van de financiële mechanismen van bedrijfspensioenen, en dus met het rekenkundig verband dat in elk bijzonder geval bestaat tussen de periodieke bijdragen en de in de toekomst te betalen bedragen».¹² Deze punten komen neer op een sterke explicitering van het belang dat het Hof in *Barber* hechtte aan het «financiële evenwicht van een aantal vervangende pensioenregelingen».¹³

Werkgevers en pensioenfondsen slaakten een zucht van verlichting bij dit arrest, dat de voor hen op één na voordeligste interpretatie bekrachtigde.¹⁴ Dat de verkozen interpretatie ook die is van het Barber-protocol, is wellicht geen toeval. Had het Hof in andere zin gestatueerd, dan zou zich een pijnlijk rechtsconflict hebben voorgedaan met het Barber-protocol, dat na inwerkingtreding van het Unieverdrag krachtens art. 239 EG dezelfde rechtskracht heeft als een bepaling van het EG-Verdrag.¹⁵

29. De beperking in de tijd van de werking van *Barber* heeft met *Ten Oever* en latere «post-Barber»-arresten zowat

een universele roeping gekregen. 17 mei 1990 is voor het Hof de grote afkapdatum geworden m.b.t. de toepasselijkheid van art. 119 op allerlei discriminaties inzake aanvullende bedrijfspensioenen (*Moroni*),¹⁶ overlevingspensioenen (*Ten Oever* en *Coloroll*),¹⁷ overdrachten van pensioenrechten (*Neath*)¹⁸ en ambtenarenpensioenen (*Beune*). Enkel voor discriminaties betreffende het recht op aansluiting bij bedrijfspensioenregelingen geldt deze datum krachtens de arresten *Vroege* en *Fisscher* niet (*infra*, nr. 31).

Een uitzondering, zo men wil, op de universaliteit van de «tweede interpretatie» maakte het Hof in *Coloroll* m.b.t. ondernemings- en sectoriële regelingen die niet afhankelijk zijn van de duur van het daadwerkelijke tijdvak van arbeid. Het ging daarbij over uitkeringen bij overlijden van een in dienst zijnde werknemer. Aangezien de uitkering daar losstaat van voorafgaande tijdvakken van arbeid, koos het Hof in wezen voor de derde, bovengenoemde uitlegging: de beperking in de tijd van *Barber* geldt slechts indien het verzekerde feit zich vóór 17 mei 1990 heeft voorgedaan. Na die datum moeten dergelijke uitkeringen worden toegekend met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling, zónder dat een onderscheid geldt tussen tijdvakken van arbeid vóór en na *Barber*.¹⁹

2° Toepasselijkheid van Barber op aanvullende bedrijfspensioenen – Afbakening ten opzichte van Bilka

30. In de zaken *Moroni* en *Coloroll* vroegen nationale rechters het Hof of de uitspraak in *Barber*, met name het daarin vervatte verbod van geslachtsgebonden verschillen inzake pensioengerechtigde leeftijd, niet slechts geldt voor «contracted-out»-regelingen, maar tevens voor aanvullende bedrijfspensioenregelingen. Hierop kwam een positief antwoord in het arrest *Moroni* van 14 december 1993.²⁰ Ofschoon het Hof toegaf dat de *Barber*-casus betrekking had op vervangende bedrijfspensioenen naar Brits recht, beklemtoonde het dat de aldaar toegepaste test ter afbakening van wettelijke stelsels van sociale zekerheid en bedrijfsregelingen dezelfde was als in *Defrenne I* en *Bilka* (*supra*, nrs. 21-22) en hetzelfde uitvalt voor aanvullende pensioenregelingen.²¹ De discriminatie voortvloeiend uit een naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd, zo voegde het Hof toe, is trouwens geenszins eigen aan vervangende pensioenen maar komt ook voor in andere soorten bedrijfsregelingen, waar zij dezelfde discriminerende werking heeft.²²

Daarmee gaf het Hof evenwel nog geen gelijk aan die interveniënten die aanvoerden dat de uitspraak in *Bilka* zowel betrekking had op de kwestie van uitsluiting van bepaalde werknemers van het lidmaatschap van aanvullende pensioenregelingen, als op de problematiek van de aanvangsda-

⁹ Arrest *Ten Oever*, *supra*, noot 82, r.o. 19; zie ook punt 2 van het dictum.

¹⁰ Voor kritische beschouwingen, zie o.m. PISO, I.Y., «Het Ten Oever-arrest van het Hof van Justitie», *Sociaal Recht*, 1993, (288), 291; WHITEFORD, E.A., «Collectief geheugenverlies? Het EG-recht en de aanvullende pensioenen», *N.J.C.M.-Bulletin*, 1993, 1001-1004; EYLENBOSCH, A. en VERRETH, K., «Gelijke beloning van mannen en vrouwen inzake aanvullende pensioenregelingen: keert het Hof van Justitie op zijn stappen terug?», *Soc.Kron.*, 1994, (145), 149.

¹¹ Advocaat-generaal VAN GERVEN maakte in zijn conclusie in *Ten Oever e.a.* ter verklaring van de precieze werking in de tijd van *Barber*, eveneens een duidelijk onderscheid tussen de opbouw van het pensioen (of het ontstaan van pensioenrechten) en het opvallende daarvan (d.i. het opeisbaar worden van pensioenrechten). Zie *Jur.*, 1993, I-4906-4908, nrs. 17-19.

¹² Arrest *Ten Oever*, r.o. 17; sindsdien herhaald in de arresten van 14 december 1993, zaak C-110/91, *Moroni*, *Jur.*, 1993, I-6591, r.o. 29-30, 22 december 1993, zaak C-152/91, *Neath*, *Jur.*, 1993, I-6935, r.o. 14-15, en *Coloroll*, *supra*, noot 4, r.o. 46-47.

¹³ Zie r.o. 44 van het arrest *Barber*, waarnaar in r.o. 19 van *Ten Oever* uitdrukkelijk wordt verwezen.

¹⁴ Een onverkort retroactieve toepassing van *Barber* zou, naar verluidt, alleen al de Britse werkgevers £ 50 miljard hebben gekost: «Pension ruling saves firms £ 50 bn», *Financial Times*, 7 oktober 1993.

¹⁵ Zie ook conclusie advocaat-generaal VAN GERVEN in *Ten Oever e.a.*, *Jur.*, 1993, I-4910-4911, nr. 23.

¹⁶ Arrest *Moroni*, r.o. 33 en punt 3 van het dictum.

¹⁷ Arrest *Coloroll*, r.o. 52-56 en punt 7 van het dictum. Merkwaardig genoeg verwijst het Hof hier niet naar het arrest *Ten Oever*.

¹⁸ Arrest *Neath*, r.o. 18 en punt 1 van het dictum; arrest *Coloroll*, r.o. 98-99 en punt 12 van het dictum.

¹⁹ Arrest *Coloroll*, r.o. 59. Zie ook r.o. 60 en punt 8 van het dictum.

²⁰ *Supra*, noot 113.

²¹ Arrest *Moroni*, r.o. 14-15. Zie ook arrest *Coloroll*, r.o. 62-68.

²² Arrest *Moroni*, r.o. 16, tweede zin; arrest *Coloroll*, r.o. 69, tweede zin.

tum van het pensioen bij die stelsels. Uitdrukkelijk preciseerde het dat «in het arrest Barber (...) voor het eerst de vraag behandeld (werd), hoe de ongelijke behandeling die voortvloeit uit de vaststelling van een naar geslacht verschillende pensioenleeftijd, in het licht van artikel 119 moet worden beoordeeld».²³

Ofschoon in de doctrine een ander standpunt werd verdedigd,²⁴ is de uitkomst van *Moroni* o.i. de meest evenwichtige: een onderscheid tussen vervangende pensioenen (gelijke behandeling vanaf 17 mei 1990) en aanvullende pensioenen (gelijke behandeling vanaf 8 april 1976, de datum van het arrest *Defrenne II*, gelet op de niet-beperking in de tijd van *Bilka*)²⁵ zou volkomen arbitrair zijn geweest, geleid hebben tot catastrofale financiële gevolgen voor aanvullende pensioenstelsels, en distorsies hebben veroorzaakt tussen lidstaten al naargelang het ene of het andere type pensioenen er meer voorkomt.²⁶

31. De meer recente zaken *Vroege* en *Fisscher* brachten een verdere precisering van de verhouding *Bilka-Barber*. In beide Nederlandse zaken beklagde een deeltijdse werknemer zich erover dat tot 1991 gehuwde werknemers en/of deeltijdwerknemers waren uitgesloten van het pensioenfonds van hun werkgever. Kernvraag die de Utrechtse kantonrechter in beide zaken aan het Hof voorschotelde, was of het recht op deelname in een bedrijfspensioenregeling onder art. 119 EG valt, en zo ja, of de beperking in de tijd van het arrest *Barber* ook voor dit recht op deelname geldt. Wat het eerste onderdeel van de vraag betreft, kon het Hof volstaan met een verwijzing naar *Bilka* (*supra*, nr. 22): op grond daarvan was immers reeds duidelijk dat niet alleen het recht op uitkeringen uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling binnen de werkingssfeer van art. 119 valt, maar ook het recht op aansluiting bij die regeling.²⁷ Uitsluiting van gehuwde vrouwen van deelname in een dergelijke pensioenre-

geling vormt een met art. 119 EG strijdige rechtstreekse discriminatie, terwijl uitsluiting van deeltijdwerknemers een dergelijke discriminatie kan opleveren wanneer zij veel meer vrouwen dan mannen treft en de werkgever niet kan aantonen dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.²⁸

Delicater was het tweede onderdeel van de vraag. Hier heeft het Hof gelukkig de moed opgebracht een belangrijk deel van zijn jurisprudentieel *acquis communautaire* te handhaven. Uit de redenen waarom het in *Barber* de werking van zijn arrest in de tijd beperkte, met name de goede trouw van de belanghebbende kringen in het licht van de uitzonderingen vervat in richtlijnen 86/378 en 79/7, leidde het Hof af «dat de beperking in de tijd van de werking van het arrest Barber slechts geldt voor de soorten van discriminatie waarvan de werkgevers en de pensioenregelingen, op grond van de tijdelijke uitzonderingen die waren voorzien in het gemeenschapsrecht dat op het gebied van bedrijfspensioenen van toepassing kan zijn, redelijkerwijze mochten aannemen, dat zij getolereerd werden».²⁹ M.b.t. het recht op aansluiting bij bedrijfsregelingen echter, zo vervolgde het Hof, blijkt uit niets dat de betrokken beroepskringen zich hebben kunnen vergissen omtrent de toepasselijkheid van art. 119 EG: zulks was immers duidelijk sedert het arrest *Bilka*.³⁰ Aangezien laatstgenoemd arrest in geen enkele beperking in de tijd voorziet en volgens vaste rechtspraak een dergelijke beperking enkel in het betrokken prejudiciële uitleggingsarrest kan worden ingebouwd,³¹ kon van het aanbrengen van een dergelijke beperking geen sprake meer zijn.³²

3° De draagwijdte van het Barber-protocol

32. In de arresten *Vroege*, *Fisscher* en *Beune* heeft het Hof zich ook voor het eerst gebogen over het Barber-protocol. Het heeft zich daarbij meteen uitgesproken over de kern van het probleem, nl. de precieze draagwijdte van het protocol. In *Vroege* en *Fisscher* hadden pensioenfonds en de Britse regering geargumenteed dat het protocol wegens zijn ruime formulering van toepassing was op alle geslachtsdiscriminaties in het kader van bedrijfspensioenen, met inbegrip van

²³ Arrest *Moroni*, r.o. 16, eerste zin; arrest *Coloroll*, r.o. 69, eerste zin. Zie ook arresten *Vroege* en *Fischer*, *infra*, noot 128, r.o. 24 resp. 21.

²⁴ Zie met name CURTIN, D., o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 485, en GILLIAMS, H., o.c., *R.W.*, 1990-91, 1368, nr. 30.

²⁵ Zoals bekend, kende het Hof in het arrest *Defrenne II* (*supra*, noot 4), met een beperking van zijn arrest in de tijd, rechtstreekse werking toe aan art. 119 EG.

²⁶ Zie ook conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in *Ten Oever, Jur.*, 1993, I-4912, nr. 26, waar bovendien wordt opgemerkt dat de punten 3 en 5 van het dictum van het arrest *Barber* (de kernpunten i.v.m. de pensioenleeftijdsdiscriminatie en de werking in de tijd) in hun formulering niet beperkt zijn tot vervangende bedrijfspensioenen.

²⁷ Arresten van 28 september 1994 in zaak C-57/93, *Vroege, Jur.*, 1994, I-4541, r.o. 15, en zaak C-128/93, *Fisscher, Jur.*, 1994, I-4583, r.o. 12. In beide arresten brengt het Hof ook zijn uitspraak in *Ten Oever* in herinnering (arrest *Vroege*, r.o. 13-14; arrest *Fisscher*, r.o. 10-11), oordelend dat het daar ging om een «met de thans in geding zijnde regeling vergelijkbare bedrijfsregeling naar Nederlands recht». Dit lijkt enkel correct voor de zaak *Fisscher*: in *Vroege* ging het om een bedrijfspensioen dat deel uitmaakt van de in een CAO geregelde arbeidsvoorwaarden, terwijl het in *Fisscher* – zoals in *Ten Oever* – ging om een door de Nederlandse overheid voor een gehele bedrijfstak (in *casu* de detailhandel) verplicht gestelde deelname aan een welbepaald pensioenfonds. Zie op dit punt de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN van 7 juni 1994 in de zaken *Vroege* en *Fisscher*, *Jur.*, 1994, I-45, nr. 11.

²⁸ Arrest *Vroege*, r.o. 17 (in welke zaak beide vormen van uitsluiting voorlagen); arrest *Fisscher*, r.o. 14 (waar enkel uitsluiting van gehuwde vrouwen voorlag). Op dit punt vormen de arresten niet meer dan een in herinnering brengen van vaste rechtspraak van het Hof. I.v.m. de uitsluiting van gehuwde vrouwen van bepaalde sociale-zekerheidsrechten, zie o.m. de arresten van 24 juni 1986, zaak 150/85, *Drake, Jur.*, 1986, 1995, r.o. 34 en punt 2 van het dictum; 13 maart 1991, zaak C-377/89, *Cotter en McDermott, Jur.*, 1991, I-1155, r.o. 22 en punt 1 van het dictum; en 11 juli 1991, gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, *Verholen, Jur.*, 1991, I-3757, r.o. 30 en punt 4 van het dictum. De rechtspraak inzake uitsluiting van deeltijdwerknemers gaat vooral terug op *Bilka: supra*, nr. 22.

²⁹ Arrest *Vroege*, r.o. 27; arrest *Fisscher*, r.o. 24. Zie ook, inzake overlevingspensioenen, arrest *Coloroll*, r.o. 53.

³⁰ Arrest *Vroege*, r.o. 28-30; arrest *Fisscher*, r.o. 25-27.

³¹ Zie o.m. de arresten van 27 maart 1980 in zaak 61/79, *Denkavit Italiana, Jur.*, 1980, 1205, r.o. 18 en in de gevoegde zaken 66/79, 127/79 en 128/79, *Salumi, Jur.*, 1980, 1237, r.o. 11; arrest *Barber*, r.o. 41; arrest van 16 juli 1992, zaak C-163/90, *Legros, Jur.*, 1992, I-4625, r.o. 30.

³² Arrest *Vroege*, r.o. 31. Anders gezegd, had het Hof een beperking in de tijd noodzakelijk geacht m.b.t. deze kwestie, dan had het zulks in *Bilka* zelf moeten doen.

het recht op aansluiting bij die regelingen. Het protocol zou m.a.w. de *Bilka*-rechtspraak volledig opzij hebben gezet. Het Hof verkoos een andere interpretatie. Het wees erop dat het Barber-protocol «door zijn algemene bewoordingen» van toepassing was op uitkeringen als in voornoemde zaken, maar voegde daar als «kanttekening» aan toe dat dit protocol blijkens zijn formulering slechts van toepassing is op uitkeringen, en niet op het recht op aansluiting bij een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid.³³ Er bestaat immers een «duidelijk verband» tussen protocol en het arrest *Barber*, omdat daarin verwezen wordt naar 17 mei 1990, de datum van dat arrest.³⁴ Ofschoon het Hof toegaf dat het Barber-protocol de uitlegging die in *Barber* aan art. 119 is gegeven, uitbreidt tot alle uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid, meende het dat dit protocol «in hoofdzaak» dezelfde uitlegging aan voornoemd arrest heeft gegeven als het arrest *Ten Oever*, zodat het «evenmin als het arrest Barber de voorwaarden voor aansluiting bij dergelijke bedrijfsregelingen (heeft) aangeroerd en deze dus ook niet geregeld. De aansluiting blijft dus beheerst door het arrest *Bilka* (...)».³⁵

Het lijkt op de kwadratuur van de cirkel: enerzijds erkent het Hof de ruime reikwijdte van het Barber-protocol en geeft het toe dat dit Barber uitbreidt tot alle andere vormen van bedrijfs- of sectoriële regelingen; anderzijds beperkt het de draagwijdte van het protocol tot de problematiek van discriminaties m.b.t. uitkeringen, terwijl voor de aansluiting bij bedrijfspensioenen *Bilka* blijft gelden. Dit onderscheid is een noodmiddel gebleken om *Bilka* te redden. In wezen geeft het Hof evenwel toe dat het Barber-protocol veel verder gaat dan een louter preciseren van de werking in de tijd van *Barber*: het betekent, dat – en hiermee ligt een kennelijke tegenstrijdigheid voor met de boven aangehaalde rechtsoverweging uit *Vroege* en *Fisscher* (*supra*, nr. 31) – alle andere discriminaties dan die verband houdend met het recht op aansluiting bij een bedrijfsregeling, voor tijdvakken van arbeid gelegen vóór 17 mei 1990 mogelijk waren. Uitkeringen die teruggaan op die tijdvakken worden immers door het protocol niet beschouwd als beloning in de zin van art. 119, wat uitdrukkelijk ingaat tegen de constatering in *Bilka*, dat uitkeringen in het kader van aanvullende bedrijfspensioenen beloning in de zin van deze bepaling vormen (*supra*, nr. 22).³⁶ Anders gezegd, impliciet heeft het Hof toegegeven – en, vooral, heeft het erin berust – dat met het Verdrag van Maas-

tricht het *acquis communautaire*, anders dan dit verdrag herhaaldelijk poneert,³⁷ tóch werd aangetast.

33. Het onderscheid tussen recht op aansluiting en uitkeringen doet kunstmatig aan en lijkt in de praktijk moeilijk toepasbaar. Een voorbeeld: richtlijn 86/378 noemt, bij de gevallen van verboden discriminaties inzake bedrijfs- of sectoriële regelingen, het vaststellen van naar geslacht verschillende regels «ten aanzien van de leeftijd voor toetreding tot de regeling of ten aanzien van de minimumduur van arbeid of aansluiting bij de regeling om in aanmerking te komen voor de prestaties».³⁸ Eerstgenoemde discriminaties vallen klaarblijkelijk onder het recht op aansluiting, maar wat voor de tweede? Zij houden weliswaar verband met de periode van aansluiting bij een bedrijfsregeling (en hangen dus samen met het recht daarop), maar betreffen in wezen het gerechtigd zijn op uitkeringen. *Quid* ook voor bedrijfsregelen die de verwerving van rechten onderbreken gedurende de periode waarin een vrouwelijke werknemer moederschapverlof geniet?³⁹ De werkneemster blijft aangesloten (en in die zin wordt haar recht op aansluiting niet aangetast), maar in wezen gaat het om een tijdelijke schorsing daarvan, met gevolgen voor de prestaties. Het lijkt raadzaam deze onduidelijkheden met een richtlijn ter wijziging of vervanging van richtlijn 86/378 uit de wereld te helpen (zie *infra*, nr. 44).

4° Is tenuitvoerlegging van Barber door opwaartse gelijk-schakeling van pensioenleeftijden geoorloofd?

34. In de zaken *Smith*⁴⁰ en *Van den Akker*⁴¹ kreeg het Hof prejudiciële vragen voorgelegd aangaande de wijze waarop pensioenfondsen aan het arrest *Barber* uitvoering moeten resp. mogen geven. Met name de eerste zaak bood een sterk staaltje van de soms opportunistische werkwijze van pensioenfondsen in dat verband. Mevrouw Smith en ander werkneemsters waren aangesloten bij het vervangende bedrijfspensioen van hun werkgever, dat vóór 1 juli 1991 voor mannen uitging van een pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar en voor vrouwen van 60 jaar. Met ingang van 1 juli 1991 werd, ter uitvoering van het arrest *Barber*, voor mannen én vrouwen (ook voor het verleden) de pensioengerechtigde leeftijd vastgelegd op 65, en werd voor vrouwen die op hun 60e met pensioen gingen, voortaan een actuariële korting toegepast van 4% per jaar dat aan hun 65e voorafging. Resultaat van de nieuwe regeling was dat de pensioenrechten van vrouwelijke deelnemers tot 20% lager konden uitvallen dan vroeger. Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of deze wijze van tenuitvoerlegging van *Barber* verenigbaar is met art. 119 EG.

Het Hof heeft een onderscheid gemaakt tussen drie periodes:

– wat betreft tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990 luidde het oordeel dat, aangezien *Barber* de toepasselijkheid van art. 119 op uit hoofde daarvan verschuldigde pensioenuitke-

³³ Arrest Beune, r.o. 60; arrest Vroege, r.o. 40; arrest Fisscher, r.o. 48.

³⁴ Een ander duidelijk aanknopingspunt is de in het protocol gemaakte uitzondering voor «werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsoverweging of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld», die woordelijk is overgenomen uit punt 5 van het dictum van het arrest *Barber*.

³⁵ Arrest Beune, r.o. 61-62; arrest Vroege, r.o. 41-42; arrest Fisscher, r.o. 49-50.

³⁶ Trouwens, hoe zou het Hof in *Bilka* anders hebben kunnen besluiten dat het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling binnen de werkingssfeer van art. 119 valt, wanneer het niet eerst de uit een dergelijke regeling voortvloeiende uitkeringen als beloning kon kwalificeren?

³⁷ Zie de artt. B, vijfde streepje, C en M Veu. Over de betekenis van deze bepalingen, zie DEVROE, W. en WOUTERS, J., *De Europese Unie. Een analyse van het Verdrag van Maastricht en zijn uitvoeringsmaatregelen*, Leuven, Peeters, 1994, nrs. 110-111.

³⁸ Art. 6, lid 1, sub c.

³⁹ Verboden krachtens art. 6, lid 1, sub g, richtlijn 86/378.

⁴⁰ Arrest van 28 september 1994, zaak C-408/92, *Smith/Avdel Systems, Jur.*, 1994, I-4435.

⁴¹ *Supra*, noot 4.

ringen had uitgesloten, werkgevers en trustees niet gehouden zijn gelijkheid van behandeling te verzekeren.⁴² Stekelig voegde het Hof daaraan toe dat het gemeenschapsrecht voor die tijdvakken geen enkele verplichting oplegt die een grond kan zijn voor het achteraf verminderen van door vrouwen genoten voordelen;⁴³

– voor de periode tussen 17 mei 1990 en 1 juli 1991, de datum waarop de egalisatiemaatregelen van het pensioenstelsel in werking traden, moeten de pensioenrechten van mannen op basis van dezelfde pensioengerechtigde leeftijd worden berekend als die welke voor vrouwen gold, m.a.w. 60 jaar: zulks op basis van de «enig bruikbare referentiekader»-regel;⁴⁴

– voor de periode ten slotte na de inwerkingtreding van de gelijkschakelingsmaatregelen, verzet art. 119 zich niet tegen maatregelen die gelijke behandeling tot stand brengen door de voordelen van de voordien bevoordeelde personen te verminderen: dit artikel «vereist immers enkel, dat mannen en vrouwen voor gelijke arbeid een gelijke beloning ontvangen, doch het schrijft niet een bepaald niveau van beloning voor».⁴⁵

35. Souplesse troef dus: ten aanzien van tijdvakken van arbeid vóór *Barber* en tijdvakken van arbeid na de gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd, verzet het gemeenschapsrecht zich niet tegen een verhoging van de pensioenleeftijd voor vrouwen en een daaruit resulterende verlaging van uitkeringen. Wat de eerste periode betreft, kan een retroactieve verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd van vrouwelijke werknemers enkel worden bestreden naar nationaal recht⁴⁶ aangezien geen direct werkende com-

munaire norm voorligt. Wat betreft de tweede periode, legt het gemeenschapsrecht enkel formele gelijkheid op en onthoudt het zich verder van enige inmenging in de hoogte van de uitkeringen.⁴⁷ Enkel voor de periode tussen het arrest *Barber* en het moment waarop een pensioenregeling wordt aangepast aan het beginsel van gelijke behandeling, geldt de strikte regel dat de minder begunstigde geslachtsgroep, *in casu* mannen, deelachtig wordt aan de regeling zoals die geldt voor de meer begunstigde groep. Voor die periode is het Hof, zo blijkt verder uit *Smith*, wel erg streng. De vraag was gesteld of een werkgever ten aanzien van deze periode het beginsel van gelijke behandeling toch niet tot stand mocht brengen door verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd van vrouwen, op grond van objectief te rechtvaardigen omstandigheden i.v.m. de behoeften van de onderneming of van de bedrijfspensioenregeling (zoals het opvangen van ruwe schokken in het personeelsbestand of het vrijwaren van vitale investeringen van de onderneming). Het antwoord luidde onverbiddelijk dat de financiële problemen hier veel kleiner zijn dan in *Barber* en dat de duurtijd van de betrokken periode volledig afhangt van het gedrag van de uitvoerders van de betrokken pensioenregeling.⁴⁸

36. Ofschoon het Hof voor de periode na *Barber* geen bepaalde hoogte van uitkeringsniveau of pensioengerechtigde leeftijd oplegt, eist het wel een integrale uitvoering van het gelijke-behandelingsbeginsel. Zo lag in *Van den Akker* de vraag voor of een in tijd en aantal personen beperkte overgangsregeling kon worden gehandhaafd. Het ging om een Nederlands pensioenfonds, dat al in 1985 de pensioenleeftijd had gelijkgeschakeld (mannen en vrouwen 60 jaar) maar toenmalige vrouwelijke leden de mogelijkheid had geboden om vóór eind 1986 te opteren voor behoud van 55 jaar als pensioengerechtigde leeftijd. Na het arrest *Barber* trok het pensioenfonds de overgangsregeling in, met een compensatieregeling. Een aantal werknemers vochten die beslissing aan met het argument dat *Barber* die wijziging niet noodzakelijk maakte. Het Hof heeft hen ongelijk gegeven. Het gaf dezelfde criteria op voor tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling als in *Smith* (*supra*, nr. 34) en merkte m.b.t. de situatie van het hoofdeding kortweg op: «Aan deze conclusies wordt niet afgedaan door het feit dat, zoals in casu, het verschil in behandeling het gevolg is van overgangsmaatregelen die zijn getroffen in het kader van een pensioenregeling die reeds vóór het arrest *Barber* de

⁴² Arrest *Smith*, r.o. 19.

⁴³ Arrest *Smith*, r.o. 20, r.o. 22 *in fine* en punt 1 van het dictum *in fine*.

⁴⁴ Arrest *Smith*, r.o. 18; arrest *Coloroll*, r.o. 32. De regel betreffende het «enig bruikbare referentiekader» werd door het Hof voor het eerst ontwikkeld in het arrest van 20 maart 1984, gevoegde zaken 75/82 en 117/82, *Razzouk en Beydoun*, *Jur.*, 1984, 1509, r.o. 19, m.b.t. het recht op gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke EG-ambtenaren. Vervolgens wendde het Hof de regel in talrijke arresten aan om toepassing van art. 4, lid 1, van richtlijn 79/7 te verzekeren zolang aan die richtlijn geen (volledige) uitvoering was gegeven: zie o.m. de arresten van 4 december 1986, zaak 71/85, *FNV*, *Jur.*, 1986, 3855, r.o. 22, en van 24 maart 1987, zaak 286/85, *McDermott en Cotter*, *Jur.*, 1987, 1453, r.o. 18. Later trok het Hof deze rechtspraak ook door naar art. 119 EG: arresten *Kowalska en Nimz*, *supra* noot 4, r.o. 19, resp. r.o. 18. Voor de ratio van deze regel, zie *MERTENS DE WILMARS*, J., «De Europeesrechtelijke controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen», *Arbeidsblad*, 1990, (737), p. 741, nr. 9; *PRECHAL*, S., «Combating indirect discrimination in Community law context», *L.I.E.J.*, 1993, (81), 96.

⁴⁵ Arrest *Smith*, r.o. 21; arrest *Van den Akker*, r.o. 19; arrest *Coloroll*, r.o. 33. Vgl. op dit punt de *supra*, in nr. 8 aangehaalde passage van het arrest *Roks*.

⁴⁶ In *Smith* maakte de Britse regering gewag van in het Verenigd Koninkrijk vigerende regels van contracten en trustrecht die tegen een dergelijke retroactieve aantasting van verkregen rechten kunnen worden ingeroepen. In Duitsland kan men te dezer zake een beroep doen op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en van verkregen rechten, alsmede op rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht, met name het zgn. «Witwerrenten-Urteil» (arrest van 5 september 1989, *B.B.*, 1989, 2400). Dit arrest voorzag bij de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van particuliere pensioenverzekeringen in een zgn.

«drie-stappentheorie» («Drei Stufen-Theorie»): een werkgever zou enkel een retroactieve gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd kunnen doorvoeren wanneer hij daarvoor concreet dwingende redenen («zwingende Gründe») kan aantonen. Meer daarover bij *HANAU*, P. en *PREIS*, U., «Beschränkung der Rückwirkung neuer Rechtsprechung zur Gleichberechtigung im Recht der betrieblichen Altersversorgung», *Der Betrieb*, 1991, 1276-1284.

⁴⁷ Een andere houding zou ongetwijfeld beschouwd worden als een ongewenste communautaire bemoeienis met het sociaal beleid, dat in de huidige stand van het gemeenschapsrecht vooral bij de Lidstaten berust (cf. arrest *Roks*, *supra*, noot 39, r.o. 28) welke, «met betrekking tot de aard van de sociale beschermingsmaatregelen en de concrete uitvoeringsmaatregelen ervan over een redelijke beleids-marge beschikken»: zie o.m. arrest van 19 november 1992, zaak C-226/91, *Molenbroek*, *Jur.*, 1992, I-5943, r.o. 15.

⁴⁸ Arrest *Smith*, r.o. 30. Zie i.v.m. de verschillende visie van advocaat-generaal *VAN GERVEN* in deze zaak, *WOUTERS*, J., o.c., in *Actuele problemen van het sociale-zekerheidsrecht*, 202, nr. 38.

pensioengerechtigde leeftijd voor beide geslachten had gelijkgetrokken, doch vrouwen de mogelijkheid bood voor handhaving van die leeftijd beneden het voor mannen geldende niveau te kiezen». ⁴⁹

5° *Het gebruik van geslachtsgebonden actuariële berekeningselementen in bedrijfspensioenen*

37. Een van de meest netelige kwesties waarmee het Hof in de «post-Barber»-zaken *Neath* en *Coloroll* te maken kreeg, betrof de toepasselijkheid van het beginsel van gelijke behandeling op het gebruik dat in het kader van bedrijfspensioenregelingen wordt gemaakt van actuariële berekeningsfactoren die gebaseerd zijn op naar geslacht verschillende levensverwachtingen, welke resulteren in verschillende bijdragen resp. uitkeringen voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. Dat het om een delicate aangelegenheid gaat, blijkt uit de totstandkoming van richtlijn 86/378. Tegen de ontwerp-tekst van de Commissie in, ⁵⁰ bevat de richtlijn een aantal belangrijke uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling teneinde rekening te houden met het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekenings-elementen. ⁵¹

38. Het Hof heeft zich over deze problematiek gebogen in het arrest *Neath* van 22 december 1993, ⁵² waarvan de relevante overwegingen integraal in *Coloroll* zijn overgenomen. ⁵³ De feiten die aan *Neath* ten grondslag liggen, illustreren de concrete impact van actuariële berekeningsfactoren. Toen *Neath* medio 1990 (d.i. na het arrest *Barber*) werd ontslagen, kreeg hij de keuze tussen een uitgesteld pensioen dat zou ingaan bij de normale pensioengerechtigde leeftijd of een overdracht van zijn pensioenaanspraken naar een andere pensioenregeling. In beide alternatieven bleek dat het hem uit te keren bedrag als gevolg van de toepassing van ac-

tuariële factoren (en, voor periodes van arbeid vóór *Barber*, als gevolg van het onderscheid in pensioengerechtigde leeftijd) gevoelig lager lag dan indien hij een vrouw was geweest: zo had hij als man recht op een overdrachtswaarde van £ 30.672 terwijl dit voor een vrouw £ 41.486 zou zijn geweest: bij keuze voor een uitgesteld pensioen in de vorm van een kapitaaluitkering (zgn. «lump-sum option»), had hij recht op £ 17.194, terwijl dit voor een vrouw £ 21.029 zou zijn geweest.

In zijn conclusie meende advocaat-generaal Van Gerven dat een dergelijke uitkomst strijdig is met art. 119 EG: hij achtte het gebruik van geslachtsgebonden actuariële factoren een directe vorm van discriminatie die de nationale rechter als zodanig kan vaststellen ⁵⁴ en die geen sluitende rechtvaardiging vindt in de behoefte om het financieel evenwicht van bedrijfspensioenstelsels te vrijwaren. ⁵⁵ Het Hof daarentegen kwam na een lange reflectietijd ⁵⁶ in het arrest *Neath* tot het verrassende besluit dat «het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële gegevens in het kader van een via een stelsel van kapitaaldekking gefinancierde bedrijfspensioenregeling die uitkeringen op basis van het eindsalaris uitbetaalt, buiten de werkingsfeer van artikel 119 EEG-Verdrag valt». ⁵⁷

39. Om tot dat resultaat te komen, spitste het Hof zich sterk toe op het type bedrijfspensioen dat in het hoofdgeding voorkwam, nl. een stelsel met vaste uitkeringen dat gebaseerd is op bijdragen van werknemers en van de werkgever. Uitgangspunt was de vraag of de betwiste overdrachts- en kapitaaluitkering «beloning» vormen in de zin van art. 119 EG. Daartoe ontwikkelt het Hof onverwacht een nieuwe uitlegging van dit begrip: «Voor het begrip beloning is bepalend, dat de werkgever zich, zelfs eenzijdig, verbindt om aan zijn werknemers bepaalde uitkeringen te betalen of specifieke

⁴⁹ Arrest Van den Akker, r.o. 20. Voor een nadere analyse van deze problematiek in het licht van de eerbiedigende resp. onmiddellijke werking van het beginsel van gelijke behandeling in de communautaire wetgeving, zie conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in *Smith* en *Van den Akker*, nrs. 21-27.

⁵⁰ Zie art. 6, lid 1, sub h en i, van het voorstel van 5 mei 1983 (*Pb.*, 1983, C 134, 7), die voorzagen in een expliciet verbod tot het vaststellen van uitkeringen resp. premievoeten met inachtneming van «verschillende actuariële of andere berekenings-elementen met betrekking tot morbiditeit, mortaliteit of levensverwachting». Omtrent de redenen die hieraan ten grondslag lagen, zie o.m. LAURENT, A., «Les CE éliminent des discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale», *Revue internationale du Travail*, 1986, (753), 760.

⁵¹ Zie met name de artt. 6, lid 1, sub d, h, i en j, en 9, sub c, richtlijn 86/378. Voor een nadere bespreking, zie WOUTERS, J., o.c., in *Actuele problemen van het sociale-zekerheidsrecht*, 203-205, nr. 40. Verscheidene commentatoren hebben zich kritisch uitgelaten over deze uitzonderingen en twijfels uitgedrukt over hun verenigbaarheid met art. 119 EG. Zie met name CURTIN, D., «Occupational pension schemes and Article 119: beyond the fringe?», *C.M.L.Rev.*, 1987, (215), 225-230; *Id.*, «Scalping the Community legislator: occupational pensions and 'Barber'», *C.M.L.Rev.*, 1990, (574), 492-498; ELLIS, E., *European Community Sex Equality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 56-57; PRECHAL, S. en BURROWS, N., *Gender discrimination law of the European Community*, 281-285.

⁵² *Supra*, noot 113.

⁵³ Zie r.o. 72-85 arrest *Coloroll*, waarvan alleen de hierna geciteerde r.o. 83 toegespitst is op de zaak zelf.

⁵⁴ Conclusie in *Ten Oever e.a., Jur.*, 1993, I-4917-4919, nrs. 31-33; het gaat immers om een ongelijke behandeling die vervat is in de voorwaarden van een bedrijfspensioenregeling, die duidelijk op niets anders is gesteund dan het onderscheid tussen mannen en vrouwen, en waarbij de discriminatie kan worden vastgesteld aan de hand van de criteria van gelijke arbeid en gelijke beloning. Zulks wordt in vaste rechtspraak vereist voor de toepasselijkheid van art. 119; zie o.m. arrest *Defrenne II*, r.o. 18; arrest *Barber*, r.o. 37.

⁵⁵ Zie conclusie in *Ten Oever e.a., Jur.*, 1993, I-4920-4921, nrs. 38-39. Advocaat-generaal VAN GERVEN achtte het financieel evenwicht van bedrijfspensioenstelsels echter wel een overtuigende reden om een uitspraak van het Hof over de relatie actuariële factoren art. 119 in de tijd te beperken naar analogie met de beginselen die het Hof in *Barber* had ontwikkeld (nrs. 40-43). Dit voorstel lokte in het Verenigd Koninkrijk een stroom uit van nieuwe gerechtelijke procedures aangespannen door werknemers (in één klap niet minder dan 174.000 politieofficieren) die rekenden dat, indien zij vóór de datum van het arrest in deze zaak hun vordering instelden, zij onder de exceptie op de werking in de tijd van het arrest zouden vallen: SLAUGHTER, J. en MÜLER, R., «Coloroll delay threatens flood of pension appeals», *The Observer*, 29 augustus 1993.

⁵⁶ Eind augustus-begin september 1993 kwamen er geruchten in Britse kranten dat het Hof voor lobbying van de pensioenfondsen door de knieën zou zijn gegaan: zie BRETTKELLY, I., «Coloroll judgment to be held up until next year», *Financial Adviser*, 26 augustus 1993; COHEN, N., «Global deal is sought on Maxwell pensions», *Fin. Times*, 7 september 1993; *Id.*, «Court agrees to delay ruling on pensions equality», *Fin. Times*, 8 september 1993; «Coloroll verdict delayed until year-end», *Money Marketing*, 26 augustus 1993.

⁵⁷ Arrest *Neath*, r.o. 34 en punt 2 van het dictum.

voordelen toe te kennen, terwijl de werknemers op hun beurt erop rekenen, dat de werkgever hun die uitkeringen zal betalen of die voordelen zal toekennen. Alles wat niet uit die verbintenis voortvloeit en ten aanzien waarvan de werknemers dus geen overeenkomstige verwachtingen koesteren, valt derhalve niet onder het begrip beloning». ⁵⁸ In de context van het voorliggende pensioenstelsel heeft de verbintenis van de werkgever volgens het Hof betrekking op de betaling van een *periodiek pensioen* waarvan de vaststellingscriteria reeds bekend waren op het moment waarop de verbintenis werd aangegaan. Dit pensioen valt dus onder het loonbegrip van art. 119. Daarentegen heeft de verbintenis van de werkgever «niet noodzakelijkerwijs» betrekking op de *financieringsmodaliteiten* die zijn gekozen om de periodieke uitbetaling van het pensioen te verzekeren: die modaliteiten vallen derhalve buiten de werkingssfeer van voornoemd artikel. ⁵⁹

Het Hof gaat dan achtereenvolgens in op de status van werknemers- en werkgeversbijdragen in de betrokken bedrijfspensioenregeling. *Werknemersbijdragen* vormen een bestanddeel van de beloning, aangezien zij rechtstreeks worden ingehouden op het salaris. Die conclusie was onontkoombaar in het licht van het arrest *Worringham*. ⁶⁰ Het bedrag van die werknemersbijdragen moet derhalve voor man en vrouw gelijk zijn, wat in casu ook het geval was. ⁶¹ *Werknemersbijdragen* daarentegen vallen volgens het Hof buiten het loonbegrip: zij hebben als functie de financiële middelen van het pensioenfonds aan te vullen teneinde de dekking en uitbetaling van toekomstige pensioenen te waarborgen. Dat deze bijdragen door het gebruik van actuariële factoren voor mannelijke en vrouwelijke werknemers ongelijk uitvallen, kan derhalve niet in het licht van art. 119 worden beoordeeld. Die conclusie geldt «noodzakelijkerwijs» ook voor de overdracht van pensioenrechten en pensioenbetaling in de vorm van een kapitaaluitkering. ⁶²

40. *Neath* mag dan een hoogstandje zijn van 's Hof's creativiteit in het omzeilen van een probleem, zijn precieze strekking is onduidelijk en de toepassing ervan problematisch. ⁶³ In de eerste plaats is het geldingsbereik van het arrest niet duidelijk. De aangehouden redenering en de woordkeuze van het dictum («bedrijfspensioenregeling die uitkeringen op basis van het eindsalaris uitbetaalt») geven de indruk dat het Hof zich enkel uitspreekt over het type bedrijfspensioenen in kwestie, d.w.z. stelsels met vaste uitkeringen. Een zonder enige motivering doorgevoerde verruiming in het dictum van *Coloroll* lijkt aan te geven dat de uitspraak ook geldt voor stelsels met vaste bijdragen (waarbij de uitkering bestaat uit

de gekapitaliseerde som van tevoren periodiek door werknemer en/of werkgever gestorte bijdragen). ⁶⁴

In de tweede plaats is het onderscheid dat *Neath* maakt tussen periodieke pensioenuitbetalingen enerzijds (met op voorhand vaststaande vaststellingscriteria) en werkgeversbijdragen en overdrachts- en kapitaaluitkeringen anderzijds (waarvan de waarde slechts op basis van de financieringsmodaliteiten kan worden bepaald), in de praktijk niet werkzaam. Zulks blijkt uit het arrest *Coloroll*. In die zaak werd ook gevraagd naar de verenigbaarheid met art. 119 van een, ten gevolge van actuariële factoren naar geslacht ongelijk, overlevingspensioen en verlaagd pensioen (d.w.z. een pensioen uitgekeerd wanneer de werknemer vervroegd met pensioen gaat en al meteen periodieke pensioenbetalingen wil ontvangen). Met zijn antwoord lijkt het Hof aan te geven dat men in wezen, telkens wanneer actuariële factoren bij een pensioenuitkering komen kijken, buiten het toepassingsbereik van art. 119 valt. ⁶⁵ Anders gezegd, alleen de gewone pensioenuitkering, bij pensionering op de normale pensioenleeftijd en zonder dat daarbij wordt geopteerd voor een kapitaaluitkering, valt derhalve onverkort binnen de werkingssfeer van art. 119. Dit onderscheid doet wel erg arbitrair aan: wordt een kapitaaluitkering, overdrachtsbetaling, overlevingspensioen of vervroegde pensioenuitkering door de werknemer niet eveneens ervaren als «beloning»? ⁶⁶ Vooral de uitsluiting van vervroegde pensioenuitkeringen, waarvoor de werknemer meestal niet vrij kiest maar onder druk van omstandigheden (vervroegde pensionering wegens slechte gezondheid, ontslag, een bij een herstructurering overeengekomen afvloeiingsregeling), leidt tot grote onbillijkheid. ⁶⁷

Ten derde kan men een vraagteken plaatsen bij de nieuwe uitlegging die aan het begrip beloning in de zin van art. 119 wordt gegeven. Opvallend is hoezeer het Hof aan dit begrip plotsklaps een subjectieve of voluntaristische inhoud geeft door de klemtoon te leggen op verbintenissen van de werk-

⁶⁴ Punt 10 van het dictum en r.o. 85 van het arrest *Coloroll* stellen immers dat het «gebruik van naar geslacht verschillende actuariële gegevens in het kader van een *via het stelsel van kapitaaldekking gefinancierde bedrijfspensioenregeling* niet binnen de werkingssfeer van art. 119 van het Verdrag valt» (eigen cursivering).

⁶⁵ Zie arrest *Coloroll*, r.o. 83.

⁶⁶ Het niet onder de werkingssfeer van art. 119 brengen van laatstgenoemde vormen van uitkeringen of betalingen, leidt in de praktijk ook tot een minder gunstige behandeling van werknemers die vóór hun pensioengerechtigde leeftijd van werkgever veranderen, aangezien bij overdrachtsbetalingen het «actuariële mes» in hun pensioenrechten wordt gezet. Dit gevolg staat haaks op wat het Hof in *Coloroll* poneerde, nl. «dat de voor de werknemer uit art. 119 voortvloeiende rechten niet kunnen worden aangetast door het feit dat hij van werkkring verandert en zich bij een nieuwe pensioenregeling moet aansluiten» (r.o. 95).

⁶⁷ Cf. punt 1.9 van het advies van het Economisch en Sociaal Comité inzake de ontwerp-richtlijn die zou uitmonden in richtlijn 86/378 (Pb., 1984, C 35, 7); het ESC maakt daar een onderscheid tussen de situatie waarin de werknemer volledig vrij is in zijn keuze – wat meestal het geval is bij de vraag om een «lump sum»-uitbetaling –, in welk geval wel rekening zou mogen worden gehouden met actuariële factoren, en de in hoofdtekst geschetste situatie van vervroegde periodieke pensioenuitkeringen, waar gelet op het ontbreken van een echte keuze het gebruik van actuariële factoren uitgesloten zou moeten zijn.

⁵⁸ Arrest *Neath*, r.o. 29.

⁵⁹ Arrest *Neath*, r.o. 30.

⁶⁰ Arrest van 11 maart 1981, zaak 69/80, *Jur.*, 1981, 767. Zie echter CURTIN, D., o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 481, noot 30, die in het arrest *Newstead* (arrest van 3 december 1987, zaak 192/85, *Jur.*, 1987, 4753) een aanwijzing ziet dat werknemersbijdragen aan een pensioenregeling buiten het loonbegrip van art. 119 vallen.

⁶¹ Arrest *Neath*, r.o. 31.

⁶² Arrest *Neath*, r.o. 31-33.

⁶³ Voor een meer uitgebreide kritiek, met o.m. aandacht voor de relatie tussen *Neath* en de uitzonderingen inzake actuariële factoren waarin richtlijn 86/378 voorziet, zie WOUTERS, J., o.c., in *Actuele ontwikkelingen in het sociale-zekerheidsrecht*, 207-209, nrs. 43-47.

gever en dienovereenkomstige verwachtingen van de werknemers. Die benadering lijkt niet zonder gevaar, vooral op een gebied als bedrijfspensioenen waar binnen de onderneming vaak weinig transparantie heerst: zullen werkgevers zich door die subjectivering niet aangespoord voelen om als rechtvaardigingsgrond voor een welbepaalde vorm van ongelijke behandeling (m.b.t. loon of bedrijfspensioenen) te argumenteren dat dienaangaande «de vaststellingscriteria reeds bekend waren op het moment waarop de verbintenis werd aangegaan», zodat deze discriminatie deel uitmaakte van de verbintenis van de werkgever en de «overeenkomstige verwachtingen» van de werknemers? Meer in het bijzonder kan m.b.t. dit aldus gespecificeerde loonbegrip worden opgemerkt dat het niet langer neutraal staat ten aanzien van de financieringsmodaliteiten van bedrijfspensioenregelingen: ongelijkheden in stelsels die uitsluitend met werknemersbijdragen worden gefinancierd, vallen altijd binnen de werkingsfeer van art. 119, terwijl discriminaties (met name op grond van actuariële factoren) in stelsels die gedeeltelijk, overwegend of geheel door werkgeversbijdragen worden gefinancierd, daar deels of zelfs helemaal buiten vallen.⁶⁸ Te hopen valt dat het Hof – nu het via deze «handigheid» aan de problematiek van de actuariële factoren is ontsnapt – niet al te vaak meer een beroep zal doen op dit subjectivistische loonbegrip en opnieuw aansluiting zoekt bij de (veel meer objectivistische) definitie van art. 119, tweede alinea, EG.⁶⁹

6° Implicaties van art. 119 EG voor buiten de arbeidsverhouding staande partijen (rechtverkrijgenden, trustees,...)

41. In *Coloroll* en deels ook in *Fisscher* heeft het Hof belangrijke preciseringen aangebracht aangaande de dwingende werking van art. 119 buiten de relatie werknemer/werkgever. Een eerste vraag dienomtrent in *Coloroll* was of art. 119 EG ook kan worden ingeroepen door de *rechtverkrijgenden* van de werknemer. Het Hof kon hier terugvallen op het arrest *Ten Oever*, waar het m.b.t. een overlevingspensioen geoordeeld had dat het enkele feit dat dit pensioen niet aan de werknemer maar aan diens nabestaande (met name de overlevende echtgenoot) wordt betaald, niet afdoet aan de toepasselijkheid van art. 119, aangezien «een dergelijke uitkering een voordeel is dat voortvloeit uit de aansluiting van de echtgenoot van de nabestaande bij de regeling, zodat het pensioen door laatstgenoemde wordt verworven in het kader van de arbeidsverhouding tussen de werkgever en die echtgenoot en het pensioen hem wordt uitbetaald uit hoofde van de dienstbetrekking van de echtgenoot».⁷⁰ Zulks lijkt inder-

daad de enige juiste uitkomst, wil men art. 119 EG op het gebied van overlevingspensioenen niet in belangrijke mate zijn nuttig effect ontnemen.⁷¹

42. Lastiger lag de vraag of een werknemer of diens nabestaande art. 119 ook geldend kan maken tegenover de *trustees of beheerders van een bedrijfspensioenregeling*. Dezen zijn immers geen partij bij de arbeidsovereenkomst. Het Hof oordeelde evenwel, op basis van het nuttig effect van art. 119 en de rechtsbescherming die een daadwerkelijke gelijkheid vereist, dat trustees resp. beheerders, ofschoon zij buiten de arbeidsverhouding staan, toch alles moeten doen wat binnen hun bevoegdheid ligt om te verzekeren dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geëerbiedigd.⁷² Meer concreet formuleerde het Hof de volgende voor trustees of beheerders relevante punten:

- indien zij op wettelijke of contractuele grondslag een verbod hebben in strijd te handelen met de oprichtingsakte van de trust, moeten zij toch alle door het nationale recht geboden middelen gebruiken, inclusief een beroep voor de nationale rechter om de bepalingen van de pensioenregeling of de oprichtingsakte van de trust te kunnen wijzigen;⁷³

- ofschoon art. 119 de nationaalrechtelijke regeling van de respectieve aansprakelijkheid van werkgevers en trustees onverlet laat, kan de nationale rechter alle door zijn nationaal recht geboden middelen gebruiken om de naleving van art. 119 (een resultaatsverplichting) te verzekeren. Dit gaat zelfs zo ver, dat de rechter de trustees ertoe kan verplichten op art. 119 EG gebaseerde vorderingen in de eerste plaats uit eventuele overschotten of uit het vermogen van de pensioenregeling te betalen.⁷⁴ Ontereikendheid van geldmiddelen kan voornoemde punten niet beïnvloeden: zulks is een probleem dat overeenkomstig nationaal recht moet worden opgelost, doch met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling;⁷⁵

- bij overdracht van pensioenrechten van de ene naar de andere bedrijfspensioenregeling wegens verandering van werk van de werknemer, komt het aan de tweede regeling toe om op het moment waarop de werknemer de pensioengerichtigde leeftijd bereikt, de hem toegezegde uitkeringen te verhogen teneinde discriminaties op te heffen die hij uit hoofde van tijdvakken van arbeid na *Barber* heeft opgelopen.⁷⁶ Zijn de financiële middelen van de tweede regeling daartoe ontoereikend, dan moet zij «in beginsel alles in het werk stellen om een situatie van gelijkheid tot stand te brengen, in voorkomend geval door op basis van het nationale

⁶⁸ Zulks staat trouwens volledig haaks op 's Hof's bewering in r.o. 88 van het arrest *Coloroll*, dat «het feit of de bijdragen door de werkgever dan wel door de werknemers moeten worden betaald, (...) geen enkele invloed (heeft) op het begrip beloning wanneer het wordt toegepast op bedrijfspensioenen die, in hun geheel in overeenstemming moeten zijn met het beginsel van gelijke behandeling, onafhankelijk van de bron waaruit zij worden gefinancierd».

⁶⁹ De definitie hanteert immers bewust een zeer ruime omschrijving van «beloning» (niet alleen het «gewone basis- of minimumloon of -salaris», maar ook «alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt»), wat pleit tegen een subjectieve, maar voor een objectieve, invulling daarvan.

⁷⁰ Arrest *Coloroll*, r.o. 18; arrest *Ten Oever*, r.o. 13.

⁷¹ Arrest *Coloroll*, r.o. 19. Een onderscheid tussen vorderingen ex art. 119 en alle andere aanspraken van de overleden werknemer die een nabestaande als algemeen rechtsopvolger op grond van het nationale erfrecht tegenover de werkgever zou kunnen doen gelden, zou trouwens vreemd aandoen.

⁷² Arrest *Coloroll*, r.o. 20-23, met verwijzing naar arrest *Barber*, r.o. 29; arrest *Fisscher*, r.o. 30-31.

⁷³ Arrest *Coloroll*, r.o. 28 en punt 2 van het dictum. In r.o. 29 herinnert het Hof in dat verband aan zijn vaste rechtspraak betreffende de verdragsconforme uitleggingsplicht van de nationale rechter (*supra*, noot 67).

⁷⁴ Arrest *Coloroll*, r.o. 39, dat de nationale rechter ook toestaat te beslissen dat de werkgever aanvullende geldmiddelen aan het pensioenfonds moet verschaffen.

⁷⁵ Arrest *Coloroll*, r.o. 42-43 en punt 5 van het dictum.

⁷⁶ Arrest *Coloroll*, r.o. 99 en punt 12 van het dictum.

recht de noodzakelijke bedragen te vorderen van de pensioenregeling die verantwoordelijk is voor de inadequate overdracht». ⁷⁷

7° Impact van Barber en de «post-Barber»-uitspraken op richtlijn 86/378

43. Het Hof heeft al eerder in gelijke-behandelingszaken laten doorschemeren dat maatregelen van secundair gemeenschapsrecht geen beletsel kunnen vormen voor een ruime interpretatie van art. 119 EG. ⁷⁸ De rechtspraak komt erop neer dat, wanneer een geschil reeds aan de hand van de in art. 119 vervatte criteria kan worden opgelost, enkel deze bepaling communautair relevant is. ⁷⁹ Als er één maatregel is die het Hof in *Barber* en in een aantal «post-Barber»-zaken bepaald niet heeft ontzien, dan is het richtlijn 86/378. *Barber* zelf houdt een impliciete ongeldigverklaring in van art. 9, sub a, van deze richtlijn, dat een uitzondering maakt inzake de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd. Met *Ten Oever* heeft het Hof ook de exceptie vervat in art. 9, sub b, aangaande pensioenen van nagelaten betrekkingen, onderuitgehaald. ⁸⁰ In *Moroni* maakte het Hof duidelijk dat de in art. 8, lid 1, vervatte overgangsregeling (met als termijn 1 januari 1993) geen enkel effect heeft op de werking in de tijd van art. 119. ⁸¹ Op dezelfde manier maakte het Hof in *Beune* korte metten met de vraag of de overgangsregel van art. 8, lid 2 (eerbiedigende werking ten aanzien van periodes van uitsluiting voorafgaand aan de aanpassing van een regeling aan het beginsel van gelijke behandeling) een impact kon hebben op de toepasselijkheid van art. 119. ⁸² Uit *Neath* blijkt dat de uitzonderingen betreffende het gebruik van geslachtsgebonden actuariële berekeningselementen wél werden gespaard, behalve wellicht die van art. 9, sub c, die in een uitsluitend voorziet tot 30 juli 1999 voor de gelijkgeschakeling van premies of bijdragen van werknemers. ⁸³ Ten slotte sauveerde het Hof in *Coloroll* indirect ook de uitsluiting van het toepassingsgebied van de richtlijn m.b.t. facultatieve pensioenregelingen die deelnemers worden aangeboden met het oog op aanvullende uitkeringen. ⁸⁴ Het Hof oordeelde nl. dat dergelijke regelingen, waarbij de werknemers zich zuiver vrijwillig aansluiten, niet binnen de werkingssfeer van art. 119 vallen,

«voor zover een bedrijfspensioenregeling voor het beheer niet meer doet dan ten behoeve van de aangeslotenen de noodzakelijke administratieve voorzieningen te treffen». ⁸⁵

Bij het voorgaande moet evenwel in acht worden genomen dat de art. 119-rechtspraak van het Hof slechts betrekking heeft op werknemers. De ongeldigheid van de bovengenoemde richtlijnbevestigingen speelt derhalve niet ten aanzien van zelfstandigen, een beroepsklasse die *ratione personae* wel onder het toepassingsbereik van richtlijn 86/378 valt krachtens art. 3 daarvan.

44. Al vaker werd erop gewezen dat het voor de rechtszekerheid en de doorzichtigheid van het gemeenschapsrecht meer dan wenselijk is dat richtlijn 86/378 wordt aangepast teneinde ze volledig verenigbaar te maken met de rechtspraak van het Hof. ⁸⁶ De Commissie lijkt daar na de meest recente «post-Barber»-arresten van 28 september 1994 eindelijk werk van te maken. In beroepskringen circuleert thans een voorontwerp van richtlijn tot wijziging van richtlijn 86/378. Daarin worden amendementen voorgesteld die de Commissie nodig acht na *Barber*, *Ten Oever*, *Neath*, *Moroni* en *Coloroll*. Te hopen valt dat de Commissie snel tot een formeel voorstel komt ter aanpassing van richtlijn 86/378, maar ook ter wijziging van haar voorstel van 1987 tot voltooiing van de tenuitvoerlegging van het gelijke-behandelingsbeginsel op het vlak van de sociale zekerheid (*supra*, nr. 2).

C. Art. 119 EG en brugpensioenregelingen

1° Art. 119 EG en door de overheid opgelegde brugpensioenen

45. De Belgische overheid had wellicht niet verwacht dat zij voor de in CAO nr. 17 vervatte regeling inzake aanvullende ontslagvergoedingen een veroordeling bij het Hof zou oplopen wegens schending van art. 119 EG. CAO nr. 17, verbindend verklaard bij K.B. van 16 januari 1975, ⁸⁷ voorziet in een stelsel van aanvullende vergoedingen bij ontslag (hierna: «ontslagvergoeding») voor werknemers van 60 jaar en meer, voor zover dezen een werkloosheidsuitkering genieten. ⁸⁸ De ontslagvergoeding is ten laste van de laatste werkgever en bestaat uit de helft van het verschil tussen het nettoreferentieloon en de werkloosheidsuitkering. ⁸⁹ Naar luid van art. 144 van het K.B. van 20 december 1963 ⁹⁰ echter houden werklozen op gerechtigd te zijn op werkloosheidsuitkeringen vanaf de eerste dag van de maand volgend op hun 65e

⁷⁷ Arrest *Coloroll*, r.o. 97.

⁷⁸ Zie o.m. arrest van 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jenkins*, *Jur.*, 1981, 317, r.o. 22; arrest *Newstead*, r.o. 20; arrest *Barber*, r.o. 11.

⁷⁹ Conclusie advocaat-generaal VAN GERVEN in *Ten Oever e.a.*, nr. 31. Voor een duidelijke illustratie, zie het arrest *Macarthy* van 27 maart 1980 (zaak 129/79, *Jur.*, 1980, 1275). Zie, expliciet m.b.t. de verhouding tussen art. 119 en richtlijn 86/378, arrest *Beune*, r.o. 64 en arrest *Moroni*, r.o. 24.

⁸⁰ Hierop werd reeds geanticipeerd door CURTIN, D., o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 492, onder verwijzing naar het arrest *Razzouk* en *Beydoun*, *supra*, noot 145; GILLIAMS, H., o.c., *R.W.*, 1990-91, nr. 30, p. 1368.

⁸¹ Arrest *Moroni*, r.o. 26.

⁸² Arrest *Beune*, r.o. 65.

⁸³ Zulks aangezien werknemersbijdragen volgens *Neath* onder het begrip beloning in de zin van art. 119 vallen: *supra*, nr. 39. Toch kan men twijfelen of art. 9, sub c, inderdaad ongeldig is, gelet op de algemene formulering van het dictum in *Neath* en *Coloroll*: zie WOUTERS, J., o.c., *Actuele problemen van het sociale-zekerheidsrecht*, 209, nr. 47.

⁸⁴ Art. 2, lid, 2, sub d, richtlijn 86/378.

⁸⁵ Arrest *Coloroll*, r.o. 93 en punt 11 van het dictum. Men kan zich afvragen of dit oordeel volledig verenigbaar is met de beklemtoning in *Beune* van de arbeidsverhouding als doorslaggevend criterium voor de vraag of een pensioen binnen de werkingssfeer van art. 119 EG komt (*supra*, nr. 25). Het is toch in het kader van de arbeidsverhouding dat werknemers de mogelijkheid wordt geboden zich bij een dergelijke vrijwillige regeling aan te sluiten.

⁸⁶ Zie met name CURTIN, D., o.c., *C.M.L.Rev.*, 1990, 502-506; VAN GERVEN, W., DEVROE, W. en WOUTERS, J., o.c., *Equality of Treatment between Women and Men in Social Security*, 26.

⁸⁷ B.S., 31 januari 1975.

⁸⁸ Artt. 3 en 4 CAO nr. 17.

⁸⁹ Art. 5 CAO nr. 17. De Belgische regering gaf voor het Hof toe dat in de meeste gevallen de som van de ontslagvergoeding en de werkloosheidsuitkering hoger ligt dan het pensioen.

⁹⁰ Als gewijzigd bij K.B. van 7 augustus 1984.

voor mannen, en 60e voor vrouwen. Zoals in *Van Cant*, gaat het om een regeling die niet werd aangepast aan de door de wet van 20 juli 1990 ingestelde flexibele pensioenleeftijd. Het praktisch resultaat van beide regelingen was een frappante discriminatie: alleen mannelijke werknemers kregen de ontslagvergoeding.

Bij arrest van 17 februari 1993⁹¹ willigde het Hof de vordering van de Commissie in, dat deze discriminatie in strijd was met het gemeenschapsrecht. De onderscheiden standpunten die in de zaak zijn ingenomen, illustreren de onzekerheid die over de draagwijdte van art. 119 nog steeds bestaat. Zo had de Belgische regering aangevoerd dat de ontslagvergoeding geenszins beloning uitmaakte, maar een sociale-zekerheidsvoordeel dat de werkloosheidsuitkering aanvult, waarmee zij samen het conventioneel brugpensioen vormt. Uiteraard beriep zij zich in dat verband op de pensioenleeftijdsexceptie vervat in de richtlijnen 79/7 en 86/387 (*supra*, nr. 4). De Commissie daarentegen fundeerde haar eis primair op art. 119, maar subsidiair op richtlijn 76/207/EEG: was de ontslagvergoeding geen beloning, dan toch minstens een ontslagvoorwaarde in de zin van laatstgenoemde richtlijn.

46. Ofschoon het Hof toegaf dat de ontslagvergoeding *sui generis*-aspecten vertoont, oordeelde het toch dat het hier gaat om beloning in de zin van art. 119;⁹² (i) de ontslagvergoeding komt ten laste van de laatste werkgever van de ontslagen werknemer, (ii) is verschuldigd uit hoofde van de werkverhouding tussen beide personen, en (iii) vormt de resultante van overleg tussen de sociale partners, waarbij het feit dat de CAO algemeen verbindend is verklaard, geen invloed heeft op de conventionele aard van de regeling.⁹³ Als antwoord op het Belgische argument dat men hier te maken had met een sociale-zekerheidsuitkering, gaf het Hof nuchter te kennen dat het aanvullende karakter van een vergoeding ten aanzien van een sociale-zekerheidsvoorziening, zoals werkloosheidssteun, niet doorslaggevend is. Bovendien achtte het de ontslagvergoeding qua organisatie en financiering onafhankelijk van het algemene stelsel van de sociale zekerheid.⁹⁴ De niet-toekenning van deze uitkering aan vrouwen tussen 60 en 65 was bijgevolg in strijd met art. 119.⁹⁵

De uitkomst van het arrest hoeft niet echt te verbazen: reeds in *Barber* had het Hof een door de werkgever uitgekeerde ontslagvergoeding als beloning in de zin van art. 119 gekwalificeerd,⁹⁶ een besluit dat het in *Kowalska*⁹⁷ doortrok naar bij CAO opgelegde ontslagvergoedingen. Het arrest *België/Commissie* is in dit opzicht slechts een illustratie van de expansionistische tendens inzake de werkingssfeer van art. 119, zoals die thans zijn beslag heeft gekregen met *Beune* (*supra*, nr. 25). Terwijl de Belgische regering in deze zaak nog voor het Hof bepleitte dat het enkele bestaan van een band tussen een uitkering en de arbeidsverhouding niet volstaat om eerstgenoemde onder art. 119 te brengen, is thans duidelijk dat, zodra een uitkering haar grondslag vindt in de ar-

beidsverhouding tussen de gerechtigde en zijn huidige of voormalige werkgever, dit artikel toepassing vindt.

2° Art. 119 EG in bedrijfsregelingen opgenomen brugpensioenen

47. Sommige bedrijfspensioenregelingen, met name in het Verenigd Koninkrijk, voorzien in een soort brugpensioenen wanneer bedrijfspensioenen betaald worden vóór de wettelijke pensioenleeftijd, d.w.z. vooraleer het overheidspensioen wordt uitbetaald. Een stekelige vraag m.b.t. dergelijke «privé-brugpensioenen» werd aan het Hof voorgelegd in de zaak *Birds Eye Wall's/Roberts*.⁹⁸ Het ging om een onderneming die aan haar werknemers die vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd om gezondheidsredenen het bedrijf moeten verlaten, een door haar gefinancierd aanvullend pensioen (hierna: «brugpensioen») toekende. Met dit brugpensioen hoopte het bedrijf niet alleen aan de betrokken werknemers een zelfde pensioen te verzekeren als aan collega's die wel in staat zijn tot hun pensioen te blijven werken; bovendien wilde het ervoor zorgen dat mannelijke en vrouwelijke werknemers een identiek totaal pensioen (d.w.z. overheidspensioen + bedrijfspensioen) ontvangen. Met name met het oog op dit laatste verminderde de onderneming het brugpensioen voor vrouwelijke werknemers tussen 60 en 65 met het bedrag dat zij reeds (sedert hun 60e) aan overheidspensioen ontvingen, terwijl mannelijke met vervroegd pensioen gestuurd hetzelfde brugpensioen ontvingen tot hun 65e (d.w.z. het ogenblik waarop zij overheidspensioenen beginnen te ontvangen). Voor de Engelse rechter betoogde mevrouw Roberts dat de vermindering van haar brugpensioen tussen 60 en 65 neerkwam op een directe geslachtsdiscriminatie in strijd met art. 119 EG.

Het prejudiciële antwoord van het Hof was kort maar krachtig: er ligt gewoon geen discriminatie voor. Mannelijke en vrouwelijke werknemers bevinden zich tussen hun 60e en 65e door het verschil in wettelijke pensioenleeftijd in een verschillende situatie; dat het brugpensioen daarmee rekening houdt, is niet in strijd met art. 119 EG. Het Hof ging nog verder: zo het brugpensioen voor vrouwen even hoog zou blijven als vóór zij de pensioenleeftijd bereikten, zou zulks neerkomen op een met art. 119 verboden discriminatie van mannen, die pas vanaf hun 65e het overheidspensioen ontvingen.⁹⁹

Anders gezegd, met *Roberts* maakt het Hof duidelijk dat overheids- en bedrijfspensioenen in hun geheel moeten worden bekeken.¹⁰⁰ Een bedrijfspensioenregeling zoals die in

⁹⁸ Arrest van 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.*, 1993, I-5579.

⁹⁹ Arrest *Roberts*, r.o. 20-21.

¹⁰⁰ Dezelfde houding blijkt uit het antwoord van het Hof op de tweede prejudiciële vraag. Roberts had tevens aangevochten dat haar werkgever bij de berekening van het brugpensioen geen rekening hield met het feit dat zij de door het Britse sociale-zekerheidsstelsel aan gehuwde vrouwen geboden keuze had uitgeoefend, verminderde pensioenbijdragen te betalen (waardoor zij slechts recht had op een verminderd overheidspensioen). De onderneming verminderde het brugpensioen daarentegen met het bedrag dat Roberts had kunnen ontvangen indien ze pensioenbijdragen tegen het volle tarief zou hebben betaald. Advocaat-generaal VAN GERVEN had in zijn conclusie terecht opgemerkt (*Jur.*, 1993, p. I-5597, nr. 21), hierin letterlijk gevolgd door het Hof (r.o. 29), dat indien de werk-

⁹¹ Zaak C-173/91, *Jur.*, 1993, I-673.

⁹² Arrest *Commissie/België*, r.o. 15.

⁹³ Arrest *Commissie/België*, r.o. 16-17.

⁹⁴ Arrest *Commissie/België*, r.o. 20.

⁹⁵ Arrest *Commissie/België*, r.o. 22.

⁹⁶ Arrest *Barber*, r.o. 12-17.

⁹⁷ Arrest aangehaald *supra* noot 4.

kwestie, die haar best deed elke vorm van ongelijkheid ongedaan te maken,¹⁰¹ kan geen inbreuk op art. 119 EG ten laste worden gelegd.

IV. ENKELE ASPECTEN VAN RECHTSBESCHERMING

48. Enkel twee actuele punten van rechtsbescherming i.v.m. het beginsel van gelijke behandeling komen hier aan bod: (i) de verticale en horizontale directe werking van de gemeenschapsbepalingen te dezer zake, en (ii) de status van nationale beroeps- en verjaringstermijnen ten aanzien van het gemeenschapsrecht.

A. Verticale, soms ook horizontale, directe werking van de communautaire bepalingen inzake gelijke behandeling

49. Het is bekend dat het Hof, als een van zijn machtigste wapens voor het waarborgen van een minimale rechtsbescherming, directe werking heeft verleend aan een groot aantal communautaire bepalingen.¹⁰² Ook inzake gelijke behandeling heeft het Hof daar gul van gebruik gemaakt. Eerder (*supra*, nr. 2) werd al aangegeven dat het Hof het praktisch belang van art. 119 EG enorm heeft versterkt door aan deze bepaling in *Defrenne II* niet alleen in de verhouding particulier/overheid, maar ook in de verhouding tussen particulieren onderling (met name tussen werknemer en werkgever), rechtstreekse werking toe te kennen.¹⁰³ Sedert het arrest *FNV* van 4 december 1986¹⁰⁴ is het vaste rechtspraak dat art. 4, lid 1, van richtlijn 79/7, dat het principieusverbod neerlegt van directe of indirecte discriminaties op het door deze richtlijn bestreden domein, rechtstreekse werking heeft in de verhouding tussen overheid en particulieren. Deze laatste kunnen zich vanaf 23 december 1984 (datum

gever van het brugpensioen enkel het reëel uitbetaalde overheids-pensioen zou mogen affhouden, «dit bedrijf er in feite toe verplicht (wordt) om in hoofde van de ex-werkneemster het verlies aan overheidspensioen te compenseren dat direct voortvloeit uit haar keuze voor het stelsel van de verminderde bijdragen». Zulks zou een onrechtmatige bevoordeling van die gehuwde ex-werkneemsters meebrengen ten opzichte van mannen en niet-gehuwde vrouwen (als ook de gehuwde vrouwen die de optie niet hebben uitgeoefend), die steeds het volle tarief aan pensioenbijdragen hebben betaald.

¹⁰¹ Zo verminderde de werkgever voor mannelijke werknemers vanaf 65, in de mate waarin zij vanaf die leeftijd een hoger overheids-pensioen ontvingen dan hun vrouwelijke collega's, hun brugpensioen teneinde de lat gelijk te leggen.

¹⁰² De voorwaarden voor directe werking zijn meer dan bekend: een bepaling moet voldoende duidelijk en precies zijn en mag niet afhankelijk zijn van discretionaire uitvoeringsmaatregelen. Cf. de recapitulatie van de rechtspraak in dezen in de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in zaak C-128/92, *Banks, Jur.*, 1994, I-1236-1237, nr. 27.

¹⁰³ Althans voor zover het gaat om discriminaties die de rechter op grond van een zuiver juridische analyse, aan de hand van de criteria gelijke beloning en gelijke arbeid, kan vaststellen, of om gevallen van discriminatie waar de rechter in de gelegenheid is alle feitelijke gegevens vast te stellen om te beoordelen of zich loondiscriminatie voordoet. Voor de afschaffing van andere (vaak meer subtiele) discriminaties, acht het Hof daarentegen een optreden van de communautaire wetgever nodig: arrest *Defrenne II*, r.o. 19.

¹⁰⁴ Arrest aangehaald *supra* noot 145, r.o. 18-20. Cf. reeds arrest van 24 juni 1986, zaak 150/85, *Drake, Jur.*, 1986, 1995, r.o. 32.

waarop de richtlijn ten uitvoer moest zijn gelegd) op die bepaling beroepen.¹⁰⁵

50. Niet van gering praktisch belang is de rechtspraak van het Hof m.b.t. *overgangsbepalingen* waarin nationale wetgevingen ter uitvoering van richtlijn 79/7 niet zelden voorzien, en waardoor een bepaalde discriminerende regeling ook na de bovengenoemde uitvoeringstermijn haar werking behoudt. Het Hof heeft zulks zonder verpinken in strijd met richtlijn 79/7 verklaard.¹⁰⁶ M.b.t. uitkeringen van het conventionele type ligt de situatie complexer. Voor uitkeringen die onder het loonbegrip van art. 119 vallen, geldt de beperking van de werking in de tijd van *Barber*: gelijke behandeling is verplicht ten aanzien van tijdvakken van arbeid na 17 mei 1990, en zelfs overgangsregelen moeten in dezen blijkens het arrest *Van den Akker* wijken (*supra*, nr. 36). Voor andere bedrijfs- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid – bv. prestaties uitgekeerd aan zelfstandigen – daarentegen geldt richtlijn 86/378. Art. 8, lid 2, daarvan stipuleert expliciet de eerbiedigende werking van de richtlijn ten aanzien van tevoren aangegane rechten en verplichtingen.¹⁰⁷

51. Het toekennen van verticale directe werking aan de kernbepalingen van richtlijn 79/7 lost voor deze richtlijn de meeste problemen op, aangezien zij betrekking heeft op wettelijke sociale-zekerheidsstelsels. Conflicten over haar toepassing en uitlegging zullen derhalve doorgaans enkel in de relatie overheid/particulier rijzen. Met art. 119 is er evenmin een probleem, daar deze bepaling zowel verticaal als horizontaal werkt. Problemen rijzen evenwel bij de toepassing van richtlijn 86/378. Deze worden alleen maar vergroot doordat heel wat lidstaten, in het licht van de *Barber*-rechtspraak en de in dat verband gerezen twijfel over de geldigheid van een aantal bepalingen van de richtlijn, gewacht hebben met de tenuitvoerlegging ervan.¹⁰⁸ Kan een particulier de door deze richtlijn toegekende rechten inroepen in horizontale situaties, met name ten aanzien van de onderneming waarin hij werkzaam is en, zo nodig, ten aanzien van de be-

¹⁰⁵ Arrest *FNV*, r.o. 21; sindsdien o.m. bevestigd in de arresten van 13 december 1987, zaak 384/85, *Borrie Clarke, Jur.*, 1987, 2865, r.o. 9; 8 maart 1988, zaak 80/87, *Dik, Jur.*, 1988, 1601, r.o. 8; 13 december 1989, zaak C-102/88, *Ruzius-Wilbrink, Jur.*, 1989, 4311, r.o. 19; 21 november 1990, zaak C-373/89, *Integrity, Jur.*, 1990, I-4243, r.o. 12; 11 juli 1991, zaak C-31/90, *Johnston, Jur.*, 1991, I-3723, r.o. 32 en 34; *Van Cant, supra*, noot 27, r.o. 16-18; en in de arresten van 27 oktober 1993 in zaak C-337/91, *Van Gemert-Derks, Jur.*, 1993, I-5435, r.o. 31 en in *Steenhorst-Neerings, supra*, noot 22, r.o. 14.

¹⁰⁶ Zie de arresten *Borrie-Clarke*, r.o. 9-10; *Dik* r.o. 8-9; en *Johnston*, r.o. 32.

¹⁰⁷ Dat richtlijn 86/378 een dergelijke regeling wel bevat, en richtlijn 79/7 niet, ligt wellicht hieraan dat het bij eerstgenoemde regeling gaat om contractuele stelsels, waar in regel het beginsel van de eerbiedigende werking van de nieuwe wet geldt, terwijl bij de laatstgenoemde het gaat om wettelijke regelingen, waar het principe van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet geldt: zie daarover, met verwijzingen, conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in de zaken *Smith* en *Van den Akker*, nr. 22-24.

¹⁰⁸ In Nederland is nog steeds een wetsvoorstel 20890 aanhangig tot uitvoering van wat men aldaar de «vierde richtlijn» noemt. In België is de situatie nog erger, in die zin dat de regering zelfs nog geen wetsontwerp indiende ter uitvoering van de richtlijn: zie *Devos, D.*, «Gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers in de wettelijke en niet-wettelijke sociale zekerheidsregelingen», *Arbeidsblad*, 1990, (531), 561.

heerders van de pensioenregeling? In zijn *Marshall I*-jurisprudentie heeft het Hof een dergelijke horizontale werking aan richtlijnbevestigingen ontzegd.¹⁰⁹ Acht jaar later opnieuw geconfronteerd met de vraagstelling, en nadat drie van zijn advocaten-generaal een lans hadden gebroken voor horizontale werking van richtlijnen,¹¹⁰ verkoos het Hof in het arrest *Faccini Dori* van 14 juli 1994 toch de stap naar horizontale werking niet te zetten.¹¹¹

Zo blijft de werknemer of zijn rechthebbende die geconfronteerd wordt met een door richtlijn 86/378 verboden discriminatie vervat in contractuele regelingen van bedrijven (met inbegrip van CAO's en arbeidsreglementen) of bedrijfspensioenregelingen, enkel in de mogelijkheid een beroep te doen op de klassieke surrogaatoplossingen die het Hof inzake rechtsbescherming bij niet of onjuist uitgevoerde richtlijnen heeft ontwikkeld – en waaraan in *Faccini Dori* wordt herinnerd –, nl. (i) richtlijnconforme interpretatie vragen aan de rechter¹¹² of (ii) de staat aansprakelijk stellen indien voldaan is aan de *Francovich*-criteria.¹¹³ Volledigheidshalve valt de extreem ruime uitlegging te vermelden die het Hof in deze context aan het begrip staat toekent, zodat ten aanzien van openbare diensten (die niet als overheid, maar als werkgever optreden)¹¹⁴ en heel wat overheidsbedrijven¹¹⁵ toch de directe werking van de richtlijn (verticaal dan) zal kunnen worden ingeroepen. De «Marshall-lacune» blijft echter alsnog bestaan.¹¹⁶

B. Nationale beroeps- en verjaringstermijnen en het gemeenschapsrecht

52. Een van de meest actuele problemen inzake gelijke behandeling op het gebied van pensioenen betreft de com-

munautaire status van nationale procedurevoorschriften inzake beroeps- en verjaringstermijnen die de periode waarbinnen particulieren hun rechten kunnen doen gelden, beperken. De arresten *Vroege* en *Fisscher* bieden een goed voorbeeld van het praktisch belang van deze termijnen voor particuliere pensioenstelsels. Het Hof gaf daar te kennen dat, aangezien in *Bilka* geen enkele tijdslimiet was opgenomen, de rechtstreekse werking van art. 119 kan worden ingeroepen «ten einde met terugwerkende kracht gelijkheid van behandeling met betrekking tot het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling te eisen, en wel vanaf 8 april 1976, de datum van het arrest *Defrenne* (...), waarin het Hof voor het eerst de rechtstreekse werking van dat artikel heeft erkend». ¹¹⁷ In nationale rechtsstelsels waar geen kortere beroeps- of verjaringstermijnen bestaan voor het te gelde maken van loonaanspraken, betekent deze rechtspraak dus dat werknemers in het ergste geval, met een retroactiviteit van meer dan 18 jaar hun rechten kunnen doen gelden.

53. Kunnen nationale procedurevoorschriften inzake termijnen steeds worden ingeroepen door overheid, werkgever en/of pensioenstelsels? Tot vóór het arrest *Emmott*¹¹⁸ leek zulks niet al te problematisch. Het Hof had in een vaste rechtspraak geoordeeld dat het, bij gebrek aan communautaire harmonisatie in dezen, aan de lidstaten staat om de effectivering van op het gemeenschapsrecht gefundeerde vorderingen op basis van hun nationale procesregels te laten verlopen. Daarbij stelt het Hof van oudsher wel twee randvoorwaarden, nl. dat (i) deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan de regels die gelden voor soortgelijke nationale vorderingen en (ii) zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk mogen maken.¹¹⁹ In het arrest *Rewe* van 1976 heet het daarover dat «de vaststelling van redelijke beroepstermijnen» (*in casu* op het fiscaal vlak) aan beide voorwaarden voldoet.¹²⁰

Met *Emmott* leek het Hof een heel eind verder te gaan. De zaak betrof een vordering van een Ierse invalide gehuwde

¹⁰⁹ *Supra*, noot 13.

¹¹⁰ Met name, in chronologische volgorde, advocaat-generaal VAN GERVEN in zijn conclusie in zaak C-271/91, *Marshall II*, *Jur.*, 1993, I-4387-4388, nr. 12; conclusie van advocaat-generaal JACOBS in zaak C-316/93, *VANEETVELD*, *Jur.*, 1994, I-770-777, nrs. 18-36; conclusie van advocaat-generaal LENZ in zaak C-91/92, *Faccini Dori*, *Jur.*, 1994, I-3338-3345, nrs. 43-73 (met als temporele beperking evenwel de inwerkingtreding van het Unieverdrag).

¹¹¹ Arrest in zaak C-91/92, *Jur.*, 1994, I-3325. Intussen verschenen reeds – o.i. terecht – kritische commentaren bij dit arrest: COPPEL, J., «Rights, duties and the end of *Marshall*», *Modern Law Review*, 1994, 859-879; MORTELMANS, K.J.M. en TEMMINK, H.A.G., «De rechtstreekse en onrechtstreekse werking van EG-richtlijnen», *A.A.*, 1994, 845-858; TRIDIMAS, T., «Horizontal effect of directive: a missed opportunity?», *Eur.L.Rev.*, 1994, 621-636.

¹¹² Zie met name arrest van 13 november 1990, zaak 106/89, *Marleasing*, *Jur.*, 1990, I-4135. Zoals eerder aangestipt (*supra*, noot 72), verplicht deze rechtspraak de hoven en rechtbanken evenwel niet de nationale wetgeving *contra legem* uit te leggen. Bovendien kan richtlijnconforme interpretatie niet leiden tot een analogische toepassing van de strafwet op particulieren, aangezien zij haar begrenzing vindt in de van het gemeenschapsrecht deel uitmakende algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht: arrest van 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Jur.*, 1987, 3969.

¹¹³ Arrest van 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.*, 1991, I-5357.

¹¹⁴ Arrest *Marshall I*, r.o. 49; arrest *Johnston*, r.o. 56.

¹¹⁵ Zie de criteria ontwikkeld in het arrest van 12 juli 1990, zaak C-188/89, *Foster*, *Jur.*, 1990, I-3313, r.o. 20.

¹¹⁶ De uitdrukking is van GILLIAMS, H., o.c., *R.W.*, 1990-91, 1355.

¹¹⁷ Arrest *Vroege*, r.o. 30; arrest *Fisscher*, r.o. 27.

¹¹⁸ Arrest van 25 juli 1991, zaak C-208/90, *Jur.*, 1991, I-4269.

¹¹⁹ Zie met name de arresten van 16 december 1976 in zaak 33/76, *Rewe*, *Jur.*, 1976, 1989, r.o. 5, en zaak 45/76, *Comet*, *Jur.*, 1976, 2043, r.o. 13 en 16; 27 februari 1980, zaak 68/79, *Just*, *Jur.*, 1980, 501, r.o. 25; 27 maart 1980, zaak 61/79, *Denkavit Italiana*, *Jur.*, 1980, 1205, r.o. 25; 10 juli 1980 in zaak 811/79, *Ariete*, *Jur.*, 1980, 2545, r.o. 12, en zaak 826/79, *Mireco*, *Jur.*, 1980, 2559, r.o. 13; 9 november 1983, zaak 199/82, *San Giorgio*, *Jur.*, 1983, 3595, r.o. 12. Voor meer recente bevestigingen, zie o.m. arrest van 11 juli 1991, gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, *Verholen*, *Jur.*, 1991, I-3575, r.o. 24; arrest *Emmott*, r.o. 16; arrest *Francovich*, r.o. 43. De autonome betekenis van het tweede vereiste blijkt uit het arrest *San Giorgio*: daar maakte het Hof duidelijk dat het non-discriminatiebeginsel geen rechtvaardigingsgrond oplevert wanneer zowel voor de betrokken schending van het gemeenschapsrecht, als voor een analoge miskenning van het nationale recht, geen rechtsherstel (in casu terugbetaling van onverschuldigd betaalde belastingen) mogelijk is.

¹²⁰ Arrest *Rewe*, *supra*, noot 220, r.o. 5; zie ook arrest *Comet*, r.o. 17-18; arrest *Emmott*, r.o. 17. De ratio die het Hof in beide eerstgenoemde arresten voor beroepstermijnen in *fiscalibus* opgaf, lijkt goeddeels ook op te gaan voor sociale-zekerheidszaken, nl. dat zij een toepassing vormen van het grondbeginsel van de rechtszekerheid, zowel in het voordeel van de belastingplichtige (lees: de gerechtigde) als van de betrokken administratie.

vrouw, aan wie in strijd met richtlijn 79/7 een lagere arbeidsongeschiktheidsuitkering was toegekend dan aan een gehuwde man.¹²¹ Nadat haar verzoek om uitkering met terugwerkende kracht tot 23 december 1984 door de Ierse autoriteiten op de wachtlijst was geplaatst, verzocht zij het High Court om rechterlijke toetsing daarvan. Haar werd toen echter de procesrechtelijke beroepstermijn van drie maanden tegengeworpen, die voor de betrokken procedure geldt. Gevraagd of de Ierse overheid die beroepstermijn kon inroepen, antwoordde het Hof ontkennend. Uitgaande van de eigenheid van richtlijnen en de behoefte aan rechtszekerheid voor particulieren bij de tenuitvoerlegging daarvan, oordeelde het, dat «tot op het moment waarop een richtlijn naar behoren is omgezet, een gebrekkige Lid-Staat zich niet beroepen op termijnoverschrijding door een particulier die een procedure tegen hem instelt ter bescherming van de rechten die de bepalingen van de richtlijn de particulier toekennen, en dat een in het nationale recht vastgelegde beroepstermijn niet vóór dat tijdstip kan lopen».¹²²

54. *Emmott* wierp heel wat onzekerheid over de communautaire status van nationale termijnvoorschriften: konden deze voortaan pas gelden vanaf het moment waarop een lidstaat zijn wetgeving aanpast aan het beginsel van gelijke behandeling? In zijn op 27 oktober 1993 gewezen arrest *Steenhorst-Neerings*¹²³ nam het Hof een stuk van de twijfel weg. De zaak betrof de Nederlandse Algemene Arbeidsongeschiktheidswet («AAW»). Vóór 1979 gaf deze wet enkel recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan mannen en ongehuwde vrouwen. In 1979 werd het recht op voornoemde uitkering uitgebreid tot gehuwde vrouwen, met uitzondering van die wier arbeidsongeschiktheid vóór 1975 was ingetreden. Die uitzonderingsgrond werd door de Centrale Raad van Beroep onwettig verklaard: vanaf de inwerkingtreding van de wet van 1979 moest ook de betrokken categorie vrouwen voor een AAW-uitkering in aanmerking komen.¹²⁴ *Steenhorst-Neerings*, die al vanaf 1963 een invaliditeitsuitkering ontving, beriep zich op deze uitspraken. Haar werd echter een bepaling van de AAW tegengeworpen, luidens welke de AAW-uitkering in beginsel niet vroeger kan ingaan dan een jaar vóór de dag waarop de aanvraag werd ingediend. Resultaat: ofschoon zij in principe vanaf 1979 recht had op voornoemde uitkering, werd deze haar pas met ingang van mei 1987 (een jaar vóór haar aanvraag) toegekend. Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of een dergelijke beperking van de terugwerkende kracht van een verzoek om uitkering verenigbaar was met art. 4, lid 1, van richtlijn 79/7, gelet op de directe werking daarvan vanaf 23 december 1984.

55. Het Hof oordeelde dat de Nederlandse bepaling voldeed aan de non-discriminatie- en niet-onmogelijkheidsvoorwaarde als vervat in zijn vaste rechtspraak.¹²⁵ Het argument dat op grond van *Emmott* de overheid pas vanaf de op-

heffing van de discriminatie in de AAW de litigieuze beperking van de terugwerkende kracht van aanvragen mocht inroepen, werd door het Hof verworpen. De situatie in *Emmott* verschilde volgens het Hof duidelijk van die in het onderhavige geding aangezien, «anders dan een nationale rechtsregel waarbij een beroepstermijn wordt vastgesteld, de (...) bedoelde regel het eigenlijke recht van de justitiabelen om zich voor een nationale rechterlijke instantie tegen een gebrekkige Lid-Staat op richtlijn 79/7 te beroepen, niet aantast. Zij beperkt enkel de terugwerkende kracht van aanvragen tot verkrijging van de in geding zijnde uitkering».¹²⁶ Bovendien meende het Hof dat de Nederlandse regel een geheel ander doel dient dan de beroepstermijn in *Emmott*: hij beantwoordt aan de eisen van een goede administratie van het stelsel (controle of de voorwaarden vervuld zijn, vaststelling van het in de tijd fluctuerende arbeidsongeschiktheidspercentage van de gerechtigde) en aan de noodzaak het financieel evenwicht daarvan te bewaren.¹²⁷

56. Recent, in het arrest *Johnson* van 6 december 1994,¹²⁸ bevestigde het Hof de in *Steenhorst-Neerings* aan *Emmott* toegebrachte beperking. Het ging andermaal om de verenigbaarheid met richtlijn 79/7 van een Brits procedurevoorschrift dat het recht op het verkrijgen van achterstallige uitkeringen beperkt tot een tijdvak van 12 maanden vóór de datum van de aanvraag.¹²⁹ Ook hier wees het Hof de precedentswaarde van *Emmott* af en billijkte het de betrokken procedureregels op dezelfde gronden als in *Steenhorst-Neerings*: in beide gevallen ging het «om een voorschrift dat de vordering niet uitsluit, maar enkel het tijdvak vóór de indiening van de aanvraag, waarover achterstallige uitkeringen kunnen worden verkregen, beperkt».¹³⁰ De – o.i. overtuigende – wijze waarop *Johnson* trachtte de betrokken Britse uitkering te differentiëren van die in welke in *Steenhorst-Neerings* voorlag,¹³¹ achtte het Hof «niet beslissend»: voldoende was dat «de bepaling waarom het thans gaat, identiek is aan die in de zaak *Steenhorst-Neerings*, en dat de toepassing van deze bepalingen de uitoefening van op de richtlijn gebaseerde rechten niet onmogelijk maakt».¹³²

De tendens die zich met *Steenhorst-Neerings* manifesteerde, lijkt met *Johnson* bevestigd: een serieuze inperking van de precedentswaarde van *Emmott* en een veelmeer afstandelijke toepassing van de sedert het arrest *Rewe* klassieke voor-

¹²¹ De betrokken Ierse regeling was door het Hof in strijd met richtlijn 79/7 bevonden in zijn arrest van 24 maart 1987, zaak 286/85, McDermot en Cotter, *Jur.*, 1987, 1453.

¹²² Arrest *Emmott*, r.o. 23.

¹²³ *Supra*, noot 22.

¹²⁴ De uitspraken in kwestie van de Centrale Raad van 5 januari 1988 constateren niet een strijdigheid met het gemeenschapsrecht, maar met art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

¹²⁵ Arrest *Steenhorst-Neerings*, r.o. 15-16.

¹²⁶ Arrest *Steenhorst-Neerings*, r.o. 21.

¹²⁷ Arrest *Steenhorst-Neerings*, r.o. 23.

¹²⁸ Arrest in zaak C-410/92, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

¹²⁹ Het betreft section 165A(3)(c) van de Social Security Act 1975. De zaak is een uitloper van een vroeger door het Hof gewezen prejudicieel arrest met dezelfde verzoekster, nl. het arrest van 11 juli 1991, zaak C-31/90, *Johnson*, *Jur.*, 1991, I-3723.

¹³⁰ Arrest *Johnson*, r.o. 30.

¹³¹ Zie arrest *Johnson*, r.o. 32-33. *Johnson's* betoog kwam erop neer dat de twee onderliggende redenen die het Hof in *Steenhorst-Neerings* (r.o. 23) in aanmerking nam om het doel van de betrokken regel te differentiëren van de regel in *Emmott*, te dezen niet golden, aangezien (i) in het Verenigd Koninkrijk op de aanvrager de bewijlast rust om aan te tonen dat hij vóór de datum van indiening van de aanvraag voldeed aan de voorwaarden voor het recht op uitkering, en (ii) de noodzaak tot vrijwaring van het financieel evenwicht van het betrokken stelsel zich niet voordeed, aangezien het, anders dan in *Steenhorst-Neerings*, niet ging om een fonds met beperkte reserves, maar om een niet-bijdragestelsel.

¹³² Arrest *Johnson*, r.o. 34-35.

waarden inzake non-discriminatie en niet-onmogelijkheid. Dat de in *Steenhorst-Neerings* en *Johnson* gesauveerde termijnvoorschriften niet het recht op gelijke behandeling aantasten, maar slechts de retroactieve uitoefening daarvan beperken, is, zoals Pijnacker Hordijk opmerkt, slechts een halve waarheid.¹³³ Immers, beperking van de aanspraakge-rechtigdheid tot maximaal één jaar terug in de tijd staat eveneens in de weg aan een (adequaat) rechtsherstel van slachtoffers van een discriminatie die, zoals in beide arresten, hen al jaren trof. Terwijl het Hof in *Steenhorst-Neerings* nog de specifieke eigenheden van de AWW-uitkering in acht nam, redeneert het in *Johnson* op een verontrustend abstract niveau, wat de indruk wekt dat het voldoende is dat een procedurevoorschrift de uitoefening van het recht op gelijke behandeling niet geheel onmogelijk maakt.¹³⁴ Van enig vereiste, zoals in *Rewe*, dat de regeling een «redelijk» karakter moet dragen, is zelfs geen sprake.¹³⁵ Waar is de tijd van *Factortame I* en *Francovich*, toen de «volle werking van het gemeenschapsrecht» bij de rechtsbescherming van particulieren voor het Hof nog voorop stond?¹³⁶

57. De precedentswaarde van *Emmott* lijkt door het Hof nu ook te zijn ontkend voor op art. 119 EG gebaseerde vorderingen inzake bedrijfspensioenen. In de zaak *Fisscher* kreeg het de vraag voorgeschoteld of een werkgever of pensioenregeling een verjaringstermijn kan invoeren ten opzichte van een werknemer die haar uit art. 119 EG voortvloeiende rechten te gelde wil maken. Het belang van de kwestie is enorm, gelet op de door het Hof aan *Bilka* toegekende terugwerkende kracht tot 8 april 1976. Het Hof herinnerde enkel aan zijn klassieke *Rewe*-jurisprudentie en gaf als generiek antwoord, dat «de nationale regels betreffende de in het nationale recht geldende beroepstermijnen kunnen worden tegengeworpen aan werknemers die hun recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling doen gelden, mits deze regels voor dit soort vorderingen niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke nationale vorderingen en zij het in de praktijk niet onmogelijk maken om het aan het gemeenschapsrecht ontleende recht uit te oefenen».¹³⁷

Met dit antwoord maakte het Hof impliciet maar zeker duidelijk dat het (door Fisscher ingeroepen) *Emmott*-arrest geen toepassing vindt op horizontale situaties. Zulks lijkt niet meer dan redelijk: deze jurisprudentie berust immers op de premisse van een foutieve schending van het gemeenschapsrecht door de staat, waarbij deze laatste zich niet kan

verweren door nationale beroepstermijnen aan particulieren tegen te werpen (*nemo auditur*-beginsel).¹³⁸ Voor «horizontale» situaties is zij niet geëigend.¹³⁹ Hamvraag blijft dan wel of het Hof aan *Emmott* precedentswaarde zal toekennen wat betreft beroepstermijnen die een *overheid* inroept m.b.t. een door haar begane schending van art. 119 EG.¹⁴⁰

V. SLOTBESCHOUWINGEN

58. Het is moeilijk vaststaande conclusies te formuleren na deze «tour d'horizon» van de recente uitspraken van het Hof inzake gelijke behandeling op het gebied van wettelijke en conventionele pensioenen. Van de rechtspraak gaan gemengde signalen uit: enerzijds bouwt het Hof voort op in het verleden gevelde mijlpaalarresten, zoals *Barber*, anderzijds echter lijkt zich een nieuwe, meer restrictieve tendens voor te doen. Op het vlak van de wettelijke pensioenen getuigen arresten als *Equal Opportunities Commission* en *Bramhill* van terughoudendheid bij de uitlegging van richtlijn 79/7, met een op coherentie en financieel evenwicht van het sociale-zekerheidssysteem gefundeerde bereidheid om de uitzonderingen vervat in art. 7, lid 1, van de richtlijn niet al te stringent (en soms zelfs per analogie) uit te leggen en met een soepele (of gewoon geen) toepassing van de proportionaliteitstest. Uitspraken als *van Cant* en *Thomas* daarentegen wijzen erop dat het Hof te gelegener tijd (blijkbaar vooral wanneer de impact van het arrest tot één lidstaat beperkt blijft) een harde vuist kan maken.

De spanningen in de jurisprudentie zijn nog sterker voelbaar op het domein van de conventionele pensioenen. Na een uitzonderlijk gespierd arrest als *Barber* en de wederwaardigheden waartoe dit in het kader van het Unieverdrag heeft geleid (*Barber*-protocol), was wellicht te verwachten dat het Hof zijn rechtspraak zou «verfijnen». Uit de recente «post-*Barber*»-uitspraken blijkt dat dit een proces is geworden van geven en nemen: tegenover een protocolconforme uitlegging van de werking in de tijd van *Barber* (*Ten Oever* en, wat betreft aanvullende bedrijfspensioenen, *Moroni*), een struisvogelachtige opstelling inzake actuariële berekeningsfactoren (*Neath*) en souplesse inzake gelijkschakelingsmaatregelen van pensioenregelingen (*Smith* en *Van den Akker*), staan behoud van *Bilka* inzake het recht op aansluiting bij bedrijfspensioenen (*Vroege* en *Fisscher*), een expansionistische toepassing van art. 119 EG op ambtenaren (*Beune*) en brugpensioenen (*Commissie/België*) en heel wat nieuwe verduidelijkingen van het dwingend karakter van genoemd artikel

¹³³ PIJNACKER HORDIJK, E.H., «Emmott, en hoe verder?», *N.J.B.*, 1994 (499), 503.

¹³⁴ De trend in de beoordeling van procedurevoorschriften gaat wel erg bergafwaarts: van een «effect»-beoordeling (met als perspectief een adequate rechtsbescherming; zie ook arrest Verholen, *supra*, noot 220, r.o. 24), naar een «doel»-evaluatie (benadrukking van de rol van de regel voor de goede werking van het sociale-zekerheidsstelsel in kwestie), om te eindigen met een losse «niet-onmogelijkheids»-test.

¹³⁵ Cf. de kritiek op *Steenhorst-Neerings* van COUSINS, M., o.c., *Eur.L.Rev.*, 1994, 142: «The Court appears to have given blanket approval for the imposition by Member States of limits on retrospective payments subject to the limitations already referred to.»

¹³⁶ Resp. arrest van 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Jur.*, 1990, I-2433, vooral r.o. 21, en arrest *Francovich*, *supra*, noot 214, r.o. 33-34.

¹³⁷ Arrest *Fisscher*, r.o. 40 en punt 5 van het dictum.

¹³⁸ Zie dienaangaande arrest Marshall I, *supra*, noot 13, r.o. 47, en arrest *Faccini Dori*, r.o. 22-23.

¹³⁹ Zie ook conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in de zaken *Vroege* en *Fisscher*, nr. 31.

¹⁴⁰ Een mogelijk belangrijke zaak voor deze problematiek is zaak C-312/93, *Peterbroeck*. Zij betreft de vraag of het gemeenschapsrecht (met name art. 52 EG) zich verzet tegen de door het Belgische W.I.B. opgelegde, korte termijn van zestig dagen waarbinnen voor het hof van beroep nieuwe bezwaren kunnen worden geformuleerd ten aanzien van een betwiste belastingaanslag (thans artt. 378 juncot 381 W.I.B.). In zijn conclusie van 4 mei 1994 (nog niet gepubliceerd in de *Jur.*) besloot advocaat-generaal JACOBS dat deze regels niet in strijd komen met het gemeenschapsrecht. Zijn analyse is gebaseerd op de klassieke *Rewe*-rechtspraak, en niet op *Emmott*.

ten aanzien van de beheerders van pensioenregelingen (*Coloroll*). Gehoopt kan worden dat Commissie en Raad nu, aan de hand van deze rechtspraak, snel vorderingen maken met de herziening van richtlijn 86/378. Zulks zou de rechtszekerheid sterk ten goede komen en het Hof in staat stellen om van vermoeid koploper bezielde consolidator te worden van het gelijke-behandelingsprincipe in deze sector.

Het meest zorgwekkend lijkt ons de trend naar grotere behoudsgezindheid van het Hof op het punt van de rechtsbescherming, met name wat betreft de horizontale werking van richtlijnen en de communautaire status van nationale ter-

mijnvoorschriften. Deze problemen gaan evenwel veel dieper dan gelijke behandeling inzake pensioenen: zij raken aan elementaire vraagstukken van rechtsbescherming en de bevoegdheid van de EG tot het opleggen van uniforme procedurele voorwaarden bij de afdwinging van het gemeenschapsrecht.

7 februari 1995

Jan WOUTERS
Docent Rijksuniversiteit Limburg

GELDIGHEID EN BEWIJSWAARDE VAN HET PROCES-VERBAAL

1. Bewijzen bestaat erin de nodige gegevens bij te brengen en deze op rationele wijze voor te stellen aan degene die moet beslissen (Declercq, R., «Bewijsvoering in strafzaken», in *Comm. Straf.*, 2). De bewijsregeling strekt dan ook tot het vaststellen van de waarheid aangaande het bestaan van een misdrijf en de schuld van de beklaagde.

2. Wanneer de wet geen bijzonder bewijsmiddel voorschrijft, mag de rechter zijn overtuiging putten uit alle regelmatig verkregen en regelmatig overgelegde gegevens van de zaak, zelfs uit vermoedens, waarvan hij op onaantastbare wijze de bewijswaarde apprecieert op voorwaarde dat de partijen ze vrij hebben kunnen bespreken, d.w.z. dat ze het voorwerp (kunnen) zijn geweest van een contradictoir debat en voor zover hij de termen ervan niet miskent (Holsters, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende vaststelling van misdrijven», *R. W.*, 1980-81, 1357). De innerlijke overtuiging van de rechter als motief van de strafrechtelijke besluitvorming omtrent de schuld van het ten laste gelegde feit, is te omschrijven als het resultaat van de vrije bewijswaardering van de rechter (Traest, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys en Breesch, 1992, nr. 794). Het Hof van Cassatie zegt uitdrukkelijk dat de rechter de schuld van de beklaagde volgens zijn innerlijke overtuiging beoordeelt, en dat hij hem veroordeelt wanneer hij de menselijke zekerheid heeft dat de beklaagde schuldig is aan het hem ten laste gelegde feit (Cass., 10 november 1992, *Arr. Cass.*, 1992, nr. 726). De vrije appreciatie van bewijsmiddelen zal een uitzondering vinden wanneer de wet bijzondere bewijswaarde toekent aan bepaalde (vaststellingen van) processen-verbaal.

3. In het strafrecht zijn processen-verbaal officiële akten van wettelijk bevoegde officieren of agenten van gerechtelijke politie die tot het bewijzen van een misdrijf strekken en ofwel de vaststelling van bepaalde feiten ofwel de verklaringen van bepaalde personen, met eventueel aanvullende inlichtingen en met inbegrip van de gedane opsporingen, inhouden (Holsters, D., *l.c.*, 1359).

4. De nietigheid van een proces-verbaal heeft geen weerslag op de strafvordering, doch enkel op de bewijslevering. De vervolging en de bestraffing van een misdrijf zijn niet af-

hankelijk van de vaststelling ervan door een proces-verbaal. De processen-verbaal zijn niet de titel, de noodzakelijke basis van een vordering, doch een steunpunt, een bewijsmiddel ter ondersteuning, ervan. Zij zijn een bijzondere bewijsvorm. Het ontbreken ervan of de tekortkomingen eraan kunnen de vervolging schaden, doordat ze aan de rechter een beoordelingselement ontnemen, maar dit ontbreken maakt de vordering niet onontvankelijk en vormt in rechte geen hindernis voor die vervolging. Slechts als de strafvordering uitsluitend steunt op een volstrekt nietig proces-verbaal, maakt deze volstrekte nietigheid van het proces-verbaal de strafvordering niet-ontvankelijk.

5. In beginsel is de opstelling van een proces-verbaal niet aan termijnen onderworpen. Wel zijn er termijnen van overzending voorgeschreven in o.m. de artt. 15, 18 en 20 Sv., die een termijn van opstelling insluiten. Doch deze zijn niet op straffe van nietigheid voorgeschreven (Cass., 9 november 1953, *Arr. Cass.*, 1954, 147). Verder is vereist dat het stuk geschreven is, dat het opgesteld is door de bevoegde persoon, dat het de naam, functie en standplaats van de opsteller inhoudt, dat het gedagtekend en ondertekend is en voldoet aan de taalwetgeving (Verstraeten, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, nr. 274).

6. De processen-verbaal moeten geschreven zijn. Het is evenwel niet vereist dat het proces-verbaal door de verbalisant zelf geschreven is. De uiterlijke vorm, formaat en layout, met inbegrip van het toegepaste procédé (handschrift of machineschrift) zijn van geen invloed op de regelmatigheid van het proces-verbaal (Holsters, D., *l.c.*, 1364). Volgens art. 78 Sv. worden het tussen de regels geschrevene, de overheenschrijvingen, de niet-goedgekeurde doorhalingen en verwijzingen als niet-bestaande beschouwd (Cass., 20 juli 1978, *R. W.*, 1979-80, 303; Cass., 15 september 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 71; Cass., 12 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1201). Volgens vaste rechtspraak zijn de bepalingen van art. 78 Sv. van toepassing bij het opmaken van alle authentieke akten van het strafproces, dus ook processen-verbaal (Cass., 25 april 1979, *Pas.*, 1979, I, 1005; Cass., 14 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 520; Cass., 29 april 1987, *Arr. Cass.*,

1986-87, 1144). Nochtans worden zij enkel als niet bestaande beschouwd wanneer de niet-goedgekeurde doorhalingen, verwijzingen of overschrijvingen betrekking hebben op essentiële vormen van het proces-verbaal (Cass., 2 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1215, met noot A. Vandeplass; Cass., 21 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 880, met noot D. Merckx; Cass., 20 september 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, 71). Indien integendeel de doorhalingen, verwijzingen of overschrijvingen van redactionele aard zijn of betrekking hebben op onbeduidende woorden of niet noodzakelijke bestanddelen, worden zij in de regel in de tekst aanvaard, zelfs al zijn ze niet getekend (Bockstaele, M., *Processen-verbaal*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1994, 58).

7. Om geldig te zijn moeten de processen-verbaal opgesteld zijn door personen, die daartoe de nodige bevoegdheid hebben (Luik, 7 april 1965, *J.T.*, 1965, 366). Deze bevoegdheid om proces-verbaal op te stellen komt in beginsel toe aan de personen die met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie zijn bekleed, binnen de door de wet bepaalde grenzen *ratione materiae* en *loci*. Bepaalde wetten kunnen ook zonder onderscheid aan zowel de agenten als de officieren van gerechtelijke politie de bevoegdheid verlenen om processen-verbaal op te stellen. Het kan gaan om een algemene bevoegdheid tot het opstellen van proces-verbaal. Zo hebben leden van de rijkswacht, gemeentepolitie en gerechtelijke politie bij de parketten een algemene bevoegdheid om misdaden, wanbedrijven en overtredingen te verbaliseren (art. 37, Wet van 2 december 1957 op de rijkswacht, *B.S.*, 12 december 1957; art. 3, Wet van 18 juli 1991, *B.S.*, 26 juli 1991; art. 5, Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, *B.S.*, 22 december 1992).

8. De bevoegdheid kan ook enkel voor bepaalde misdrijven worden verleend omdat in casu een specifieke technische of andere kennis vereist is om die door de Wet aangeduide misdrijven te kunnen vaststellen (zo bv. art. 47, Wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud, *B.S.*, 11 september 1973; art. 3 Wegverkeersreglement). Bloed- of aanverwantschap van de verbalisant met de verdachte of het slachtoffer of nog de gehoorde getuigen is geen oorzaak van nietigheid van het proces-verbaal (Cass., 24 oktober 1960, *Pas.*, 1961, I, 205). De vermelding van hoedanigheid, naam, functie en standplaats van de verbalisant zal het mogelijk maken na te gaan of deze binnen zijn bevoegdheid heeft gehandeld.

9. Het proces-verbaal moet ook gedagtekend en ondertekend zijn. Een vergissing in de datum van de vaststelling van een misdrijf leidt niet tot nietigheid van het proces-verbaal waarbij dit misdrijf wordt vastgesteld, mits de beklaagde zich omtrent het hem ten laste gelegde feit niet heeft kunnen vergissen en zijn recht van verdediging niet geschonden is. Een vergissing in of de afwezigheid van dagtekening tast de geldigheid van het proces-verbaal niet aan, maar beperkt in voorkomend geval de wettelijke bewijswaarde tot inlichting (Cass., 6 december 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, 407; Holsters, D., *l.c.*, 1370). De handtekening daarentegen is wel een substantieel vormvereiste dat is voorgeschreven op straffe van nietigheid. Een ongetekend proces-verbaal is geen proces-verbaal (Holsters, D., *l.c.*, 1366).

10. Ten slotte wordt de taal waarin het proces-verbaal moet worden opgesteld geregeld door art. 11 van de Wet van 15 juni 1935 op het Taalgebruik in gerechtszaken. Volgens dit artikel moet het proces-verbaal opgesteld worden in de taal van de streek. Deze bepaling betreft de taal waarin het pro-

ces-verbaal wordt opgesteld en niet de taalkennis van de opsteller. Er is dus geen schending van art. 11 als een politieambtenaar een onvoldoende kennis heeft van de taal waarin het proces-verbaal is opgesteld (Cass., 27 november 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, 384). Art. 11 wordt aangevuld door de bepalingen van de artt. 31 en 32 van dezelfde wet betreffende de taal waarin de ondervraging en getuigenissen dienen te worden opgetekend (Hayoit de Termicourt, R., «Beschouwingen over de wet van 15 juni 1935», *R.W.*, 1935-36, 33-78). Wanneer verklaringen worden afgenomen van een persoon die niet de taal van de streek spreekt, bestaan drie mogelijkheden. Allereerst kan de verbalisant een beroep doen op een beëdigde vertaler. In het proces-verbaal moet worden vermeld of de vertaler al dan niet beëdigd is. Als een beroep wordt gedaan op een niet beëdigd vertaler is het proces-verbaal nietig in zover het deze verklaring betreft (Antwerpen, 6 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 867; Antwerpen, 24 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 819). De overige vermeldingen van dat proces-verbaal, de andere processen-verbaal en de overige elementen van het strafdossier worden daardoor niet nietig (Cass., 3 oktober 1972, *R.W.*, 1975-76, 867).

11. Vervolgens kan hij ook de verklaring noteren in de taal die door de betrokkene wordt gebruikt. Een persoonlijke vrije omzetting in de taal van het proces-verbaal mag hij niet geven op straffe van nietigheid (Cass., 3 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 131). Ten slotte kan de verbalisant ook aan de betrokkene vragen om zelf zijn verklaring te noteren, die aan het proces-verbaal wordt gehecht (Declercq, R., *La preuve en matière pénale*, Brussel, Swinnen, 1988, 71). Met een arrest van 13 oktober 1981 (Cass., 13 oktober 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, 224) wordt nu wel aanvaard dat, als een verklaring door een persoon wordt afgelegd in een andere taal en in deze taal opgetekend, de verbaliserende agent daar, bij wijze van inlichting, een samenvatting bijvoegt in de taal van het proces-verbaal.

12. De overtreding van genoemde regels i.v.m. de taalwetgeving leidt tot nietigheid die ambtshalve door de rechter moet worden uitgesproken (art. 40, eerste lid, W. 15 juni 1935; Lindemans, L., *Taalgebruik in gerechtszaken*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1973, nr. 177). De nietigheid wegens niet-naleven van de taalwetgeving beperkt zich wel tot de aangevochten verklaring en strekt zich niet uit tot de andere bestanddelen van het proces-verbaal (Cass., 3 oktober 1972, *R.W.*, 1972-73, 611; Cass., 23 april 1991, *Bull.*, 1991, 760). Bovendien wordt een dergelijke nietigheid gedekt door elk niet zuiver voorbereidend vonnis of arrest dat op tegenspraak is gewezen (art. 40, tweede lid, W. 15 juni 1935; Cass., 6 februari 1990, *J.T.*, 1991, 703). Rechtspraak en rechtsleer vulden deze wettelijke voorwaarden aan met de vereisten dat het vonnis of arrest moet zijn gewezen zonder dat een der partijen de nietigheid opwierp of althans op dit punt voorbehoud heeft gemaakt (Cass., 2 maart 1948, *Pas.*, 1948, I, 137), dat het overeenkomstig art. 41 de bepalingen van de wet van 15 juni 1935, toepasselijk op de voorgaande akten van rechtspleging, aangehaald heeft (Cass., 24 mei 1938, *Pas.*, 1938, I, 187) en dat het niet zelf nietig is wegens niet-inachtneming van de wet op taalgebruik in gerechtszaken (Cass., 17 mei 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 1096; Cass., 7 februari 1979, *R.W.*, 1978-79, 902) of wegens andere onregelmatigheden (Cass., 14 juni 1949, *Pas.*, 1949, I, 426). De processen-verbaal of gedeelten ervan die door nietigheid zijn aangetast, dienen uit het debat te worden geweerd (Cass., 3 oktober 1972, *R.W.*, 1972-73,

612; Gent, 29 juni 1970, *R.W.*, 1970-71, 181). Zij kunnen geen enkele bewijswaarde hebben en kunnen derhalve ook niet als eenvoudige inlichting dienen. Niet alleen het proces-verbaal in kwestie maar heel de strafrechtspleging die innig verknocht en samenhangend is met deze akte, dient nietig verklaard te worden indien dit proces-verbaal een essentieel stuk van de hele informatie uitmaakt (Cass., 14 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 1737; Cass., 17 mei 1978, *J.T.*, 1979, 390).

13. Anders is het geval van het proces-verbaal dat niet nietig is wegens niet-naleving van de taalwetgeving maar door andere interne onvolkomenheden en onregelmatigheden, zoals gebrek aan ondertekening, onbevoegde opsteller... Dergelijke nietige processen-verbaal zullen dezelfde bewijswaarde hebben als de regelmatige processen-verbaal waaraan geen wettelijke bewijswaarde is verbonden: beide gelden als eenvoudige inlichting. Zelfs onvolkomenheden die geen nietigheid van het proces-verbaal meebrengen, zoals gebrek aan dagtekening of de niet-vermelding van de identiteit en hoedanigheid van de opsteller(s), zullen in voorkomend geval de bijzondere bewijswaarde aan het betreffend proces-verbaal ontnemen. Het is immers begrijpelijk dat een akte die op zichzelf een strafrechtelijke veroordeling kan rechtvaardigen, die uitwerking slechts kan hebben wanneer ze regelmatig is opgesteld en, zowel naar vorm als naar inhoud, alle waarborgen van waarachtigheid biedt (Holsters, D., *l.c.*, 1370).

14. Een volledig vormelijk regelmatig en met inachtneming van de taalwetgeving opgesteld proces-verbaal is toch volstrekt nietig wanneer het is opgesteld als gevolg van een onrechtmatig optreden (Holsters, D., *l.c.*, 1369 en 1371), aan de hand van vaststellingen die – wegens een onwettige huiszoeking of inbeslagneming (Corr. Brussel, 21 maart 1959, *J.T.*, 1959, 387), wegens onder dwang verkregen bekentenissen, wegens provocatie – onwettig zijn of onverenigbaar met de algemene rechtsbeginselen (Cass., 9 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 411; Cass., 13 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 558; Gent, 22 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 645; Arnou, L., «De inlichtingen omtrent een persoon in een proces-verbaal», *A.J.T.*, 1994-95, 114).

15. Het is nuttig na te gaan wat onder de bewijswaarde van een proces-verbaal moet worden verstaan. De bewijswaarde betreft de vraag in welke mate de rechter het bewijs van de ten laste gelegde feiten mag en eventueel moet zoeken in de gegevens van een proces-verbaal (Declercq, R., *Strafverordering*, Leuven, 1987, 123). Bewijswaarde mag niet worden verward met bewijskracht. De bewijskracht van het proces-verbaal bestaat in de vereiste eerbiediging van hetgeen daarin schriftelijk is vastgelegd, van hetgeen de opsteller of opstellers daarin hebben willen vastleggen, ongeacht de wettelijke bewijswaarde of zelfs de bewijswaarde die daarvan kan of moet worden afgeleid (Holsters, D., *l.c.*, 1362). De bewijskracht van een akte wordt bijgevolg geschonden als de rechter de akte iets doet zeggen wat er niet in staat of, omgekeerd, als hij zegt dat in de akte iets niet te vinden is wat er wel in staat (Cass., 12 december 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 511; Cass., 6 maart 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 929; Cass., 21 oktober 1986, *Pas.*, 1987, I, nr. 112, 224).

16. In sommige gevallen geeft de wet aan een proces-verbaal bijzondere of wettelijke bewijswaarde. Dit is de mate of de graad waarin dit proces-verbaal volgens de wet bewijs oplevert en waardoor de rechter gebonden is (Holsters, D., *l.c.*, 1362); dit zal zijn tot inschrijving van valsheid of tot bewijs

van het tegendeel. Processen-verbaal kunnen slechts wettelijke bewijswaarde hebben wat betreft de vaststelling van politieovertredingen (met inbegrip van de gecontraventionaliseerde wanbedrijven) en wanbedrijven (met inbegrip van de gecorrectionaliseerde misdaden). De processen-verbaal betreffende de vaststelling van misdaden gelden slechts als inlichting (Holsters, D., *l.c.*, 1379, nr. 59).

17. De bijzondere bewijswaarde geldt enkel voor de door de verbalisant persoonlijk, binnen de perken van zijn wettelijke opdracht, regelmatig gedane materiële vaststellingen betreffende de samenstellende elementen van het misdrijf en de aanklevende omstandigheden (Cass., 17 mei 1977, *Pas.*, 1977, I, 954). De rechtspraak heeft dit uitgebreid tot alle materiële elementen die op het misdrijf betrekking hebben (Cass., 17 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1192). Vandaar dat de wettelijke bewijswaarde van een proces-verbaal ook wordt gehecht aan de verklaringen van de verdachte en de getuigenissen van derden die een proces-verbaal inhoudt. Voor de weergegeven bekentenissen en verklaringen zal het proces-verbaal evenwel enkel bewijs opleveren van het feit dat die bekentenissen en verklaringen werkelijk werden gedaan, de waarachtigheid ervan blijft onderworpen aan de gewone bewijsregels (Cass., 6 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1269; Cass., 8 december 1970, *R.W.*, 1971-72, 469; Cass., 22 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 579; Traest, Ph., «Enkele bemerkingen bij de processen-verbaal met bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel», *R.W.*, 1988-89, 883). De bijzondere bewijswaarde is in elk geval niet gehecht aan wat de verbalisant niet zelf vaststelde maar afleidde uit zijn vaststellingen (Cass., 3 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1227; Cass., 22 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 897; Cass., 12 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 962). Ze geldt ook niet voor de gevolgtrekkingen of vermoedens die uit de vaststellingen kunnen worden gehaald (Cass., 11 juni 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1400; Cass., 10 maart 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 905; Cass., 15 januari 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 427). Bovendien geldt de bijzondere bewijswaarde slechts voor het proces-verbaal van vaststelling van de overtreding zelf maar niet voor later verstrekte gegevens vermeld in aanvullende processen-verbaal (Cass., 4 januari 1994, *R.W.*, 1993-94, 1054, met noot A. Vandeplas).

18. De normale bewijswaarde van een proces-verbaal is dat het geldt als inlichting. De rechter moet niet slaafs aannemen wat er in een proces-verbaal staat (Cass., 30 oktober 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 149). Hij is er niet door gehouden. A fortiori oordeelt de rechter vrij over de oprechtheid en de waarachtigheid van de verklaringen die in een proces-verbaal opgetekend zijn en afgelegd door verdachte personen of getuigen (Cass., 22 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 579). De rechter beoordeelt ook de bewijswaarde van een proces-verbaal, al heeft de beklaagde destijds geweigerd dat proces-verbaal te ondertekenen. Verondersteld wordt hierbij dat het stuk aan de vrije bespreking van de partijen werd onderworpen (Cass., 24 februari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 718).

19. Uitzonderlijk wordt door de wet aan processen-verbaal bewijswaarde tot inschrijving van valsheid gehecht. Dit wil zeggen dat, indien de bijzondere rechtspleging van inschrijving van valsheid niet gevoerd wordt, de rechter verplicht is als vaste waarheid aan te nemen wat in het proces-verbaal wordt vastgesteld (Declercq, R., *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1994, nr. 1190). De bewijswaarde tot inschrijving van valsheid is slechts aan een

proces-verbaal gehecht wanneer een wettelijke bepaling uitdrukkelijk die bijzondere bewijswaarde toekent. De vaststellingen van het proces-verbaal waaraan die bijzondere wettelijke bewijswaarde is gehecht, vormen voor de rechter de niet-betwistbare juridische waarheid zolang de valsheid ervan niet door de daartoe voorgeschreven procedure is aangetoond (Holsters, D., *l.c.*, 1385, nr. 74). Deze procedure wordt beheerst door de artt. 458 tot 464 Sv. Het gaat dan om een valsheidsincident dat het proces-verbaal en niet de opsteller ervan tot voorwerp heeft. De opsteller van het proces-verbaal kan in dat geval evenwel vervolgd worden wegens valsheid in geschrifte en gebruik van valse akte. Het ontvangen van de inschrijving van valsheid zal tot gevolg hebben dat de rechter de beoordeling van het misdrijf waarop het proces-verbaal betrekking heeft, dient op te schorten. Deze processen-verbaal betreffen evenwel uitzonderlijke gevallen zoals bijvoorbeeld bepaalde processen-verbaal inzake bosmisdrijven, bepaalde processen-verbaal inzake vaststelling van zittingsmisdrijven... (Holsters, D., *l.c.*, 1435 en 1450).

20. Een derde soort proces-verbaal geldt tot bewijs van het tegendeel. In dat geval moet de waarheid door de rechter aangenomen worden zolang de belanghebbende partij de onjuistheid van die vermelding niet heeft aangetoond (Cass., 6 januari 1964, *Pas.*, 1964, I, 470). Ook het gerecht zelf kan een onderzoek instellen omtrent de juistheid van de inlichtingen. Het kan dan afwijken van de inhoud van het proces-verbaal maar enkel op grond van een uitdrukkelijke motivering waarin het aangeeft op grond van welke elementen het tegendeel is bewezen (Cass., 7 juni 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 572; Arnou, L., *l.c.*, 113). Het tegenbewijs kan geleverd worden door alle wettelijke bewijsmiddelen. Het volledig bewijs van de onjuistheid van de betreffende vaststelling van het proces-verbaal moet geleverd zijn; wanneer er twijfel blijft, moet de veroordeling volgen. Hier geldt dus in tegenstelling tot het proces-verbaal zonder wettelijke bewijswaarde de niet «in dubio pro reo» (Holsters, D., *l.c.*, nr. 89).

21. De bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel geldt voor: a) de processen-verbaal die worden opgesteld in de uitvoering van de artt. 11 en volgende Wetboek van Strafvordering; b) de processen-verbaal die door de procureur des Konings, de onderzoeksrechter en de officieren van gerechtelijke politie, hulpofficieren van de procureur des Konings, worden opgesteld inzake de vaststelling van wanbedrijven op heterdaad of op verzoek van het hoofd van het huis; c) de processen-verbaal die worden opgesteld door bevoegde personen die door een bijzondere wet uitdrukkelijk voor de vaststelling van bepaalde misdrijven worden aangewezen (conclusie Hayoit de Termicourt voor Cass., 19 oktober 1952, *Pas.*, 1952, I, 439). Deze bevoegdheid van bepaalde ambtenaren om bepaalde misdrijven vast te stellen doet geen afbreuk aan de algemene vaststellingsbevoegdheid van officieren en agenten van gerechtelijke politie. De processen-verbaal die door dezen worden opgesteld in het kader

van hun algemene vaststellingsbevoegdheid, hebben dan geen wettelijke bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel maar hebben enkel bewijswaarde als inlichting (Cass., 24 januari 1966, *R.D.P.*, 1965-66, 591). Gevallen waarin het proces-verbaal geldt tot het bewijs van het tegendeel zijn te vinden inzake verkeer in art. 62 Wegverkeerswet en inzake douane en accijnzen in art. 272 Algemene Wet op de douane en accijnzen.

22. Ten slotte wordt soms voorgeschreven dat een afschrift van het proces-verbaal binnen een bepaalde termijn aan de overtreder wordt gezonden. Deze verplichting geldt enkel wanneer de wet het uitdrukkelijk bepaalt (Cass., 23 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 589). De sanctie van het niet vervullen van deze formaliteit waar deze is voorgeschreven, wordt in sommige wetten bepaald, in andere niet. De nietnaleving van dit voorschrift leidt enkel ipso facto tot nietigheid wanneer de wet deze sanctie bepaalt (Cass., 24 oktober 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 267). Dit is o.m. het geval in meerdere sociale wetten (bv. art. 54, wet van 5 december 1968 op de collectieve arbeidsovereenkomsten; art. 5, wet van 28 juni 1971 betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers). Dergelijke processen-verbaal moeten in voorkomend geval uit het debat worden geweerd en mogen zelfs niet als inlichting worden gebruikt. De nietigheid van het proces-verbaal is niet beperkt tot de vaststellingen gedaan door de verbalisanten, maar strekt zich ook uit tot de verklaringen van de geverbaliseerde (Arbh. Bergen, 7 november 1990, *Jur. Luik*, 1991, 8). Een veroordeling door de strafrechter, uitsluitend gebaseerd op gegevens van een dergelijk proces-verbaal, is onwettig (Cass., 24 oktober 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 119; Arbh. Luik, 13 november 1990, *J.T.T.*, 1991, 377; Traest, Ph., *o.c.*, 440). De erin aangebrachte feiten mogen niet meer gebruikt worden voor een nieuw proces-verbaal. Dit betekent evenwel niet dat de vervolging in haar geheel tot staan gebracht is (Bockstaele, M., *o.c.*, 39). Het bewijs van het misdrijf mag door alle andere middelen rechtens geleverd worden, bv. door verklaringen van getuigen ter zitting, met inachtneming van het recht van verdediging (Cass., 5 april 1954, *Pas.*, 1954, I, 689; Brussel, 25 oktober 1961, *R.W.*, 1961-62, 1203).

23. Indien de wet de toezending aan de overtreder niet op straffe van nietigheid voorschrijft, moet worden nagegaan of de onregelmatigheid heeft geleid tot een schending van het recht van verdediging. Als dit het geval is, gaat elke bewijswaarde van het proces-verbaal verloren (Luik, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 506; Antwerpen, 18 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 856). Anders is de enige sanctie dat de bijzondere bewijswaarde vervalt; het proces-verbaal geldt dan slechts als inlichting (Cass., 16 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 295; Cass., 2 en 22 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 106 en 239).

Elke VAN MUYLEM
Instituut Strafrecht K.U.L.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 JUNI 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Simont en Bützler

Huur – 1. Levering van het gehuurde goed – Wezenlijke verplichting – Contractuele beperking van de omvang – 2. Tenietgaan van het gehuurde goed door toeval – Ontbinding van de overeenkomst – Toepassing van het gemene recht

1. *De verplichting die krachtens art. 1719 B.W. op de verhuurder rust om het gehuurde goed te leveren, is een wezenlijke verplichting van de huurovereenkomst. De partijen mogen evenwel de omvang ervan beperken, inzonderheid tot de louter materiële daad van het ter beschikking stellen van de huurder van de beloofde zaak.*

2. *De bepaling van art. 1722 B.W. inzake het tenietgaan, door toeval, van het verhuurde goed, maakt slechts toepassing van de rechtsregel volgens welke, in wederkerige overeenkomsten, het tenietgaan door overmacht van de verplichtingen van de ene partij leidt tot het tenietgaan van de correlatieve verplichtingen van de andere partij en bijgevolg de ontbinding van de overeenkomst verantwoordt.*

Faillissement Z. t/ S.C.S. L.

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

...

Overwegende dat het arrest zegt: «dat naar luid van de overeenkomsten en de daarbij gevoegde algemene voorwaarden, de wezenlijke verplichting van (verweerster) erin bestond om 'inzonderheid te verhuren, en volgens de specificaties van de huurder (Z.) bij de (door de huurder op zijn verantwoordelijkheid gekozen) leverancier' een pers en fotozetmachine aan te kopen, waarbij het materiaal 'rechtstreeks door de leverancier wordt geleverd en door de huurder in ontvangst wordt genomen', en de rol van verweerster – die een financiële onderneming is die helemaal niet van plan is een machinepark op te starten – beperkt blijft tot de financiering van de verrichting; dat de verplichting van de lessee Z. erin bestond gedurende een vaste periode van vijf jaar per kwartaal een bepaald bedrag te betalen 'dat overeenstemt met de aangenomen economische waarde van het gehuurde materiaal' en dat is bepaald rekening houdend met de investering van (verweerster), die aldus in vijf jaar het geïnvesteerde geld kon terugkrijgen vermeerderd met een financiële last die haar vergoeding en die van het geïnvesteerde kapitaal dekt; dat voor een pers en een fotozetmachine van dat type vijf jaar de aangenomen normale duur van het economisch gebruik vertegenwoordigt; dat Z. na verloop van die vijf jaar de eigendom van die machines kon verwerven als hij respectievelijk 254.000 en 52.000 frank betaalde,

welke bedragen in de overeenkomsten uitdrukkelijk als 'aangenomen restwaarde' worden aangewezen; dat in de gegeven omstandigheden die waarde belachelijk noch symbolisch was; dat rekening houdend met de wisselvalligheid van de overeenkomsten, de keuzemogelijkheid van Z. voor reëel moet worden gehouden»;

Overwegende dat het arrest aldus vaststelt dat de overeenkomsten tussen verweerster en Z. de wezenlijke kenmerken van een financieringshuur vertonen;

Overwegende dat het arrest niet oordeelt dat die overeenkomsten huurovereenkomsten uitmaken; dat het arrest immers erop wijst dat «die overeenkomsten, hoewel zij verschillende bewoordingen uit de overeenkomst van huur van goederen overnemen, grondig verschillen van de 'traditionele huur' in de economische werkelijkheid»; «dat (verweerster) alle verplichtingen die doorgaans op de eigenaar rusten ten laste van de gebruiker heeft gelegd en zich bij overeenkomst heeft vrijgemaakt van de verplichtingen die krachtens het gemene recht ten laste van een 'verhuurder' vallen», dat «de omvang van de huurprijs niet is vastgesteld als een prijs die het genot van het materiaal beoogt te vertegenwoordigen»;

Overwegende dat uit de beschouwingen en vaststellingen van het arrest evenwel volgt dat de huurovereenkomst een van de elementen blijft van de ingewikkelde overeenkomsten die het hof van beroep onderzoekt, nu de werkelijke bedoeling van de partijen is geweest dat gedurende vijf jaar aan de «lessee» tegen vergoeding een persoonlijk genotsrecht wordt verleend op het materiaal dat verweerster voor verhuur heeft aangekocht;

Overwegende dat het hof van beroep na onderzoek en rekening houdend met het doorslaggevend element van de overeenkomsten oordeelt: «dat de partijen ongeveinsd en uit vrije wil twee overeenkomsten hebben gesloten die de wezenlijke kenmerken van een financieringshuur vertonen, – dat wil zeggen een overeenkomst sui generis, die autonoom en onsplitsbaar is, en die niet aangemerkt worden als een loutere opeenstapeling van benoemde overeenkomsten –, zodat het hof, bij ontstentenis van aantasting van de openbare of van de goede zeden, verplicht is de in de overeenkomsten vastgelegde regels toe te passen, zelfs als die, in voorkomend geval, afwijken van de suppletieve bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake overeenkomsten en verbintenissen»;

Overwegende dat de verplichting die krachtens artikel 1719 van het Burgerlijk Wetboek op de verhuurder rust om het gehuurde goed te leveren een wezenlijke verplichting van de huurovereenkomst is; dat de partijen de omvang ervan evenwel mogen beperken; dat de verplichting tot levering inzonderheid kan worden beperkt tot de louter materiële daad van het ter beschikking stellen van de huurder van de beloofde zaak; dat het arrest dienaangaande erop wijst, dat «de lessor vanaf de dag van de levering (tijdstip waarop de termijn begint te lopen waarvoor de 'huur' is aangegaan), zijn wezenlijke verplichting werkelijk helemaal heeft uitgevoerd, die erin bestaat de gehele verrichting te financieren

van het 'aankopen van het materiaal met de speciale bedoeling om het te verhuren';

Overwegende dat de bepaling van artikel 1722 van het Burgerlijk Wetboek inzake het tenietgaan, door toeval, van het verhuurde goed, slechts toepassing maakt van de rechtsregel volgens welke, in wederkerige overeenkomsten, het tenietgaan door overmacht van de verplichtingen van de ene partij leidt tot het tenietgaan van de correlatieve verplichtingen van de andere partij en bijgevolg de ontbinding van de overeenkomst verantwoordt; dat het arrest zegt dat «in de specifieke context van een financieringshuur, het geheel tenietgaan of het verlies van het materiaal tijdens de overeenkomst, zelfs door overmacht, niet belet dat de lessor, vanaf de dag van de levering werkelijk geheel zijn wezenlijke verplichting, te weten de financiering van de volledige verrichting van 'aankoop van het materiaal inzonderheid om het te verhuren' heeft uitgevoerd», terwijl L.Z. verplicht was «gedurende een vaste periode van vijf jaar, elk kwartaal een bepaalde som te betalen»; dat het aldus erop wijst dat in de huurfinanciering de verplichting van de ene partij onmiddellijk wordt uitgevoerd terwijl die van de andere partij op openvolgende tijdstippen wordt uitgevoerd;

Overwegende dat het invoegen van een beding dat bepaalt «dat de huurder, bij geheel of gedeeltelijk verlies van het genot van het gehuurde materiaal, geen schorsing of beëindiging van de huurovereenkomst kan aanvoeren» bijgevolg niet onverenigbaar is met de overeenkomsten zoals ze door het hof van beroep worden omschreven;

Dat daaruit volgt dat het hof van beroep, zonder schending van de in het middel aangewezen wetsbepalingen, heeft kunnen beslissen dat de overeenkomsten die de partijen «huurfinancieringsovereenkomsten» hebben genoemd, in tegenstelling tot hetgeen de eiseres aanvoeren, geen koop op afbetaling uitmaken en dat verweerder, nu de gefailleerde L.Z. de koopoptie niet heeft gelicht, eigenaar van het materiaal was gebleven;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 17 OKTOBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Arbeidsongeval – Uitkeringen – Arbeidsongeschiktheid – Basisloon – Gepensioneerde – Toegelaten arbeid – Werkelijk loon – Pensioenreglementering – Loongrens – Lager loon – Hypothetisch loon

Het basisloon van de gepensioneerde die binnen de wettelijk toegestane grenzen loonarbeid verricht, is het werkelijke loon dat hem verschuldigd is als tegenprestatie voor de toegelaten arbeid. Wanneer dat loon lager is dan het hoogste loon dat de pensioenreglementering toestaat, mag het niet worden aangevuld met een «hypothetisch» loon.

N.V. G. t/ H.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 april 1993 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

...

Overwegende dat voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 als loon wordt beschouwd ieder bedrag of ieder in geld waardeerbaar voordeel dat rechtstreeks of onrechtstreeks door de werkgever aan zijn werknemer wordt toegekend ingevolge de tussen hen bestaande arbeidsverhouding;

Overwegende dat artikel 37 van die wet bepaalt dat, wanneer de getroffene krachtens een sociale-zekerheids- of sociale-voorzorgstelsel uitkeringen geniet die slechts toegekend worden op voorwaarde dat de wettelijk vastgestelde perken van toegelaten arbeid voor gepensioneerden niet worden overschreden, het basisloon wordt vastgesteld uitsluitend met inachtneming van het loon dat verschuldigd is ingevolge het verrichten van de toegelaten arbeid;

Dat die bepaling het loon bedoelt dat aan de gepensioneerde verschuldigd is als tegenprestatie voor de toegelaten arbeid die hij ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst heeft verricht;

Overwegende dat het arrest die bepaling schendt door te beslissen dat verweerdere basisloon krachtens die bepaling diende te worden vastgesteld met inachtneming van het hoogste loon dat is toegestaan door de reglementering inzake pensioenen en dat verweerdere loon, nu het lager was dan dat hoogste loon, daarom diende te worden aangevuld met een hypothetisch loon;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 3 NOVEMBER 1994

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. De Bruyn en Delahaye

Dwangsom – Vrijstelling – Voorwaarde

Alleen de vaststelling door de rechter van de onmogelijkheid voor de schuldenaar om aan de hoofdveroordeling te voldoen kan de rechter in staat stellen een vrijstelling van betaling van de dwangsom toe te staan.

N.V. S. t/ N.V. O.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juli 1993 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1385bis, eerste lid, 1385quater en 1385quinquies van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest eiseres veroordeelt om een dwangsom van 1.250.000 frank te betalen vermeerderd met de gerechtelijke interest en de rente, op grond: «met betrekking tot het eisbaar karakter van de dwangsom, dat (eiseres) tevergeefs betoogt dat de vereisten voor het verschuldigd zijn van een dwangsom te dezen geenszins waren vervuld, omdat de druk-

ker S. om redenen buiten zijn wil de tijdschriften aan de N. via Parijs had geleverd in plaats van de voor appellante (thans verweerster) bestemde exemplaren rechtstreeks naar België te sturen en dat er bovendien een vergissing bij het inpakken was begaan, aangezien in 800 van de 8000 exemplaren de Belgische bijlage ontbrak, welke moeilijkheden voor de volgende nummers werden opgelost; dat die omstandigheden immers geen onmogelijkheid uitmaken, in de zin van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek, om de veroordeling uit te voeren, en dat bovendien, zoals (verweerster) terecht beklemt, de fout of de tekortkomingen van degene die voor (eiseres) met de uitvoering zijn belast, voor die partij geen vreemde oorzaak uitmaken»,

terwijl ingevolge artikel 1385*bis*, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, de rechter de schuldenaar kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn; artikel 1385*quinquies* daaraan toevoegt dat de rechter die een dwangsom heeft opgelegd de dwangsom kan opheffen of opschorten in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen; uit die bepalingen blijkt dat de dwangsom een straf is, een middel om de uitvoering op te leggen, en geen vergoeding van de schade die voortvloeit uit de wanuitvoering van de veroordeling; het eisbaar karakter ervan derhalve impliceert dat de veroordeelde zich heeft willen onttrekken aan de uitvoering van de veroordeling of zich althans heeft onthouden niettegenstaande de betekening van de beslissing waarbij hij is veroordeeld; het arrest tevergeefs opwerpt dat de uitvoering te dezen niet onmogelijk was; het niet de vraag is of eiseres aan de veroordeling had kunnen voldoen, maar of de dwangsom verbeurd is (artikel 1385*quater*), terwijl eiseres het bevel van de rechter helemaal niet heeft veronachtzaamd; zij in werkelijkheid niet verbeurd is en door de rechter niet kon worden vereffend, nu het arrest niet ontkent dat eiseres de veroordeling heeft willen uitvoeren en aldus de beslissing van het gerecht heeft willen naleven; daaruit volgt dat het arrest, door eiseres te veroordelen tot betaling van een geldsom van 1.250.000 frank als dwangsom, op grond dat de uitvoering van het bevelschrift van 2 oktober 1990 niet onmogelijk is, maar dat de wanuitvoering te wijten is aan de tekortkoming van «de persoon die door eiseres met de uitvoering is belast», zonder vast te stellen dat die tekortkoming gewild was of althans aanvaard werd, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van de in de aanhef van het middel aangewezen wetsbepalingen):

Overwegende dat artikel 1385*bis* van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat «de rechter op vordering van één der partijen de wederpartij kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn»; dat die bepaling, voor het verschuldigd zijn van de dwangsom, niet vereist dat de wanuitvoering van de hoofdveroordeling te wijten is aan een weloverwogen bedoeling van de schuldenaar om daaraan niet te voldoen;

Overwegende dat, naar luid van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek, «de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde de dwang-

som kan opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom vermindere(n) ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen»; dat uit dat artikel volgt dat alleen de vaststelling door de rechter van de onmogelijkheid voor de schuldenaar om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de rechter in staat kan stellen gehele of gedeeltelijke vrijstelling van betaling van de dwangsom toe te staan;

Dat het hof van beroep, nu het vaststelt dat eiseres niet voldaan had aan de te haren laste uitgesproken hoofdveroordeling en oordeelt dat de door haar aangevoerde omstandigheden geen onmogelijkheid vormen in de zin van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek om aan die veroordeling te voldoen, zijn beslissing dat de voorwaarden voor het opeisbaar karakter van de dwangsom vervuld waren, naar recht verantwoordt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 JANUARI 1995

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. De Bruyn

Natuurrramp – 1. Aanvraag niet ontvankelijk verklaard wegens niet overlegging van stukken – Hof van beroep – Taak – 2. Financiële tegemoetkoming – Vaststelling

1. In het geval dat de provincie-gouverneur een aanvraag tot financiële tegemoetkoming niet ontvankelijk heeft verklaard, o.m. wegens niet-overlegging van bepaalde bewijsstukken, brengt de belanghebbende door zijn voorziening voor het hof van beroep noodzakelijkerwijze de niet-ontvankelijkverklaring opnieuw ter sprake. Wanneer het hof van beroep wordt aangezocht om over dat punt uitspraak te doen, kan het de oorspronkelijke aanvraag ontvankelijk verklaren als het vaststelt dat de bewijsstukken intussen zijn overgelegd.

2. Art. 10 van de wet van 12 juli 1976 wordt geschonden door de rechter die aan een door een natuurramp getroffen een met de totale schade overeenkomend bedrag toekent zonder rekening te houden met de berekeningswijzen en het abatement bedoeld in dat artikel.

Belgische Staat t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 september 1992 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Over het eerste middel: (...)

Overwegende dat luidens de artikelen 5 en 4 van het koninklijk besluit van 18 augustus 1976 tot vaststelling van de vorm en de termijn van indiening der aanvragen tot financiële tegemoetkoming wegens schade aan private goederen veroorzaakt door natuurrampen (algemene rampen of landbouwrampen), de aanvraag tot tegemoetkoming, op straffe van uitsluiting, ingediend moet worden vóór het verstrijken

van de zesde maand volgend op de maand waarin het koninklijk besluit, bedoeld in artikel 2, § 2, van de wet van 12 juli 1976, in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt en dat die aanvraag tot tegemoetkoming moet worden gesteund door alle bewijsstukken tot staving van de hoedanigheid van de aanvrager alsmede het bestaan en de omvang der schade;

Overwegende dat het arrest vaststelt, enerzijds, dat de aanvraag tot vergoeding is ingediend op 25 augustus 1981, dus zes dagen vóór het verstrijken van de op straffe van uitsluiting voorgeschreven termijn, anderzijds, dat de provincie-gouverneur de oorspronkelijke aanvraag niet ontvankelijk heeft verklaard «op grond dat bepaalde wettelijk vereiste administratieve stukken niet bij het dossier van de procedure zijn gevoegd»;

Overwegende dat luidens artikel 24 van de wet van 12 juli 1976 de door de belanghebbende of door de minister ingestelde voorziening aan beide partijen de mogelijkheid biedt alle punten van de bestreden beslissing opnieuw ter sprake te brengen;

Dat, derhalve, in het geval dat de provincie-gouverneur een aanvraag niet ontvankelijk heeft verklaard, onder meer, wegens niet-overlegging van bepaalde bewijsstukken, de belanghebbende door zijn voorziening voor het hof van beroep noodzakelijkerwijze de niet-ontvankelijkverklaring opnieuw ter sprake brengt; dat het hof van beroep, wanneer het wordt aangezocht om over dit punt uitspraak te doen, de oorspronkelijke aanvraag ontvankelijk kan verklaren als het vaststelt dat de bewijsstukken intussen zijn overgelegd;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel: (...)

Overwegende dat uit het arrest volgt dat het bedrag van 183.456 frank, zijnde het bedrag van de toegekende herstelvergoeding, overeenkomt met de totale, door verweerder geleden schade;

Overwegende dat het arrest, nu het dit bedrag toekent zonder rekening te houden met de berekeningswijzen en het abattement bedoeld in artikel 10 van de wet van 12 juli 1976, die wetsbepaling schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – Zie Cass., 3 juni 1993, *R.W.*, 1993-94, 550.

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER – 26 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. Thybergin en De Cooman

Advocaten: mrs. Danneels, Carnewal, Hubené, Van Poucke, Vandelacluze en Van Oudenhove

1. Architect – Aansprakelijkheid – Conceptiefouten – Verkeerde materiaalkeuze – Voorschrijven van nieuw materiaal – Bijzondere voorlichtingsplicht – 2. Koop – Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken – Professionele verkoper – Producent, importeur en detaillist – Onvolledige en misleidende technische steekkaart – Verkeerd gebruik van het produkt – Vrijwaring door producent en invoerder

1. T.o.v. de opdrachtgever is de architect principieel gehouden voor de conceptiefouten en derhalve voor de verkeerde materiaalkeuze, tenzij hij erin slaagt aan te tonen dat zijn foute keuze het gevolg is van overmacht of van een onoverkomelijke dwaling.

De aansprakelijkheid van de architect komt in het gedrang wanneer hij een nieuw materiaal voorschrijft of meent te kunnen afwijken van hetgeen hij tot dan toe voor soortgelijke dakconstructies had voorgeschreven, zonder zich vooraf en op een heel bijzondere wijze te hebben ingelicht en/of laten voorlichten door een notoir en betrouwbaar deskundige.

2. De producent die een produkt op de markt brengt, uitvoert en door professionele verkopers laat verkopen en bij dat produkt een onvolledige en misleidende technische steekkaart voegt, dient in te staan voor de schadelijke gevolgen van een normaal te voorzien maar, gezien de structuur van het produkt, verkeerd gebruik van zijn produkt.

De importeur en de verkoper van een produkt moeten er als professionele verkopers op toezien dat zij zich voldoende vergewissen van de toepassingsmogelijkheden van elk nieuw produkt en worden, zoals de producent, geacht de beperkingen en gebreken ervan te kennen, behoudens als zij overmacht of een onoverkomelijke dwaling kunnen bewijzen.

De producent en de importeur dienen de verkoper te vrijwaren, omdat deze ervan uit mag gaan dat de producent en de importeur hun technische steekkaart met kennis van zaken en op een technisch verantwoorde manier opstellen, zodat het produkt dat de verkoper bij vaklui en potentiële klanten aanbeveelt, beantwoordt aan alle in die steekkaart opgesomde technische kwaliteiten.

B.V.B.A. Gebroeders T. t/D. e.a.

A. Antecedenten

1. In de loop van 1976 laten de echtgenoten D.-C., eerste geïntimeerden – verder te noemen de opdrachtgever – in S. een woning optrekken volgens de plans en het bestek opge maakt door architect M., tweede geïntimeerde – verder te noemen de architect – en onder diens toezicht, door de B.V.B.A. Gebroeders T., appellante – verder te noemen de aannemer.

Voor de bedekking van het plat dak wordt gebruik gemaakt van een vezelplaat aangekocht bij de N.V. O., derde geïntimeerde – verder te noemen de verdeler –, die ze zelf heeft betrokken bij de N.V. U., vijfde geïntimeerde – verder te noemen de invoerder – en geproduceerd door de vennootschap naar Frans recht S.A. P., vierde geïntimeerde – verder te noemen de producent.

2. Wanneer de opdrachtgever in de maand oktober 1983 ernstige verzakkingen van de dakbedekking vaststelt, laat hij overgaan tot dagvaarding in kort geding van de aannemer en de architect, ten einde een deskundigenonderzoek te horen bevelen.

Ten verzoeken van de architect worden de producent en de verdeler van de vezelplaten gedagvaard tot gedwongen tussenkomst.

Zo is het dat, bij presidiale beschikking van 1 december 1983 ir.-arch. Van Besien wordt aangesteld met als opdracht o.m.: «1) de schade en gebreken aan bedoelde dakconstructie te onderzoeken en te beschrijven; 2) de oorzaken van de gebreken op bouwtechnisch gebied op te sporen en te adviseren of het om een conceptie- en/of uitvoeringsfout gaat en

of er risico voor verdere schade is; 3) te zeggen hoe de gebreken hersteld kunnen worden en de kostprijs hiervan evenals de duur van de eventuele gebruiksduering tijdens de herstellingswerken en de blijvende minwaarde te bepalen; 4) de eventuele dringende maatregelen ter voorkoming van verdere schade aan te geven;...».

3. Reeds in een eerste voorverslag van 22 maart 1984, wijst de deskundige erop dat de hoofdoorzaak van de problemen met het platdak van het «koude» type te zoeken is in het gebruik van een vezelplaat die niet geschikt is voor deze toepassing en verder te wijten is aan een gebrekkige uitvoering van het dampscherm.

Hij wijst erop dat dringend tot herstelling moet worden overgegaan en stelt trouwens voor hoe de dakbedekking het best wordt uitgevoerd.

Wanneer de originele dakbedekking wordt afgebroken, stelt de deskundige vast dat *alle* platen doorbuigen en schade vertonen maar dat de degeneratie het grootst is daar waar het dampscherm – dat volgens dezelfde zeer slordig is aangebracht, op vele plaatsen doorprikt door het plaatsen van verlichtingsarmaturen en ventilatiekokers, op andere plaatsen te kort is afgesneden – is doorboord. Boven de badkamer zijn de platen zelfs volledig ontbonden.

Na uitvoering der werken heeft de deskundige ook de kostprijs ervan nagezien en hij is van oordeel dat een bedrag moet aangehouden worden van:

totale kostprijs	838.288
meerwaarde	-112.278

	726.010

In zijn eindverslag, dat hij, na geantwoord te hebben op de opmerkingen van partijen, afsluit op 22 oktober 1984, besluit de deskundige dat de aangeklaagde gebreken te wijten zijn:

- voor 50% aan een uitvoeringsfout van de aannemer die zijn dampscherm gebreking heeft geplaatst,
- voor 50% aan een foutieve materiaalkeuze door de architect, misleid door de documentatie van de producent.

Na de neerlegging van zijn verslag ontvangt de deskundige nog opmerkingen van de diverse partijen die hij – tot tweemaal toe – beantwoordt.

In een eerste antwoord, van 15 februari 1985, staat het besluit te lezen: «Het staat onbetwistbaar vast dat de architect werd misleid door foutieve informatie.»

In zijn tweede antwoord van 14 maart 1985, besluit hij uiteindelijk dat de tekortkomingen aan het dampscherm van de volgende aard zijn: «*niet goed aansluiten aan de muren*: uitvoeringsfout door aannemer T.; beschadigingen toegebracht door de aannemer van het vals plafond en elektriciteit: gebrek aan coördinatie en toezicht van de architect.»

...

B. De aansprakelijkheid

1. Lezing van de overgelegde stukken, de diverse verslagen van het W.T.C.B. en van andere organismen en van het deskundigenverslag leert het Hof dat – op het ogenblik van de conceptie en de realisatie van de woning – een plat dak van het koude type, zoals geconcepieerd door de architect en uitgevoerd door de aannemer, algemeen aangemerkt en aanvaard werd als een goed type van plat dak.

Men hoeft daartoe slechts te verwijzen naar hetgeen het Wetenschappelijk Technisch Centrum van de Bouwnijverheid in december 1974 – in een speciaal aan platte daken ge-

wijd nummer, waarin de voordelen van het koud dak in het daglicht worden gesteld – daarover heeft gepubliceerd.

Dat hetzelfde organisme in de tachtiger jaren – na een reeks negatieve ervaringen – haar oordeel over dat type dak totaal heeft herzien en volledig gewijzigd, is een feit, maar daar kan de architect, die met de nodige ernst en studie meerdere woningen met zo'n dak heeft geconcepieerd en laten realiseren, niet voor opdraaien.

De problemen voor de opdrachtgever zijn te dezen echter niet zozeer te wijten aan het type van plat dak maar zijn, aldus de deskundige, toe te schrijven aan een verkeerde materiaalkeuze voor het dragend element en de slordige plaatsing van het dampscherm.

Vandaar dat het Hof in de eerste plaats moet nagaan of en in welke mate de architect aansprakelijk is voor de materiaalkeuze, nadien of en in welke mate de aannemer aansprakelijk is voor de slechte plaatsing van het dampscherm en uiteindelijk of de architect daarbij niet is tekortgeschoten in zijn plicht van coördinatie en toezicht.

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de architect voor zijn materiaalkeuze rijst ook het probleem van de mogelijke aansprakelijkheid van de verdeler, invoerder en producent van de platen, die de architect heeft voorgeschreven als dragende elementen.

2. T.o.v. de opdrachtgever is de architect principieel gehouden voor de conceptiefouten en derhalve voor de verkeerde materiaalkeuze tenzij hij erin zou slagen, hetgeen het geval niet is, aan te tonen dat zijn foute keuze het gevolg is van overmacht of een onoverkomelijke dwaling.

Zijn aansprakelijkheid komt des te meer in het gedrang wanneer hij, zonder zich vooraf en op een heel bijzondere wijze, zowel op het wetenschappelijk als op het technisch vlak, te hebben ingelicht en/of laten voorlichten door een notoir en betrouwbaar deskundige, een nieuw materiaal voorschrijft, of, zoals te dezen, meent te kunnen afwijken van hetgeen hij tot dan toe voor gelijkaardige dakconstructies had voorgeschreven (cf. P. Rigaux, *Le Droit de l'Architecte. Evolution des 20 dernières années*, nr. 240, pp. 235 e.v.).

De architect heeft zich, naar eigen zeggen, met betrekking tot de litigieuze constructie laten leiden door enerzijds de technische fiche van de producent en anderzijds door de «commerciële» talenten van de vertegenwoordiger van de P-vezelplaat.

Door, zoals hij zelf toegeeft, zich uitsluitend door deze gegevens te hebben laten leiden bij zijn besluitvorming is de architect tekortgeschoten in zijn verplichting, minstens met betrekking op bouwelementen die mede de stabiliteit en de stevigheid van het gebouw bepalen, zich op een heel bijzondere wijze in te lichten nopens de geschiktheid van het produkt als dragend element van een plat dak van het koude type.

Zulks klemmt des te meer nu blijkt dat de technische fiche van het voorgeschreven produkt helemaal niet zo duidelijk is met betrekking tot de gebruiksmogelijkheden, terwijl niet uit te sluiten is dat de verkopers van het produkt daarvan handig gebruik proberen te maken.

Zo tenslotte al aangenomen kan worden dat de architect, zoals hij in zijn conclusie stelt, jegens de opdrachtgever in globo gehouden is door een inspanningsverbintenis, dan mag hij hoe dan ook geen enkele, ook niet de minste, fout begaan in zijn conceptie met betrekking tot die elementen van het gebouw die een onmiddellijke weerslag hebben op de

stabiliteit en waaromtrent zijn tienjarige aansprakelijkheid in het gedrang komt.

Zoals voor de eerste rechter blijft de architect derhalve aansprakelijk voor zijn foute materiaalkeuze.

3. Uit de vaststellingen van de deskundige blijkt dat de aannemer het dampscherm zeer slordig heeft aangebracht en op plaatsen te kort heeft afgesneden.

Wanneer hij het heeft over de slordige uitvoering merkt de deskundige op dat het scherm op vele plaatsen is doorboord tengevolge van het plaatsen van verlichtingsarmaturen en ventilatiekokers, hetgeen uiteindelijk blijkt te zijn toe te schrijven aan andere aannemers dan appellante en hem ten slotte ook doet besluiten tot een gebrek aan coördinatie en toezicht van de architect.

De vraag te dezen is of het slordig geplaatst dampscherm wel medeoorzaak is van de aangeklaagde gebreken, het vermolmen van de dragende dakelementen, en om die vraag te beantwoorden dient men zich opnieuw te stellen op het ogenblik dat het gebouw werd ontworpen en werd gebouwd, nl. in 1975-1976.

Grondige lezing van alle overgelegde technische verslagen, vooral die welke het W.T.C.B. in die jaren en voordien heeft gepubliceerd, leert het Hof dat toen de stelling werd verdedigd dat, behalve in gebouwen en plaatsen waarin meestal een grote warmte en een groot vochtigheidsgehalte heerst (zoals bv. in zwambaden en sauna's), in een plat dak van het koude type *geen* dampscherm geplaatst hoefde te worden en, zo er toch een werd geplaatst, dan was dit in de eerste plaats om de thermische isolatie, die in het onderhavige geval gaaf is gebleven, te beschermen.

Eerst in de tachtiger jaren, toen het W.T.C.B. en andere bouwtechnische specialisten in binnen- en buitenland, geconfronteerd met de vele schadegevallen, een heel ander type plat dak zijn gaan concipiëren en verdedigen, is men het wezenlijk belang van een degelijk en zorgvuldig geplaatst dampscherm gaan inzien.

De concrete functie in het onderhavige geval aan het dampscherm gegeven legt meteen uit waarom noch de aannemer, noch de architect bij het optrekken van de dakbedekking en ook daarna geen bijzondere aandacht hebben gegeven en ook niet hoefden te geven aan de wijze waarop het scherm werd geplaatst en nadien, door de andere aannemers, werd behandeld.

De oorzaak van de schade is in dezelfde optiek alleen te wijten aan het gebruik van een vezelplaat waarvan de structuur ongeschikt was en is om gebruikt te worden bij de opbouw van een plat dak van het koude type en die, zij het mogelijk wat later – zo het dampscherm als degelijke bescherming van de platen had gefunctioneerd –, hoe dan ook tot dezelfde schade zou hebben geleid.

Het hier en daar slecht aansluitend, het op verschillende plaatsen doorboorde dampscherm is derhalve in de onderhavige zaak niet aan te merken als de oorzaak van de ontbinding van de vezelplaat en de eruit voortvloeiende schade.

Uit het bovenstaande volgt dat de aannemer geen fout ten laste gelegd kan worden en de architect evenmin een gebrek aan coördinatie en toezicht kan worden verweten.

4. Rijst thans de vraag naar de aansprakelijkheid van de verdeler, invoerder en producent van de vezelplaat in kwestie.

De technische fiche van de B.-plaat stelt dat het gaat om een spaanderplaat van kastanjenhouten vezels «waaruit alle

water is onttrokken, geperst door middel van thermo-verhardend hars (Uree-formol) bij hoge temperatuur en druk», een, met betrekking op het gevaar van «vermolmen en verrotten... vrijwel onverwoestbare», plaat, die, qua ingebruikstelling, overeenstemt met «de meeste triplex- en multiplex-platen» en die gebruikt kan worden als «scheidingswand, plafond, vloerbedekking, droge scheidingswand en... voor gevelplaten en valse muren».

Uit deze technische fiche, die zeker niet gelijkgesteld mag worden met een louter publicitaire folder, kan zeker niet afgeleid worden dat die vezelplaat, in tegenstelling tot verschillende andere types van vezelplaten en zoals de deskundige heeft vastgesteld, ongeschikt is voor het gebruik in de opbouw van een plat dak van het koude type, des te meer daar dezelfde fiche het gebruik ervan aanbeveelt o.m. als gevelplaat, als plafond- en vloerbekleding.

Zulks klemmt des te meer nu de technische fiche dezelfde vezelplaten – die te dezen volledig zijn vermolmd en verrot – een dergelijke weerstand tegen het vermolmen en verrotten toeschrijft dat ze «vrijwel onverwoestbaar» zijn en verder ook, als een van de «voornaamste gebruiksmogelijkheden», het gebruik ervan als «gevelplaat» vermeldt, hetgeen laat veronderstellen dat ze uiteindelijk bestand zijn tegen alle atmosferische toestanden.

De producent die een produkt op de markt brengt, uitvoert en laat verdelen door professionele verkopers, dat begeleid wordt door een onvolledige en uiteindelijk misleidende technische fiche, dient in te staan voor de schadelijke gevolgen van een normaal te voorzien maar, gezien de structuur van het produkt, verkeerd gebruik van zijn produkt.

Ook de invoerder en de verdeler moeten er als professionele verkopers op toezien dat zij zich voldoende vergewissen van de toepassingsmogelijkheden van elk nieuwe produkt en zij worden, trouwens zoals de producent en behoudens bezwezen overmacht of onoverkomelijke dwaling van hun kant, geacht de beperkingen en gebreken ervan te kennen.

De verdeler, de N.V. O., is daarbij niet ernstig wanneer zij zich gaat voorstellen als een verkoper van allerhande producten nu alleen al haar handelsbenaming erop wijst dat ze gespecialiseerd is in de verkoop van «hout»-producten waartoe de vezelplaten behoren.

Zij kan tenslotte ook niet gevolgd worden wanneer zij stelt dat de vordering tegen haar te laat, buiten de «korte termijn» van artikel 1648 B.W., werd ingesteld.

Alles wijst er integendeel op dat de opdrachtgever, zodra hij de schade aan het plat dak heeft vastgesteld, onmiddellijk een kort geding heeft uitgelokt waarin de verdeler door de architect tot tussenkomst werd gedagvaard en dat hij, kort nadat hij moest vernemen dat de oorzaak ervan mogelijk mede te wijten was aan de kwaliteit van de vezelplaat, is overgegaan tot dagvaarding ten gronde, zonder, wat veelal gebeurt, zelfs te wachten op de eindbesluiten van de deskundige.

Alle omstandigheden, eigen aan deze zaak, wijzen er derhalve op dat de vordering tegen haar dan ook tijdig is ingesteld.

5. Uit hetgeen hierboven werd beslist en vaststellend enerzijds dat de samenloop van de respectieve fouten van de betrokkenen mede de gehele schade hebben veroorzaakt en anderzijds dat de opdrachtgever jegens de invoerder, voor de eerste rechter vrijwillig tussengekomen partij, geen enkele tussenvordering heeft gesteld, zijn de architect, de produ-

cent en de verdeler van de P-plaat in solidum gehouden tot schadeloosstelling van de opdrachtgever.

De architect, die daarin gesterkt wordt door het advies van de deskundige, stelt dat hij mede op basis van de hem overgelegde technische fiche, volledig misleid werd in zijn materiaalkeuze en wil zich dientengevolge zowel door de verdeler als door de invoerder en de producent gevrijwaard tot beloop van alle bedragen, in hoofdsom, rente en kosten, waartoe hij jegens de opdrachtgever veroordeeld zou worden.

De verdeler van de P-plaat wil zich van haar kant integraal gevrijwaard zien door de invoerder en/of de producent.

Zo het Hof hiervoor de eigen aansprakelijkheid van de architect heeft benadrukt, dan is het eveneens juist, zoals hierboven werd aangetoond, dat de technische fiche van de litigieuze P-platen misleidend is doordat ze aan het produkt eigenschappen toeschrijft die het uiteindelijk niet blijkt te hebben.

Rekening houdend met de eigen fout van de architect is het Hof van oordeel dat de producent, de invoerder en de verdeler hem, in solidum, dienen te vrijwaren tot beloop van 75% voor alle bedragen, in hoofdsom, interesten en gerechtskosten, die hij zal aantonen aan de opdrachtgever ter uitvoering van dit arrest te hebben betaald.

De invoerder en de producent dienen de verdeler hoe dan ook te vrijwaren.

Immers, de verdeler mag ervan uitgaan dat de producent en de invoerder hun technische fiche – die niet gelijk te stellen is met een publicitaire folder – met kennis van zaken en op een technisch verantwoorde manier opstellen en zij mag dientengevolge aannemen dat het produkt dat zij geacht wordt aan te bevelen bij vaklui en potentiële klanten aan alle er in opgesomde technische kwaliteiten beantwoordt.

Het Hof is dan ook van oordeel dat de verdeler tot beloop van alle bedragen waartoe hij zal aantonen de architect te hebben gevrijwaard op haar beurt gevrijwaard dient te worden door de invoerder en producent.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 22 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de h. Luyckx en mevr. Lenders

Advocaten: mrs. Lesthaeghe, De Keersmaecker loco Wouters en Wuyts

Minderjarige – Voogdij – Dading nopens aan minderjarige verschuldigde schadevergoeding ten gevolge van verkeersongeval – Moeder-voogdes bijgestaan door advocaat – Rol van W.A.M.-verzekeraar inzake de aanwending van de uitbetaalde schadevergoeding

De W.A.M.-verzekeraar is bij het aangaan van een dading met de moeder-voogdes van een minderjarige, slachtoffer van een verkeersongeval, niet de behartiger van de belangen van die minderjarige met betrekking tot het aanwenden van het bedrag van de schadevergoeding dat in uitvoering van die dading dient te worden uitbetaald. Dit was te dezen des te minder het geval, nu de moeder-voogdes handelde in haar hoedanigheid van beheerder van de goederen van haar minderjarige zoon en dienaangaande juridische bijstand kreeg van een door haar gekozen

advocaat, van wie manifest niet blijkt dat deze onbevoegd of onbekwaam zou zijn om die bijstand te verlenen. De W.A.M.-verzekeraar staat buiten de bestaande rechtsverhoudingen tussen deze raadsman en de moeder-voogdes, handelende als beheerder van de goederen van haar minderjarige zoon, met betrekking tot het aanwenden van het uitbetaalde bedrag van de schadevergoeding, en bezat in ieder geval geen controle-recht op deze raadsman met betrekking tot de te nemen maatregelen om het geldbedrag, dat aan de minderjarige toekwam, veilig te stellen tot aan diens meerderjarigheid.

Vennootschap naar Schots recht G. t/ Van de V. en V.

Overwegende dat eerste geïntimeerde, geboren op 7 december 1958, als duozitter gezeten op een motorfiets bestuurd door een zekere A. op 17 juni 1973 betrokken werd in een verkeersongeval ten gevolge waarvan hij o.m. 48% blijvende arbeidsonbekwaamheid behoudt; dat de bestuurder van het motorvoertuig in datzelfde ongeval het leven verloor; dat de burgerlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de motorfiets door appellante wordt verzekerd; dat geen betwisting bestaat dat de bestuurder van de motorfiets aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen, die eerste geïntimeerde ten gevolge van dat ongeval heeft geleden en nog lijdt;

Overwegende dat tussen appellante, vertegenwoordigd door haar inspecteur, en Bertha Van O., handelende als moeder-voogdes van haar toenmalig nog minderjarige zoon Francis Van de V. en zich voor deze laatste sterkmakende, op 8 oktober 1976 een schaderegeling, dading genoemd, werd afgesloten, waarbij een bedrag van 2.750.000 fr. werd uitbetaald; dat niet is betwist dat tweede geïntimeerde als raadsman van de moeder-voogdes opgetreden is bij het tot stand komen van voornoemde overeenkomst en bij de uitvoering ervan;

Overwegende dat in de inleidende dagvaarding van eerste geïntimeerde wordt gesteld dat appellante het voornoemd aan hem toekomende schaderegeldend bedrag van 2.750.000 fr. aan zijn moeder-voogdes heeft uitbetaald; dat deze laatste hem zulks verzweeg en de ontvangen gelden grotendeels opmaakte;

Overwegende dat naar de inhoud van de inleidende dagvaarding aangevoerd wordt dat het wegmaken van het schaderegeldend geldbedrag in de hand werd gewerkt door de duidelijke fout die appellante zou hebben begaan door de gelden uit te betalen aan de moeder-voogdes en zulks ter uitvoering van een nietig gesloten dading, die tussen appellante en de moeder-voogdes op 8 oktober 1976 werd gesloten; dat de ingeroepen fout tot gevolg heeft gehad dat de moeder dat geldbedrag heeft kunnen opmaken, zodat eerste geïntimeerde bij zijn meerderjarigheid heeft moeten vaststellen en ook moeten ondervinden dat het hem toekomend geldbedrag niet ter hand gesteld kan worden;

Overwegende dat eerste geïntimeerde verder stelt dat hij, bij zijn meerderjarigheid, een procedure van afrekening van de voogdij tegen zijn moeder heeft ingesteld, doch dat hij de uitvoering ervan diende stop te zetten na de recuperatie van 575.000 fr., en zulks om reden van de volledige insolventie van zijn moeder;

Overwegende dat eerste geïntimeerde aldus appellante aansprakelijk stelt voor het geleden verlies, en de veroordeling van appellante vordert tot het betalen van 6.209.517 fr.,

zijnde de voornoemde hoofdsom van 2.750.000 fr. te vermeerderen met de interesten en procedurekosten, doch onder aftrek van het gerecupereerd bedrag van 575.000 fr., zodat slechts 5.634.517 fr. wordt gevorderd; dat bij conclusie in eerste aanleg eerste geïntimeerde een provisonale veroordeling heeft gevorderd met voorbehoud voor de toekomst, zoals zulks in het bestreden vonnis werd gesteld, en waarnaar het Hof hierboven reeds voor wat de uiteenzetting van de eerste rechter betreft heeft verwezen;

Overwegende dat ingevolge akte van vrijwillige verschijning voor de eerste rechter, appellante een eis tot tussenkomst en vrijwaring tegen tweede geïntimeerde instelde, nu deze laatste bij het tot stand komen van de overeenkomst van 8 oktober 1976 en de uitvoering ervan als raadsman van de moeder-voogdes betrokken was;

Overwegende dat het Hof bij de behandeling van de zaak op de terechtzitting van 19 januari 1993 aan de raadslieden van partijen toelichtingen en verduidelijking heeft gevraagd nopens de rechtsgronden van de eis die tegen appellante werd ingesteld; dat zulks inmiddels is geschied (...)

Overwegende dat ter terechtzitting van dit Hof op 29 november 1993 de behandeling van het gehele geding in hoger beroep werd hernomen voor de zetel zoals thans samengesteld;

Overwegende dat nopens de toelichting, die eerste geïntimeerde bij tweede conclusie in hoger beroep dd. 2 november 1993 geeft, genoteerd dient dat, in tegenstelling met hetgeen tot dan toe deels beweerd werd, de vordering van deze partij er niet toe strekt dat rechtsgeldigheid van de overeenkomst dd. 8 oktober 1976, dading dan wel schaderegeling genoemd, te betwisten als zijnde nietig; dat het in deze overeenkomst vastgestelde akkoord nopens het schadebedrag, dat dient te worden betaald als algehele vergoeding van de schade die eerste geïntimeerde leed ten gevolge van het ongeval dd. 17 juni 1973, door deze laatste partij als afdoende wordt beschouwd;

Overwegende dat eerste geïntimeerde echter wel inroept dat de omstandigheid dat hij bij zijn meerderjarigheid de betaling niet kreeg van het hem toekomende schaderegeland bedrag van 2.750.000 fr. dat aan zijn moeder-voogdes werd uitbetaald, te wijten is aan fouten eensdeels toe te schrijven aan het toedoen van zijn moeder ingevolge de uitvoering van het beheer van zijn goederen in het kader van de haar toevertrouwde voogdij, en anderzijds en zulks primair aan appellante zelf ingevolge de door deze laatste verrichte uitbetaling in handen van de voogdes;

Overwegende dat eerste geïntimeerde als een fout in de zin van art. 1382 B.W. ten laste legt van appellante dat zij – als verzekeringsmaatschappij met standing en naam – niet op de hoogte was van de voorwaarden, die de wederpartij als moeder-voogdes moest nakomen bij het sluiten van een dading, zoals die welke op 8 oktober 1976 werd gesloten; dat desniettemin staande appellante deze stand van zaken kende, minstens moest kennen, zij dan toch een zeer belangrijke geldsom (2.750.000 fr.) ter uitvoering van deze dading in de handen van de moeder-voogdes heeft uitbetaald, zonder de vereiste waarborgen genomen te hebben dat dit bedrag bij de meerderjarigheid van de benadeelde, aan deze laatste ook effectief ter beschikking gesteld zou worden; dat naar de stelling van eerste geïntimeerde, de door hem tegen appellante geclaimde schadeaanspraken een rechtstreeks en

noodzakelijk gevolg zijn van de door appellante begane fout bij de uitvoering van de voornoemde dading;

Overwegende dat uit het voorgaande dan ook volgt dat noch de mogelijk in te roepen verjaring van de vordering in nietigheid van de dading, noch de betwisting nopens de rechtsgeldigheid van de gesloten dading het voorwerp uitmaken van het geschil dat aan het Hof wordt voorgelegd;

Overwegende dat verder, waar appellante inroept dat de tegen haar ingestelde vordering verjaard is met toepassing van art. 10 van de wet van 1 juli 1956, nu de vordering van een benadeelde tegen de verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van een motorvoertuig verjaart door verloop van drie jaar, dit evenmin aan de orde komt;

Overwegende dat immers uit voorgaande toelichting van eerste geïntimeerde nopens de toedracht van de door hem ingestelde vordering blijkt dat het voorwerp van de vordering niet de schaderegeling van een verkeersongeval is, nu de rechtsgeldigheid van de tussen appellante en de moeder-voogdes van eerste geïntimeerde tot stand gekomen overeenkomst dd. 8 oktober 1976 niet het voorwerp van het geschil is, en eerste geïntimeerde tegen appellante, als verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de motorfiets, geen meerdere schadeaanspraken vordert dan die welke bij de overeenkomst van 8 oktober 1976 werden geregeld;

Overwegende dat het ook niet dienstig is in te roepen dat de omstandigheid – dat eerste geïntimeerde een procedure tegen zijn moeder-voogdes heeft ingesteld opdat zij reenschap zou geven van haar voogdij – het mogelijk zou maken af te leiden dat eerste geïntimeerde, door het instellen van die vordering, impliciet doch desniettemin zeker te kennen zou hebben gegeven dat hij het akkoord, dat zijn moeder-voogdes in zijn naam met appellante had gesloten nopens de schaderegeling van de gevolgen van het verkeersongeval, heeft aanvaard; dat eerste geïntimeerde in zijn laatste beroepsconclusie immers uitdrukkelijk stelt dat hij de overeengekomen geldelijke bedragen ter vergoeding van zijn geleden schade aanvaardt;

Overwegende dat de vordering, die eerste geïntimeerde thans instelt, in wezen beperkt blijft tot het beoordelen van een door appellante beweerde gepleegde fout in de zin van art. 1382 B.W. bij de afhandeling van het voornoemd akkoord dd. 8 oktober 1976; dat deze fout er de oorzaak zou van zijn dat de voorwaarden geschapen werden, waardoor eerste geïntimeerde bij zijn meerderjarigheid het, in vergelding van het door hem geleden nadeel, betaalde bedrag van 2.750.000 fr. niet in ontvangst kan krijgen;

Overwegende dat bij de beoordeling van deze aldus omschreven fout en de beweerde nadelige gevolgen ervan, eerst de bekende feitelijke gegevens van de zaak in herinnering gebracht dienen te worden;

Overwegende dat allereerst aandacht dient te worden besteed aan de navolgende bewoordingen van de overeenkomst van 8 oktober 1976 die als volgt luiden: «Tussen G., handelende als optredende in de rechten en verplichtingen van haar verzekerde A., Aloïs en Van O. Bertha, handelende als voogdes beheerster van de goederen van haar minderjarige zoon Francis, voor wie zij zich sterk maakt voor zoveel nodig,... verlangen overeenkomstwege en gelijkvormig de artikels 2044 en volgende van het B.W. elke betwisting te beslechten betreffende het schadeloosstellen van de gevolgen van het ongeval voorgekomen te Eppegem op 17 juni 1973.

Dientengevolge na elkaar wederzijdse toegevingen te hebben gedaan, komen de partijen overeen als volgt: 1. De ondergetekende maatschappij ter ener zijde, stort in handen van de ondergetekende ter andere zijde de som van 2.750.000 fr. als overeengekomen en bepaald saldo voor alle voorziene en onvoorziene, tegenwoordige en toekomstige schadelijke gevolgen, zonder uitzondering noch voorbehoud, van het onderhavige ongeval; waarvan kwijting; 2. Er-over ondervraagd of hij weet dat hij mag onderhandelen en een dading treffen zelfs over toekomstige schade en of het wel verstaan is dat voormelde som hem gestort wordt als slot van rekening wegens alle tegenwoordig en gebeurlijk nadeel, erkent de ondergetekende ter andere zijde dit bedrag met kennis van zaken als bepaald saldo aanvaard te hebben... getekend: voor mijn minderjarige zoon (handtekening: Van O.) 8 oktober 1976»

Overwegende dat stuk 12 van het dossier van eerste geïntimeerde een fotokopie bevat van een kwitantie, waarvan de echtheid niet is betwist en dat luidt: «Mevr. Van O. Bertha wonende te... handelende als moeder en beheerster van de goederen van haar minderjarige zoon Francis voor wie zij zich sterk maakt, erkent te hebben ontvangen van mr. V. te H. een cheque op de Kredietbank voor een bedrag van 2.475.000 (Check nr. 0009842940)»;

Overwegende dat uit de lezing van voornoemde geschriften noodzakelijk en zeker dient te worden afgeleid dat appellante het bedrag van 2.750.000 fr. voorwerp van de dading van 8 oktober 1976 in wezen aan mr. A. V. heeft uitbetaald, nu deze advocaat optrad als raadsman van mevr. Van O., die handelende als moeder-voogdes van haar minderjarige zoon Francis, eerste geïntimeerde; dat zulks met zekerheid dient te worden afgeleid uit de inhoud van de kwitantie die Van O. aan haar raadsman gaf bij gelegenheid van de aan haar gedane betaling van 2.475.000 fr. bij cheque van de Kredietbank;

Overwegende dat appellante bij het sluiten van de dading met de moeder-voogdes van eerste geïntimeerde niet de bewaarder is van de belangen van de minderjarige met betrekking tot het aanwenden van het geldelijk bedrag dat ter uitvoering van deze dading dient te worden betaald; dat zulks te dezen des te minder het geval was nu de moeder-voogdes handelde in haar hoedanigheid van beheerster van de goederen van haar minderjarige zoon en desbetreffende juridische bijstand genoot van een door haar gekozen advocaat, van wie manifest niet blijkt dat deze onbevoegd of onbekwaam zou zijn om deze bijstand te verlenen;

Overwegende dat anderzijds in de mate waarin ingeroepen wordt dat appellante wist en diende te weten dat haar medecontractant niet naar behoren gemachtigd was om een dading te sluiten, deze bewering niet tot voldoening van het recht is aangetoond en trouwens in strijd is met de verklaring die Van O. in de overeenkomst dd. 8 oktober 1976 ondertekende waar gesteld werd: «erover ondervraagd of hij (zij) weet dat hij (zij) mag onderhandelen en een dading treffen... erkent de ondergetekende ter andere zijde (Van O.) dit bedrag met kennis van zaken, als bepaald saldo aanvaard te hebben»; dat, waar Van O. bij het ondertekenen van de dading juridische bijstand genoot van een advocaat, appellante in de redelijke veronderstelling mocht verkeren dat de in de overeenkomst dd. 8 oktober 1976 opgenomen verklaring van de wederpartij, dat zij weet gehabiteerd te zijn om te onderhandelen en om dadingen te sluiten, ook met de realiteit overeenstemt;

Overwegende dat anderzijds waar eerste geïntimeerde stelt en als een fout van appellante inroept dat zij het bedrag van 2.750.000 fr. aan zijn moeder-voogdes heeft uitbetaald, deze bewering niet volledig overeenstemt met alle juiste omstandigheden waarin de betaling is geschied, nu blijkt dat, hoe dan ook, de betaalde geldsom van 2.750.000 fr. in handen van de raadsman van de moeder-voogdes kwam, met een bepaalde opdracht, zoals blijkt uit de voorgelegde kwijting, die Van O. op dezelfde dag als die waarop de dading werd gesloten aan haar raadsman gaf als beheerster van de goederen van haar pupil voor een bedrag van 2.475.000 fr., betaald met cheque uitgaande van deze raadsman;

Overwegende dat appellante vreemd is en vreemd diende te blijven aan de bestaande rechtsverhoudingen tussen die raadsman en Van O., handelende als beheerster van de goederen van haar zoon Francis, met betrekking tot het aanwenden van het uitbetaalde bedrag van 2.750.000 fr., en in ieder geval geen controlerecht bezat op die raadsman met betrekking tot de te nemen maatregelen om het geldbedrag, dat aan deze minderjarige toekwam, veilig te stellen tot aan diens meerderjarigheid;

Overwegende dat in de hypothese dat door die raadsman welke tekortkoming ook mocht zijn begaan door het geldbedrag, dat ter uitvoering van de dading werd uitbetaald, nl. 2.750.000 fr., te verminderen met 275.000 fr. (wellicht kosten en honorarium aan deze raadsman verschuldigd) zodat slechts 2.475.000 fr. met een cheque van deze advocaat aan de moeder-voogdes werd uitbetaald, zonder vastgelegde waarborgen nopens de aanwending door de moeder-voogdes van het laatst betaald bedrag, appellante als uitvoerder van de in de dading aangegane verbintenissen aan de voornoemde geschetste gang van zaken vreemd was, doch daarenboven en uiteraard onwetend ervan was, en ook diende te blijven;

Overwegende dat eerste geïntimeerde dan ook volkomen faalt in de op hem berustende bewijslast van de fout die appellante in de zin van art. 1382 B.W. zou hebben begaan en die in noodzakelijk oorzakelijk verband zou staan met het verlies dat hij in dezen claimt;

Overwegende dat, waar eerste geïntimeerde faalt in zijn vordering tegen appellante, de eis in tussenkomst en vrijwaring die deze laatste tegen tweede geïntimeerde heeft gericht zonder voorwerp is;

...

NOOT – Bovenstaand arrest is in kracht van gewijsde gegaan.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 29 NOVEMBER 1994

Voorzitter: de h. Top

Advocaten: mrs. Libiez, Beele, Bogaert, Chevalier en Ryckaert

Beslag en Executie – Beslag op onroerend goed – Rangregeling – Toegelaten schuldeisers – Termijn

Tot de rangregeling kunnen alleen de schuldeisers bedoeld in art. 1644 Ger.W. worden toegelaten. Om verzet te doen op de prijs dient de schuldeiser over een uitvoerbare titel te beschik-

ken. Bovendien dient het verzet te gebeuren vóór het verstrijken van de termijn voor het opmaken van het proces-verbaal van rangregeling.

C.V. G. t/ N.V. B. e.a.

Appellante blijft zich ertegen verzetten dat de B. en de K. in de verdeling worden opgenomen met een totale schuldvordering van respectievelijk 18.821.120 en 13.454.025 fr. zonder voorlegging van enig stuk of vonnis ter rechtvaardiging, zoals voor de eerste rechter reeds opgeworpen. Appellante had ook in een vorige conclusie verwezen naar artikel 1642 Ger.W., dat een uitvoerbare titel vereist om als schuldeiser verzet te kunnen doen op de prijs, welk verzet bovendien moet geschieden binnen de termijn door de wet bepaald voor het opmaken van het proces-verbaal van rangregeling.

In verband met deze betwistingen werden partijen in het tussenarrest van 17 mei 1994 uitgenodigd in overweging te nemen:

1) dat aan de verdeling van het provenu van een met toepassing van artikel 1654 Ger.W. geveild onroerend goed in beginsel alleen kunnen deelnemen de schuldeisers die in samenloop komen ingevolge een inschrijving, een overschrijving of een verzet, zoals bepaald in artikel 1644 Ger.W. en dit voor de bedragen in die stukken vermeld;

2) dat, voor zover er aanleiding bestaat om deze titels te actualiseren, in beginsel alleen rekening gehouden kan worden met de stand van de betalingen op de datum door de notaris in aanmerking genomen voor de berekening van de interesten, in casu 31 oktober 1988;

3) dat bewarende beslagen slechts voorlopige titels zijn, die eventueel moeten worden aangepast, wat de bedragen betreft, aan de inmiddels verkregen uitvoerbare titels, die bovendien het voordeel bieden dat niet tot consignatie hoeft te worden overgegaan, zoals voorgeschreven door artikel 1628, tweede lid, Ger.W.

Bij het onderzoek van de in het proces-verbaal van rangregeling de dato 14 juni 1989 opgenomen schuldvorderingen, ter verdeling van het bedrag van 3.035.579 fr., dient derhalve met die beginselen rekening te worden gehouden, uiteraard binnen de perken van de hangende betwistingen.

Het is niet bewezen dat appellante vooraf kennis heeft gekregen van de afrekeningen en de stukken tot staving van de door eerste en tweede geïntimeerde ingediende schuldvorderingen noch dat deze stukken ter inzage waren bij de notaris toen haar op 23 juni 1989 de aanmaning werd betekend geregeld bij artikel 1644 Ger.W.

Aan appellante kan dus niet het verwijt worden gemaakt in haar akte van tegenspraak de dato 18 juli 1989 slechts in zeer algemene bewoordingen de schuldvorderingen van eerste en tweede geïntimeerde te hebben betwist. Zij was dus gerechtigd deze tegenspraak voor de eerste rechter nader te preciseren.

In het kader van de rangregeling dienen echter betwistingen over het bestaan of de omvang van de ingediende schuldvorderingen in der minne beslecht te worden; zo niet, dan moeten ze verwezen worden naar de daartoe bevoegde feitenrechter, indien ze enige ernst vertonen. Dit neemt niet weg dat zelfs betwiste schuldvorderingen in aanmerking moeten worden genomen, voor zover ze gebaseerd zijn op een overgeschreven bevel of bewarend beslag. Ze worden

slechts voorlopig opgenomen met het oog op consignatie, zodat ze de rangregeling niet kunnen vertragen en de uitbetaling van de andere schuldeisers niet kunnen beletten.

...

De schuldvordering van G. bestaat uit twee delen, die niet alleen uit totaal verschillende overeenkomsten zijn ontstaan, maar ook het voorwerp uitmaken van afzonderlijke vervolgingen:

– Schuldvordering van zetel Kortrijk:

Deze schuldvordering werd in de rangregeling opgenomen tot beloop van 13.423.411 fr., interesten tot 21 oktober 1988 inbegrepen.

Het onroerend goed in kwestie was bezwaard met een bewarend beslag de dato 3 oktober 1985, overgeschreven op 9 oktober 1985, tot beloop van 29.669.773 fr., met 2.000.000 fr. voor interesten en kosten.

Bij dagvaarding ten gronde de dato 30 mei 1986 werd echter slechts gevorderd 13.000.000 fr. + 2.590.186 fr. + 25.448 fr., met bepaalde interesten, provisies en kosten. Bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk van 8 september 1987 werd provisioneel toegekend 2.590.186 fr. + 25.448 fr., met bepaalde interesten en kosten, terwijl de rest van de vordering naar de bijzondere rol werd verwezen.

Het in de rangregeling opgenomen bedrag van 13.423.411 fr. valt binnen de perken van het overgeschreven bewarend beslag en mag derhalve volledig in aanmerking genomen worden bij de verdeling. De opname is echter slechts voorlopig zolang de betwisting over de juiste afrekening blijft bestaan. Hierover kan alleen de bodemrechter beslissen.

– Schuldvordering van zetel Bergen:

Deze schuldvordering werd in de rangregeling opgenomen tot beloop van 5.397.709 fr., interesten tot 31 oktober 1988 inbegrepen.

Het onroerend goed in kwestie was niet bezwaard met enige inschrijving of overschrijving tot waarborg van die schuldvordering.

Er bestaat wel een uitvoerbare titel, namelijk het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Ieper van 18 september 1987 tot beloop van 927.723 fr. + 2.100.000 fr., met bepaalde interesten, provisies en kosten. Krachtens dit vonnis werd op 13 november 1987 verzet gedaan op de prijs in handen van de uitgewonnen schuldenaar, vijfde geïntimeerde, met aanzegging aan de notaris op dezelfde datum.

Uit niets blijkt echter dat dit gebeurde vóór het verstrijken van de termijn voor het opmaken van het proces-verbaal van rangregeling, als voorgeschreven door artikel 1642 Ger.W., zodat de notaris met deze schuldvordering geen rekening mocht houden.

Het proces-verbaal van toewijs werd immers overgeschreven op 1 april 1987 en de toewijzing werd niet aangevochten door de schuldenaar binnen vijftien dagen na de betekening bedoeld in artikel 1398 Ger.W. De termijn om verzet te doen verstreek dus een maand na verloop van deze vijftien dagen (artikel 1643 Ger.W.).

Appellante steunt derhalve terecht op artikel 1462 Ger.W. om zich tegen de opname van deze schuldvordering te verzetten.

...

De schuldvordering voor K. werd in de rangregeling opgenomen tot beloop van 13.454.025 fr., interesten tot 31 oktober 1988 inbegrepen.

Het onroerend goed in kwestie was echter slechts bezwaard met een bewarend beslag de dato 19 november 1985, overgeschreven op 28 november 1985, tot beloop van 10.000.000 fr., met 130.347 fr. interesten, samen 10.130.347 fr.

Bij dagvaarding ten gronde de dato 14 mei 1986 werd betaling gevorderd van 10.963.848 fr., met bepaalde interesten en kosten. Bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Ieper van 16 juni 1987 werd provisioneel toegekend 3.000.000 fr., met bepaalde interesten, provisies en kosten, terwijl de rest van de vordering verwezen werd naar de bijzondere rol.

Buiten het overgeschreven bewarend beslag bezit de K. geen andere titels om in deze rangregeling tussen te komen, zodat de notaris de opname had moeten beperken tot het daarin vermeld bedrag, zijnde 10.130.347 fr.

Deze schuldvordering is slechts ten dele reeds in rechte erkend. Het verder bewijs dient dus nog geleverd te worden.

In die mate is de tegenspraak van appellante gegrond.

NOOT – Zie o.m. *A.P.R.*, tw. *Beslag*, 443, nr. 884; Engels, Chr., *Het uitvoerend beslag op onroerend goed*, Antwerpen, 1981, 381, nr. 587 e.v.; Rens, J.-L., «De schuldeisers toegelaten tot de rangregeling», in *Liber amicorum E. Krings*, Brussel, 1991, 743, nr. 16. *Anders*: G. De Leval, «L'ordre», *Rev. Not.B.*, 1982, 75 e.v.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

9 JUNI 1993

Rechter: de h. Castille

Advocaten: mrs. Cattoir, Van Eeckhoutte en Tillekaerts

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Aannemer – Twijfel over aard van kabel

De aannemer die plots wordt geconfronteerd met een bovengrondse kabel, waaromtrent twijfel bestaat of het een seinkabel van de N.M.B.S. dan wel een telefoonkabel van de R.T.T. is, en die deze kabel zonder meer doorzaagt in plaats van het plan grondig te raadplegen, desnoods peilingen uit te voeren of met de R.T.T.-diensten contact op te nemen, begaat een inbreuk op de elementaire zorgvuldigheidsplicht.

R.T.T. t/ V. e.a.

De eerste verweerder ontving van de N.M.B.S. de plannen wat haar kabels betrof; ze verwees hem, wat de andere kabels betrof, naar de R.T.T., hetgeen de eerste verweerder heeft gedaan.

Indien de eerste verweerder of diens aangestelde plots geconfronteerd wordt met een bovengrondse kabel, die, naar men beweert, niet op de respectieve plannen aangeduid stond, dienden er verdere en nodige opzoekingen te worden gedaan i.p.v. de kabel gewoonweg door te zagen omdat deze kabel veel gelijkenis vertoonde met de kabel van de

N.M.B.S., welke verwijderd mocht worden en verouderd leek.

Indien het waar zou zijn – hetgeen de N.M.B.S. betwist – dat een toezichter van deze laatste ook overtuigd was dat het hier een buiten dienst gestelde kabel betrof, die verwijderd mocht worden, handelde de eerste verweerder hoe dan ook nog steeds onder zijn eigen verantwoordelijkheid, nu hij geenszins onder het gezag en leiding van de tweede verweerder werkte.

In elk geval is geenszins bewezen dat diens toezichter opdracht gaf aan de aangestelde van de eerste verweerder de betreffende kabel te verwijderen. Uit het verslag van de deskundige Rits blijkt trouwens dat die kabel op het plan, dat in het bezit was van de aannemer, aangeduid was.

Het behoorde derhalve tot de elementaire zorgvuldigheidsplicht van de eerste verweerder na te gaan of de betrokken kabel, waaromtrent twijfel bestond, al dan niet een seinkabel dan wel een telefoonkabel betrof.

Het zonder meer doorzagen van een kabel komt, in die omstandigheden ongetwijfeld als een fout over.

Het feit dat die kabel bovengronds lag en niet ondergronds, is ter zake niet relevant, omdat de eerste verweerder juist omtrent die mogelijkheid ingelicht werd.

Daarbij blijkt uit het verslag van de deskundige van de verzekeringsmaatschappij N.V. E. dat «de overgebleven kabeluiteinden nog zichtbaar onder de ballast een duidelijke boogvorm aannemen». M.a.w. het was duidelijk te zien dat het om een kabel ging, die destijds ondergronds lag.

In geval van twijfel had de eerste verweerder het plan grondig moeten raadplegen, desnoods peilingen uitvoeren of de R.T.T.-diensten contacteren in plaats van blindelings de gissingen van een toezichter van de tweede verweerder, die zelf niet in het bezit was van de plannen van de eiseres te volgen.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

17e KAMER – 30 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Weymiens

Openbaar ministerie: de h. Hermans

Advocaat: mr. Moreau

Taalgebruik – In strafzaken – Art. 40, eerste lid, W. 15 juni 1935

Luidens art. 40, eerste lid, van de Wet van 15 juni 1935 zijn de regels op het taalgebruik voorgeschreven op straffe van nietigheid en wordt deze nietigheid van ambtswege door de rechter uitgesproken.

W.

Beklaagde voert wegens schending van art. 31 W. 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken in de eerste plaats de nietigheid aan van de vijf processen-verbaal die zich in het dossier bevinden, te weten:

– Pro Justitia van 8 juni 1993 (stukken 1 en 2) – overtreding van art. 157 van de programmawet van 22 december 1989 en bestraft door art. 172, eerste lid, 4°, a, en art. 173, eerste lid van dezelfde programmawet; beklaagde erkent deze

overtreding in haar conclusie; de nietigheid wordt geargumenteed op basis van de volgende twee passages:

«Op mijn vraag tot voorlegging van de overeenkomst van de deeltijdse werknemster stelde de werkgeefster dat ze het niet kon voorleggen daar het berust in haar sociaal secretariaat, zijnde (...).»

«Mevr. WU Me Woo legde op 8 juni 1993 om 14 u. ten kantore van de Politie van Blankenberge de verklaring af welke opgenomen werd in een proces-verbaal van verhoor, dat gevoegd is bij het Pro-Justitia wegens overtreding van het K.B. nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit, van dezelfde datum en ten laste van dezelfde werkgeefster.»

– Pro Justitia van 8 juni 1993 (stukken 3 en 4) – overtreding van art. 15, W. 8 april 1965, bestraft door art. 125, 1°, van dezelfde wet; beklaagde erkent in haar conclusie ook deze overtreding; de nietigheid wordt geargumenteed op basis van de volgende twee passages:

«Wij werden te woord gestaan door de werkgeefster die op mijn vraag geen arbeidsreglement kon voorleggen.»

«Mevr. WU Me Woo legde op 8 juni 1993 om 14 u. ten kantore van de Politie van Blankenberge de verklaring af welke opgenomen werd in een proces-verbaal van verhoor, dat gevoegd is bij het Pro-Justitia wegens overtreding van het K.B. nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit, van dezelfde datum en ten laste van dezelfde werkgeefster.»

– Pro Justitia van 8 juni 1993 (stukken 5 - 8) – overtreding van art. 4, eerste lid, K.B. nr. 34, bestraft door art. 27, 1°, a, van K.B. nr. 34; beklaagde ontkent formeel deze telastlegging; de nietigheid wordt geargumenteed op basis van de volgende drie passages:

«Hierop vroeg dhr. François D. aan Mevr. WU Me Woo of wij het gebouw mochten doorzoeken, wat toegestaan werd.»

«Mevr. WU Me Woo verklaarde dat hij haar neef is en sedert 7 juni 1993 op bezoek was. Zij verklaarde verder dat de man die wegliep TON Hin is. Hij kwam uit Parijs en zij leerde hem kennen in het Casino van Blankenberge. Hij mocht in haar woning slapen.»

«Op 8 juni 1993 om 14 uur legde mevr. WU Me Woo de verklaring af, ten kantore van de Politie, welke opgenomen werd in een proces-verbaal van verhoor dat hierbij gevoegd is.»

– Proces-verbaal van verhoor van 8 juni 1993 – verklaring in de Nederlandse taal door WU Me Woo;

– Pro Justitia van 8 juni 1993 (stukken 12 en 13) – overtreding van art. 5, eerste lid, K.B. nr. 5 en art. 5, 2°, a tot i, en art. 7, 2°, K.B. 8 augustus 1980, bestraft door art. 11, 1°, f, K.B. nr. 5; beklaagde ontkent formeel deze telastlegging; de nietigheid wordt geargumenteed op basis van de volgende twee passages:

«Ik werd te woord gestaan door de werkgeefster die op mijn vraag het personeelsregister voorlegde.»

«Op 8 juni 1993 om 14 u. legde mevr. WU Me Woo de verklaring af ten kantore van de Politie, welke door mij opgenomen werd in een proces-verbaal van verhoor. Het is gevoegd bij het Pro-Justitia wegens inbreuk op het K.B. nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit, van dezelfde datum en ten laste van dezelfde werkgeefster.»

Overeenkomstig art. 31, eerste lid, W. 15 juni 1935 gebruikt de verdachte in al de ondervragingen van het vooronderzoek de taal zijner keus voor al zijn verklaringen.

Overeenkomstig art. 31, tweede lid, W. 15 juni 1935 doen de agenten die met het vooronderzoek belast zijn en de taal niet kennen door de verdachte gebruikt, een beroep op de medewerking van een beëdigd vertaler.

Overeenkomstig art. 40, eerste lid, W. 15 juni 1935 zijn deze regels voorgeschreven op straffe van nietigheid en wordt deze nietigheid van ambtswege door de rechter uitgesproken.

De bedoelde nietigheid strekt zich nochtans niet uit tot andere vermeldingen van het P.V. en ontslaat de rechter niet van de verplichting te onderzoeken of de strafvordering al dan niet gegrond is (Cass., 3 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 131).

De omstandigheid dat bepaalde bewijselementen op onregelmatige wijze verkregen werden, heeft enkel tot gevolg dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, die gegevens rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen; dit belet echter niet dat de rechter de beklaagde aan de hem ten laste gelegde feiten schuldig kan verklaren indien hij die beslissing kan laten steunen op andere op regelmatige wijze vergaarde gegevens, zo o.m. de eigen bekentenissen van beklaagde in haar conclusie nopens de feiten A en B en het getuigenbewijs ter zitting verstrekt door de verbalisant, die noch rechtstreeks noch onrechtstreeks verband houden met de onregelmatige onderzoeksverrichtingen (Cass., 2 september 1948, *Arr. Verbr.*, 1948, 418; Cass., 15 februari 1965, *Pas.*, 1965, I, 601; Cass., 22 juni 1971, *A.C.*, 1971, 1070; Cass., 16 juni 1987, *A.C.*, 1986-87, 1423; Holsters, D., «Bewijsmiddelen in strafzaken», in Vandeplas, A. en P. Arnou, *Comm.-Straf.*, nr. 3 in fine).

De Rechtbank stelt in ieder geval vast dat ter zitting duidelijk gebleken is dat beklaagde de Nederlandse taal geenszins machtig was en de bijstand van een tolk nodig had, in casu mej. HU Qiao Hong, die in het dossier zelf trouwens ook aan bod kwam in haar hoedanigheid van opdienster in het restaurant van beklaagde.

Gelet op dit manifest gebrek aan kennis van het Nederlands dienen alle verklaringen van beklaagde en alle ondervragingen van beklaagde getoetst te worden aan de criteria van art. 31 W. 15 juni 1935.

De enkele verwijzing in de vier Pro Justitia's naar de verklaring van beklaagde op 8 juni 1993 om 14.00 uur ten kantore van de politie te Blankenberge is geen ondervraging van de verdachte en valt derhalve niet onder art. 31 W. 15 juni 1935.

De vraag tot voorlegging van de arbeidsovereenkomst in het eerste Pro Justitia (stuk 2), de vraag tot voorlegging van het arbeidsreglement (stuk 4), de vraag tot toestemming voor een huiszoeking (stuk 6), de weergave van de uitleg van beklaagde betreffende haar neef en TON Hin (stuk 7) en ten slotte de vraag tot voorlegging van het personeelsregister (stuk 13) zijn weliswaar formeel geen ondervragingen maar vormen dermate belangrijke elementen in de bewijsketen dat zij ook geacht moeten worden onder de bescherming van art. 31 te vallen en als nietig beschouwd dienen te worden.

Ook de formele ondervraging in het P.V. van verhoor is nietig; zelfs wanneer beklaagde bij dit verhoor werd bijgestaan door haar dochter die als tolk fungeerde en zelfs al vertaalde deze naar best vermogen, dan nog doet dit geen afbreuk aan het vereiste van art. 31, tweede lid, dat in de bij-

stand van een *beëdigd* tolk voorziet, wat hier, ondanks de goedbedoelde diensten van de dochter van beklaagde, niet het geval is.

Bovendien werd niet voldaan aan het vereiste van art. 31, eerste lid, dat voorziet in een totale keuzevrijheid van de verdachte nopens de taal welke deze voor al zijn verklaringen wenst te gebruiken; ook vanuit dit oogpunt is dit P.V. van verhoor nietig.

De Rechtbank dient derhalve aan de hand van niet door nietigheid aangetaste elementen alsmede aan de hand van de eigen bekentenissen van beklaagde in haar conclusie en aan de hand van de beëdigde getuigenverklaringen van de verbalisant, ter zitting aan de tegenspraak van alle partijen onderworpen, na te gaan of elk van de telastleggingen bewezen voorkomt.

De telastleggingen A en B komen bewezen voor aan de hand van de objectieve niet door nietigheid aangetaste vaststellingen van de verbalisant en aan de hand van de eigen bekentenissen van beklaagde in haar conclusie neergelegd ter zitting van 4 november 1993.

De feiten C en D komen de Rechtbank niet naar genoeg van recht bewezen voor.

De verbalisant heeft de man die hij als werknemer aanmerkt, nl. ZHANG Xiao, nooit aan het werk gezien in de keuken.

Het feit dat deze man aangetroffen werd in de slaapkamer van de dochter des huizes, overigens in gezelschap van een neef van beklaagde, bewijst al evenmin enige tewerkstelling.

Het feit dat hij tot tweemaal toe wegliep toen hij de verbalisant, vergezeld van twee geüniformeerde politiemannen, zag, lijkt zeer aannemelijk gelet op het feit dat hij zich illegaal, zonder verblijfsvergunning, in het Rijk bevond; het laatste wat een illegale vreemdeling wellicht gaarne doet is een praatje maken met een politiemann en allerlei vragen naar zijn papieren, die hij niet heeft, te beantwoorden krijgen; de beste manier om zoiets te vermijden is uiteraard het op een lopen zetten.

...

NOOT – De onvindbare beëdigde tolk

1. De verbalisant had vermoedelijk al die narigheden kunnen voorkomen door de dochter van de beklaagde te verhoren. Zij kende immers Nederlands en mocht een verklaring afleggen in de taal van de rechtspleging.

2. De verklaringen van de dochter van de beklaagde kunnen uiteraard niet worden beschouwd als bekentenissen van de kant van haar moeder, maar als er geen beëdigde tolk aan te treffen is, kan de verklaring van deze getuige ongetwijfeld bijdragen tot de vaststelling van bepaalde feiten.

Ook in strafzaken blijft het zoeken naar de waarheid de hoofdbekommernis van alle procespartijen en van de rechter.

A. Vandeplass

VREDEGERECHT TE KORTRIJK

2e KANTON – 7 FEBRUARI 1995

Rechter: de h. Lambrecht

Advocaten: mrs. Moreau en De Neve

Verbintenissen – Precontractuele aansprakelijkheid – Consumentenkrediet – Krediet aan insolvable persoon – Borg

De bank die aan een onvermogen wederpartij krediet verleent, loopt aansprakelijkheid op jegens de borg die is afgegaan op de gecreëerde schijn van solvabiliteit van de hoofdschuldenaar.

C.V. B. t/ V.

Door eiseres werd op datum van 12 augustus 1992 een persoonlijke lening op afbetaling toegestaan aan B.V. Deze laatste is een dochter van verweerder. Verweerder stelde zich hoofdelijk en ondeelbaar borg voor alle door zijn dochter aangegane verbintenissen. Hij betwist niet dat hij ook een loonoverdracht toestond met het oog op de uitvoering van zijn verbintenis tegenover eiseres.

...

Verweerder betwist de vordering. Hij laat gelden dat eiseres zelf aansprakelijk is voor de wanbetaling, doordat zij, zulks met miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht uitgedrukt in artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, een krediet heeft toegestaan aan een onvermogen. In zijn conclusie, ter griffie neergelegd op 26 juli 1994, wordt door verweerder een tegenvordering ingesteld. Die tegenvordering strekt ertoe eiseres-wederverweerder te horen veroordelen tot terugbetaling van een som van 96.640 fr., zijnde het geheel van de door verweerder reeds betaalde sommen, te vermeerderen met een schadevergoeding van 100.000 fr. Die tegenvordering wordt gebaseerd op de voormelde aansprakelijkheid van eiseres als bankier.

Verweerder laat gelden dat het toestaan van het krediet steunt op een flagrante miskenning van elke verantwoordelijkheidszin. Verwijzend naar de «beslissingsfiche» van 10 augustus 1992, voorkomend in het dossier van eiseres, verklaart verweerder: «Aan V.B., die invalide was, met een inkomen van 15.000 fr., zonder beroep, en die op B.-rekeningen slechts 115 fr., 96 fr. en 211 fr. (had), met een opgegeven schuldsaldo bij B. nr. 780-2298284-76 van 1.694.667 fr. en verschuldigde mensualiteiten van 23.100 fr.; zonder enige onroerende goederen te bezitten, werd een lening toegestaan van 225.000 fr., te betalen middels mensualiteiten van 7.915 fr.» Eiseres betwist die gegevens niet. Zij beroept zich integendeel op diezelfde inlichtingenfiche om te stellen dat daaruit blijkt «dat wel degelijk een ernstig onderzoek naar de kredietwaardigheid van de leenster gebeurde», met als conclusie «dat een bijkomende garantie in de vorm van een borg vereist was».

Eiseres kan evenwel niet ontkennen dat de borg in werkelijkheid de enige garantie was en dat het onvermogen van de leenster van meet af aan vaststond. Eiseres betwist niettemin haar aansprakelijkheid. Zij erkent weliswaar dat in het handelsrecht de buitencontractuele aansprakelijkheid van de kredietverstrekker wordt aangenomen, wanneer het krediet

een schijn van solvabiliteit schept die leveranciers aanzet tot leveren. Zij acht deze regel hier evenwel niet van toepassing, nu artikel 15 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet nog niet in werking was getreden op het ogenblik van het toestaan van het krediet. Luidens dat artikel mag de kredietgever slechts een kredietaanbod voorleggen wanneer hij, gelet op de gegevens waarover hij beschikt of zou moeten beschikken, redelijkerwijze moet aannemen dat de consument in staat zal zijn de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst na te komen. De omstandigheid dat dit artikel 15 inderdaad nog niet van kracht was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en door de kredietnemer niet opgevoerd kan worden om, zoals bepaald in artikel 92 van diezelfde wet, zijn verplichting te doen verminderen tot het geleende bedrag, belet niet dat derden, waaronder borgen, zich onder bepaalde omstandigheden kunnen beroepen op de aansprakelijkheid van de kredietverstrekker, wanneer deze het krediet heeft toegestaan met miskenning van zijn algemene zorgvuldigheidsplicht. Te dezen stellen wij vast dat verweerder, die tekende als borg, de vader is van de kredietnemer. Door het krediet toe te staan, zij het onder de voorwaarde van een borgstelling, heeft eiseres hoe dan ook enige kredietwaardigheid toegekend aan de kredietnemer. Daardoor heeft zij een schijn van solvabiliteit geschapen, waardoor verweerder niet alleen ertoe werd aangezet om borg te staan voor zijn dochter, maar ook moreel ertoe gedwongen werd. Verweerder verklaart dat hij tijdens de contractsluiting «relationeel genoodzaakt» was tot borgstelling. Het is inderdaad aanneembaar dat een vader, die de goede verstandhouding met zijn kinderen wenst te behouden, niet kan weigeren borg te staan voor een krediet dat aan zijn dochter verstrekt wordt door een professionele kredietverstrekker, die geacht wordt de kredietwaardigheid van zijn dochter beoordeeld te hebben.

Eiseres heeft de algemene zorgvuldigheidsplicht, uitgedrukt in artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, miskend. Daardoor heeft zij schade berokkend aan verweerder, die moreel ertoe gedwongen werd borg te staan voor zijn dochter. De schade bestaat uit de gevolgen die deze borgstelling meebrengt voor verweerder. De door eiseres verschuldigde vergoeding bestaat erin dat zij die gevolgen moet dragen, zodat hetgeen zij op contractuele grondslag vordert uit hoofde van de borgstelling gecompenseerd wordt met hetgeen zij op delictuele grondslag verschuldigd is als schadevergoeding. Daaruit volgt dat de vordering als ongegrond afgewezen moet worden. Daaruit volgt ook dat de tegenvordering gegrond is in de mate waarin de tegenvordering ertoe strekt terugbetaling te krijgen van hetgeen door verweerder reeds betaald werd uit hoofde van de borgstelling. Een bijkomende schadevergoeding wordt niet toegekend, nu verweerder niet verklaart waarin die bijkomende schade bestaat.

NOOT – De aansprakelijkheid van de bank jegens de borg n.a.v. kredietverlening aan een insolvabele consument

1. *De feiten.* Bank X staat op 12 augustus 1992 een persoonlijke lening op afbetaling toe aan mevrouw Y. Verweerder, vader van de leenster, ondertekent daarbij een *hoofdelijke en ondeelbare borgstelling* waaraan tevens een *loonoverdracht* wordt gekoppeld. Wegens wanbetaling door de hoofdschuldenaar wordt de loonoverdracht op 16 juni 1993 aan verweerders werkgever betekend. Verweerder tekent

evenwel verzet aan tegen de uitvoering van de loonoverdracht zodat eiseres de geldigverklaring vordert voor het verschuldigd saldo, vermeerderd met de interesten.

2. *De argumenten van de partijen.* Verweerder betwist de vordering en werpt op dat eiseres zelf aansprakelijk is voor de wanbetaling, daar ze met *schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm* (art. 1382 B.W.) een *krediet heeft verleend aan een onvermogene*. Op die grond stelt hij een tegeneis in tot terugbetaling van het door hem reeds betaalde bedrag (96.640 fr.) en vraagt hij ook een bijkomende schadevergoeding begroot op 100.000 fr. De gegevens uit de «beslissingsfiche» van eiseres tonen volgens verweerder aan dat zijn dochter, op het ogenblik dat haar het krediet werd toegestaan, inderdaad onvermogen was: ze beschikte als invalide slechts over een maandinkomen van 15.000 fr., had geen onroerende goederen noch enige relevante spaartegoeden bij eiseres, doch wel een schuldsaldo van 1.694.667 fr. met verschuldigde mensualiteiten ten belope van 23.100 fr.

Eiseres betwist die gegevens niet, maar meende daaruit te moeten besluiten dat een bijkomende garantie in de vorm van een borgstelling vereist was. Ze betwist niettemin haar aansprakelijkheid: de jurisprudentiële ontwikkeling waarbij de bank buitencontractuele aansprakelijkheid oploopt jegens leveranciers van de kredietnemer die wegens dat krediet op een schijn van solvabiliteit van hun medecontractant zijn afgegaan, kan volgens eiseres niet getransponeerd worden naar gevallen van consumentenkrediet, omdat dienaangaande een wettelijke regeling voorkomt in art. 15 van de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (*infra*, nr. 8), dat evenwel op het ogenblik van de kredietverlening nog niet in werking was getreden.

3. *De uitspraak.* De vrederechter stelt vast dat art. 15 Wet Consumentenkrediet inderdaad nog niet gold ten tijde van de kredietverstrekking, doch dit kan zijns inziens niet beletten dat derden, zoals *in casu* de borg, de aansprakelijkheid van de bank opwerpen. Hij stelt vast dat eiseres als professionele kredietverstrekker art. 1382 B.W. heeft geschonden: door de lening toe te staan in de gegeven omstandigheden heeft ze een schijn van solvabiliteit geschapen die verweerder er niet alleen toe heeft aangezet de borgstelling aan te gaan, maar, gelet op de vader/dochter-relatie, in een positie van morele dwang daartoe heeft gebracht.

De schade bestaat uit de gevolgen van de borgstelling zodat de vrederechter besluit verweerders tegeneis tot terugbetaling van de uit hoofde van de borgstelling reeds betaalde sommen, gegrond te verklaren. Verweerders bijkomende schadeëis wordt wegens gebrek aan bewijs afgewezen.

4. *Bankiersaansprakelijkheid: algemeenheden.* De rechtspraak getuigt de laatste jaren van een toenemend aantal schadeëisen ingesteld door derden, zoals de borg of schuldeisers-leveranciers van een kredietnemer, op grond van de aansprakelijkheid van de bank voor «onzorgvuldige» kredietverlening. Het geannoteerde vonnis is, voor zover kon worden nagegaan, de eerste gepubliceerde uitspraak waarin die aansprakelijkheid wordt aangevoerd door een consument (borg) n.a.v. kredietverlening aan een consument.

Welke algemene principes beheersen nu die bankiersaansprakelijkheid? In casu verwijt de borg (verweerder, eiser op tegeneis) de bank (eiseres) een *precontractuele fout* te hebben begaan door nog een lening toe te staan aan zijn dochter die ten tijde van het toekennen daarvan reeds onvermogen was. De grondslag voor de aansprakelijkheid is derhalve de

culpa in contrahendo die jegens derden eventueel een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 1382 B.W. kan uitmaken. Door de foutieve toekenning van een krediet aan een insolvable kan immers een *schijn van kredietwaardigheid* van de kredietnemer worden gecreëerd (die verweerder *in casu* heeft aangezet, of zelfs moreel gedwongen, om de borgstelling toe te staan).

Om te toetsen of de bankier inderdaad de algemene zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, zal het criterium van de *normaal zorgvuldige en redelijke bankier geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden* moeten worden gehanteerd (Cornelis, L., «De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening», *T.P.R.*, 1986, (349), nr. 19).

In bepaalde rechtspraak en rechtsleer wordt de opdracht van de feitenrechter ten onrechte als een *marginale controle* omschreven (Van Ommeslaghe, P., «Belgique», in *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, Simont, L. en Bruyneel, A. (red.), Feduci, 1984, (33), 38; Brussel, 27 september 1978, *T.B.H.*, 1979, 268, noot Foriers, P.A., waarin een «kennelijke» fout of «faute caractérisée» werd vereist). Een «kennelijke» fout is immers geenszins vereist, ook de lichtste fout kan tot aansprakelijkheid leiden. Meestal wordt met het marginale controle-vereiste evenwel gewaarschuwd tegen een realiteitsvreemde *a posteriori*-beoordeling (Van Ommeslaghe, P. en Simont, L., «De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgische recht», *T.P.R.*, 1986, (1091), nr. 6; Kh. Luik, 2 juni 1983, *T.B.H.*, 1984, 71, noot Foriers, P.A.): men moet het gedrag van de bankier namelijk beoordelen rekening houdend met alle externe omstandigheden aanwezig op het *ogenblik* dat hij de *aangevochten beslissing* nam het gevraagde krediet toe te kennen (zie Antwerpen, 25 maart 1987, *T.B.H.*, 1989, 77, waarin terecht wordt geoordeeld dat een «*post factum*»-redenering op basis van het bekende resultaat het niet mogelijk maakt de kredietverleningsbeslissing op correcte wijze te appreciëren). Een juiste toepassing van art. 1382 B.W. kan ook reeds een dergelijke *a posteriori*-beoordeling beletten, zodat de verwijzing naar marginale controle hier overbodig en bovendien verwarringstichtend is (in die zin ook Cornelis, L., *l.c.*, nr. 21).

Samengevat kunnen we stellen dat het hier gaat om een gewone *gemeenrechtelijke professionele aansprakelijkheid*, die naast de fout tevens een bewijs van *schade* en een *causaal verband* tussen beide vereist, onontbeerlijke componenten die wel eens worden verwaarloosd in de rechtspraak.

5. *Concretisering van de zorgvuldigheidsnorm bij het toekennen van het krediet.* Een zorgvuldig bankier zal, alvorens een beslissing te nemen, nauwgezet moeten *informer* naar de financiële, vermogensrechtelijke en economische situatie en perspectieven van zijn potentiële contractant. Ondoordachte en onverantwoorde kredietverlening kan bij derden immers een schijn van kredietwaardigheid scheppen. Uit de omvangrijke jurisprudentie waarin borgen-zaakvoerders of schuldeisers-leveranciers van de kredietnemer-handelaar op die basis schadevergoeding trachten te krijgen, kunnen een aantal *vuistregels* worden afgeleid. Zo zijn elementen als omvang en doelstelling van het krediet, persoon van de debiteur (al dan niet cliënt van de bank) en aangeboden zekerheden factoren die mede de onderzoeksplicht en de getroffen beslissing kunnen evalueren. Kredietverlening aan ondernemingen in moeilijkheden moet, mede in het licht van sociaal-economische overwegingen, mogelijk blijven. Wan-

neer de bankier op basis van zijn onderzoek redelijkerwijs mag besluiten dat verbetering of herstel nog mogelijk is, zal hem geen fout treffen. Heeft hij daarentegen op het ogenblik van de kredietaanvraag reeds te maken met een *hopeloze toestand*, dan zal hij, op straffe van aansprakelijkheid, geen krediet meer mogen verlenen (Zenner, A. en Henrion, L.M., «La responsabilité du banquier-dispensateur de crédit en droit belge», *J.T.*, 1984, (469), nr. 16).

Veel rechters oordelen dat het normaal is dat de bank zich verbindt, rekening houdende met de aangeboden *zekerheden* (zie bv. Rb. Namen, 9 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 641; Brussel, 27 september 1978, *T.B.H.*, 1979, 268), maar in de doctrine vindt men ook het standpunt terug dat kredietwaardigheid en terugbetalingsmogelijkheden op basis van intrinsieke elementen zoals solvabiliteit en rentabiliteit, en dus los van de zekerheden, moeten worden beoordeeld. De Commissie voor het Bank- en Financiewezen (voorheen Bankcommissie) wees er in haar jaarverslag van 1966 (pp. 34-35) op dat zekerheden in dit verband slechts een subsidiaire rol mogen spelen. Dit standpunt is volgens sommigen niet te verzoenen met de economische noodwendigheden bij kredietverlening aan ondernemingen, waar borgstelling door de zaakvoerders, bestuurders of eigenaars, wegens hun nauwe banden met de onderneming, vaak een cruciaal belang vertoont (Foriers, P.A., «Le cautionnement et la responsabilité du banquier donneur de crédit», *T.B.H.*, 1979, (281), nr. 8; zie ook Schrans, G., «Les banques comme bénéficiaires de sûretés», in *Les sûretés*, Parijs, Feduci, 1984, (519), nr. 3). Voor kredietverlening aan *consumenten* en vanuit het oogpunt van consumentenbescherming lijkt mij de stelling verdedigbaar dat de kredietwaardigheidsbeoordeling volledig *onafhankelijk* van de aangeboden zekerheden moet geschieden: wordt een krediet verleend aan een consument die zich reeds in een hopeloos benarde financiële situatie bevindt die terugbetaling onmogelijk maakt, maar waarbij wel een (solvable) borg wordt aangewezen, dan is er mijns inziens sprake van een fout en dit niet alleen in de rechtsverhouding met de kredietnemer maar tevens t.a.v. de borg. De bank weet of moet dan minstens weten dat deze laatste *de facto* de enige hoofdschuldenaar zal zijn. Dit brengt voor de borg ongetwijfeld een niet-gewilde uitbreiding van diens verbintenis teweeg en doet bovendien afbreuk aan de ware draagwijdte van de zekerheidsfunctie. Het geannoteerde vonnis moge deze problematiek op treffende wijze illustreren (*infra*, nr. 8).

6. *Schijn van kredietwaardigheid en informatieverplichtingen in de relatie bank/borg.* De vrederechter stelt in het geannoteerde vonnis vast dat eiseres foutief krediet verleende aan een onvermogen, waardoor verweerder, afgaande op de aldus geschapen schijn van solvabiliteit, in de borgstelling toestemde. Belangrijk is dat de fout dus niet deze schijnbare kredietwaardigheid betreft, doch wel de beslissing tot kredietverlening waarbij de schijn reeds een daaruit voortvloeiend schadelijk gevolg voor derden is (zie ook Cornelis, L., *l.c.*, nr. 24).

Talrijk zijn de gevallen waarin de bank, met succes, de borg zelf onzorgvuldigheid verwijt, omdat hij, gelet op zijn nauwe relatie met de kredietnemer (het betrof leningen aan vennootschappen waarvoor bestuurders, zaakvoerders of aandeelhouders zich borg stelden), beter dan wie ook de financiële toestand van de debiteur kende of behoorde te kennen of hiernaar kon informeren (bv. Brussel, 25 november 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 160; Kh. Charleroi, 23 oktober 1986, *Rev.Rég-*

.Dr., 1987, 27; Rb. Namen, 9 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 641; Brussel, 12 februari 1992, *T.B.H.*, 1993, 1041).

Moet de bank de borg inlichten over de solvabiliteit van de debiteur of dient de borg zelf deze informatie te vergaren? De doctrine stelt dat de bank in dezen geen verplichtingen jegens de borg heeft, zodat ze slechts in geval van bedrog aansprakelijkheid zal oplopen (bv. Verbeke, A., «Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser», *R.W.*, 1993-94, (1129), 1135; Dirix, E., «Zekerheidsrechten en uitwinning», in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, C.B.R. (red.), Antwerpen, Maklu, 1994, (315), nr. 5). Een zorgvuldig borg zal dus zelf inlichtingen inwinnen. Staat zijn eigen fout in dit verband tevens in causaal verband met de schade, dan leidt dit tot een verdeling van aansprakelijkheid tussen de borg en de bankier in de mate waarin ieders fout de schade heeft veroorzaakt. Zou de concrete schade dezelfde zijn geweest, ook zonder de fout van de bankier, dan wordt het causaal verband van deze laatste met de schade door de eigen fout van het «slachtoffer» doorbroken, zodat de bankier niet aansprakelijk is.

Welke argumenten zijn er om te beweren dat de borg zelf moet informeren? In rechtspraak en doctrine wordt gewezen op het eenzijdig karakter van de borgstellingsovereenkomst (Simler, P., *Le cautionnement*, Parijs, Litec, 1982, nr. 277), op de bestaansreden van de borgstelling die te vinden is in de vertrouwensrelatie tussen borg en gewaarborgde, zodat de borg hieruit zijn informatie moet putten, en ten slotte op het conflict tussen de informatie- en discretieplicht van de bank en de privacy van de hoofdschuldenaar (Antwerpen, 15 december 1992, *R.W.*, 1992-93, 1030, noot Lanoye, L.).

Contracten tussen een bank, een beroepsbeoefenaar, en een consument, een leek impliceren in beginsel een vertrouwensrelatie waarbij de op de beroepsbeoefenaar rustende plicht tot volledige informatieverstreking de leek in staat moet stellen met kennis van zaken zijn toestemming te geven (zie Freix, D., «Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1992, (1187), nrs. 50-53). Toegepast op het contract van borgstelling heeft deze informatieplicht mijns inziens inhoudelijk betrekking op de juiste draagwijdte en begrenzing van de verbintenis van de borg, maar strekt ze zich niet uit tot mededelingen omtrent de solvabiliteit van de debiteur, die eerder verband houdt met de beweegredenen van de borg die terug te vinden zijn in de dekkingsverhouding en in principe vreemd blijven aan de relatie tot de bank. Deze conclusie lijkt mij des te meer gerechtvaardigd wanneer die dekkingsverhouding familiebanden inhoudt. Er anders over oordelen zou bovendien een bedreiging vormen voor de discretieplicht waartoe kredietinstellingen ongetwijfeld gehouden zijn jegens hun cliënten (zie hierover Buyle, J.P. en Willems, A., «La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation des documents», *Rev.Dr. U.L.B.*, 1992, (145), 167) en die in evenwicht moet kunnen blijven met mededelingsplichten.

7. *Rechtsbescherming in de Wet op het consumentenkrediet van 12 juni 1991.* Ingevolge art. 15 W. Cons. mag de kredietgever slechts een kredietaanbod voorleggen wanneer hij, getuigd op de gegevens waarover hij beschikt of zou moeten beschikken, o.m. op basis van de raadpleging van de centrale gegevensbank (art. 71) en de informatie via ondervraging

van de consument verkregen (art. 10), redelijkerwijs kan aannemen dat de consument in staat zal zijn zijn verplichtingen na te komen. De kredietgever zal dus eerst de kredietwaardigheid van de aspirant-kredietnemer moeten onderzoeken. In dit verband verwijst de memorie van toelichting naar de artt. 1409 t.e.m. 1412 Ger.W. De kredietgever gaat hier inspannings- en geen resultaatsverbintenissen aan: kent hij krediet toe in omstandigheden waarin een normaal, redelijk en voorzichtig kredietgever zich zou hebben onthouden, dan kan hij aansprakelijk worden gesteld in zoverre ook aan de vereisten van schade en causaal verband is voldaan. Art. 92 W. Cons. laat naast de aldaar gestelde specifieke sanctie ook toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels toe.

De wet bevat geen richtlijnen over de rol van de aangeboden zekerheden bij de solvabiliteitsbeoordeling. Op grond van een teleologische interpretatie van de wet die de bescherming van de consument tegen overmatige schuldenlast als hoofddoel heeft, mag naar mijn oordeel bij de kredietwaardigheidsbeoordeling enkel de situatie van de consument, aanvrager van het krediet, in ogenschouw genomen worden, zodat de vaststelling dat voor een insolvable consument een volstrekt solvabele borgstelling wordt aangeboden, niet tot een kredietaanbod mag leiden. De kredietnemer is en blijft immers hoofdschuldenaar, ook na de betaling door de borg, al is het dan tegenover deze laatste i.p.v. tegenover de bank. Het feit dat een der verplichte vermeldingen in het kredietaanbod de geëiste zekerheden betreft (art. 14, § 3, 8°), kan geen afbreuk doen aan deze stelling. Alleen deze interpretatie kan er immers naar mijn mening toe bijdragen het wetsdoel te bereiken.

De bescherming van de borgen wordt geconcentreerd rond een betere voorlichting, zowel vóór het sluiten als tijdens de uitvoeringsfase van de overeenkomst. De kredietgever zal de borg moeten inlichten over de draagwijdte van de financiële verplichtingen van de kredietnemer en de grenzen van zijn eigen gehoudenheid: volgens art. 34 W. Cons. moet de kredietgever hem vooraf en gratis een exemplaar van het kredietaanbod of de kredietovereenkomst overhandigen, bij gebreke waaraan hij is vrijgesteld van elke verbintenis (art. 97 W. Cons.). Nergens vereist de wet dat de borg ingelicht wordt omtrent de (in)solvabiliteit van de kredietnemer. De borg die oordeelt dat ten onrechte krediet is verstrekt, kan schending van art. 15 W. Cons. aanvoeren. Net als in het gemene recht zal hij dan moeten aantonen dat een normaal zorgvuldig bankier in de gegeven omstandigheden geen krediet zou hebben verleend. De door de Wet Consumentenkrediet jegens de borg opgelegde formaliteiten kunnen er in ieder geval toe bijdragen dat hij vooraf beter de ernst en draagwijdte van zijn verbintenissen gaat inzien.

8. *Evaluatie: toetsing van de uitspraak aan de vooropgezette bedenkingen.* Het vonnis van de vrederechter is gewezen naar gemeen recht. Art. 15 W. Cons., in werking getreden op 1 januari 1993 (K.B. 4 augustus 1992, *B.S.*, 8 september 1992), kan immers niet toegepast worden t.a.v. de voordien, op 12 augustus 1992, toegestane persoonlijke lening op afbetaling.

De vrederechter stelt vast dat eiseres in casu de zorgvuldigheidsplicht van art. 1382 B.W. heeft geschonden. De gegevens voorkomend in haar beslissingsfiche wijzen er namelijk op dat de terugbetalingscapaciteit van de leenster nihil was: een invalide met een maandinkomen van 15.000 fr., zonder onroerende goederen, doch met reeds verschuldigde

mensualiteiten van 23.100 fr., zal bezwaarlijk nog eens 8.000 fr. extra kunnen afbetalen voor de nieuwe lening. Eiseres betwist deze gegevens niet, maar meende eruit te moeten concluderen dat een borg vereist was. Verweerder was dan ook *de facto* hoofdschuldenaar, i.p.v. borg. Eiseresses verweer op tegeneis is vrij summier: zij meent dat de jurisprudentiële ontwikkeling waarbij bankiers op gemeenrechtelijke gronden aansprakelijk worden gesteld voor fouten n.a.v. het toestaan van een krediet aan insolvabele handelaars (*supra*, nr. 5), niet getransponeerd kan worden naar kredietverlening aan consumenten, omdat de Wet Consumentenkrediet blijkbaar die problematiek moet opvangen. Deze visie wordt terecht afgewezen: niets belet een gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering van de borg indien, zoals *in casu*, de algemene zorgvuldigheidsplicht niet is nagekomen, te meer daar rechtspraak en doctrine t.a.v. tal van verbinteniserrechtelijke leerstukken reeds een strengere houding voorstonden ten voordele van consumenten. De vrederechter lijkt impliciet van mening te zijn dat de borg gerechtigd was op de – foutief – toegekende schijn van kredietwaardigheid te mogen afaan. Een vader zou bovendien, relationeel gezien, de borgstelling voor een lening aan zijn dochter niet kunnen weigeren. Het argument van de eigen onderzoeksplicht van de borg naar de kredietwaardigheid van de kredietnemer (*supra*, nr. 6), heeft eiseres, verweester op tegeneis, niet aangevoerd. Naar mijn mening heeft de borg hier wellicht ook een onzorgvuldigheid begaan: leenster was zijn eigen invalide dochter, zodat hij normalerwijze van haar financiële toestand niet onwetend kon of mocht zijn. I.p.v. te beweren dat een vader «relationeel genoodzaakt» was tot die borgstelling, kan men evenzeer beweren dat het juist de taak van een vader is zijn dochter voor ondoordachte, verkeerde beslissingen te behoeden.

Aan de twee andere vereiste componenten, de *schade* en het *causaal verband* met de fout, is in de motivering van het vonnis nauwelijks aandacht besteed: de schade bestaat uit de «gevolgen van de borgstelling». Het oorzakelijk verband lijkt geen bijzondere problemen op te leveren: zonder de fout (krediet toch toestaan ondanks volstrekt gebrek aan kredietwaardigheid) zou immers geen lening zijn toegestaan, zodat de borg dan ook geen verbintenissen op zich genomen zou hebben. De schadevergoeding waartoe eiseres wordt veroordeeld, wordt gecompenseerd met verweerders contractuele betalingsverplichting. Verweerders bijkomende schade is wordt afgewezen.

Het belang van het geannoteerde vonnis bestaat vooral hierin dat wordt aangetoond dat ook op gemeenrechtelijke basis onzorgvuldige kredietverlening aan consumenten door een sanctie getroffen kan worden. Fundamenteel rijst ook de vraag naar de rol die de zekerheden in de kredietwaardigheidsbeoordeling van de kredietaanvrager mogen spelen, een probleem waarover de wetgever zich jammer genoeg ook in de Wet Consumentenkrediet niet uitgesproken heeft.

Annick De Boeck
Assistente UFSIA

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Jan Wouters

Hof van Justitie, 15 november 1994

Sluiting van internationale overeenkomsten inzake dienstverlening en intellectuele eigendom – Respectieve bevoegdheden van de Gemeenschap en de lidstaten – Procedure van artikel 228, lid 6, EG

Aangezien art. 113 EG geen exhaustieve definitie bevat van «gemeenschappelijke handelspolitiek», blijft de vraag open of – en zo ja, in welke mate – dienstverlening en intellectuele eigendom onder het toepassingsgebied van dit artikel ressorteren. Op deze vraag heeft het Hof in het verleden reeds een begin van antwoord verschaft. Zo lijdt het na het AETR-arrest van 31 maart 1971 (zaak 22/70, Commissie/Raad, *Jur.*, 1971, 263, r.o. 22) geen twijfel meer dat de Gemeenschap beschikt over zgn. «impliciete» externe bevoegdheden inzake dienstverlening, terwijl het Hof in zijn advies 1/75 van 11 november 1975 (*Jur.*, 1975, 1355, op blz. 1362) aangaf dat art. 113 EG niet alleen van toepassing is op goederenverkeer maar ook op dienstverlening (*in casu* de verstrekking van exportkrediet) die verbonden is met de uitwisseling van goederen en koopwaar. Ten slotte blijkt uit o.m. de arresten «Tsjernobyl» van 29 maart 1990 (zaak C-62/88, Griekenland/Raad, *Jur.*, 1990, I-1527, r.o. 15-20) en «algemene tariefpreferenties» van 26 maart 1987 (zaak 45/86, Commissie/Raad, *Jur.*, 1987, 1493, r.o. 20) dat handelspolitieke maatregelen onder art. 113 EG kunnen worden uitgevaardigd, zelfs indien ze ook andere communautaire doelstellingen nastreven. Het is derhalve niet *a priori* uitgesloten, krachtens art. 113 EG een maatregel uit te vaardigen die én handelspolitiek van aard is én een vrijmaking van het dienstenverkeer of de bescherming van intellectuele eigendom beoogt.

Voor de Commissie ging deze rechtspraak niet ver genoeg. Tijdens de voorbereiding van het Verdrag van Maastricht stelde ze voor, in het EG-Verdrag een nieuw art. «Y17» op te nemen, dat de Gemeenschap exclusief bevoegd zou maken in o.m. de domeinen «diensten» en «intellectuele eigendom» (zie *Bull. EG*, suppl. 2/91, 98-99). Na volgehouden verzet van de meeste lidstaten, werd dit voorstel eerst tweemaal afgezwakt en daarna afgevoerd.

In een nauwelijks verholen poging om van het Hof te verkrijgen wat ze van de lidstaten niet kreeg, richtte de Commissie op 21 maart 1994 een adviesaanvraag tot het Hof krachtens art. 228, lid 6, EG. Gevraagd werd in de eerste plaats naar de bevoegdheid van de Gemeenschap om de «Algemene overeenkomst inzake de handel in diensten» (hierna: «GATS») en de «Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele-eigendomsrechten, daaronder begrepen de handel in namaakartikelen» (hierna: «TRIPS») te sluiten, die beide zijn gehecht aan de «Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie» (hierna: «WTO-Overeenkomst»). De Commissie, die de opvatting verdedigde dat de Gemeenschap beide overeenkomsten alleen kan sluiten, wilde voorts weten of de Gemeenschap niet ook ex-

clusief bevoegd is tot sluiting van die onderdelen van de WTO-Overeenkomst die betrekking hebben op produkten en/of diensten die uitsluitend onder de werkingssfeer van de EGKS- en Euratom-verdragen vallen.

Voor het Hof argumenteerden de meeste lidstaten dat de Gemeenschap haar externe bevoegdheden inzake dienstverlening en intellectuele eigendom met hen dient te delen, en moet uitoefenen volgens de intern geldende besluitvormingsprocedures. Op 15 november 1994 oordeelde het Hof inderdaad dat de bevoegdheid tot sluiting van zowel GATS als TRIPs door de Gemeenschap en de lidstaten wordt gedeeld. Voor de sluiting van multilaterale overeenkomsten over de handel in goederen (inclusief namaakartikelen en produkten die onder de EGKS- en Euratom-verdragen ressorteren) verklaarde het Hof de Gemeenschap wel bij uitsluiting bevoegd.

Vernieuwend is niet zozeer deze einduitspraak, als wel het onderscheid dat het Hof hanteert tussen diensten «waar er geen verplaatsing (is) van de dienstverrichter naar het land van de ontvanger, noch, omgekeerd, verplaatsing van de ontvanger naar het land van de dienstverrichter», en diensten waar zulks wel het geval is (r.o. 44-45). Deze laatste categorie diensten en «de bijzondere diensten die het transport uitmaken» (r.o. 48) maken volgens het Hof (nog) niet het voorwerp uit van een externe exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap. Van een *expliciete* bevoegdheidsopdracht kan geen sprake zijn nu art. 3 EG «maatregelen inzake binnenkomst en verkeer van personen in de interne markt» onderscheidt van «gemeenschappelijke handelspolitiek», en het EG-Verdrag naast een titel over gemeenschappelijke handelspolitiek, aparte hoofdstukken over het vrije verkeer van natuurlijke en rechtspersonen en een aparte titel over transport bevat (r.o. 46 en 48). Eventuele *impliciete* externe bevoegdheden zijn op dit ogenblik niet exclusief, aangezien de Gemeenschap nog niet alle door GATS en TRIPs geregelde materies op het interne vlak heeft geregeld (r.o. 77, 81 en 97).

Van dienstverlening zonder verplaatsing aanvaardt het Hof daarentegen wel dat ze binnen de werkingssfeer van art. 113 valt, omdat ze «enige gelijkenis (vertoont) met goederenverkeer, waarvan buiten kijf staat, dat het tot het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek in de zin van het Verdrag behoort» (r.o. 44 en 53). Dankzij deze uitspraak kan de Gemeenschap nu aanspraak maken op exclusieve externe bevoegdheid in enkele van de snelst groeiende sectoren van onze moderne diensteneconomie, zoals telecommunicatie, audiovisuele en – tot op zekere hoogte – financiële dienstverlening.

Hierom alleen reeds mag men advies 1/94 niet zomaar afdoen als een overwinning voor de lidstaten en een tegenvaller voor de Commissie. Trouwens, ook op andere punten ziet de Commissie haar zienswijze door het Hof bevestigd. Zo verwerpt het Hof de stelling dat handel in diensten *per se* en om principiële redenen van het toepassingsgebied van art. 113 EG zou zijn uitgesloten (r.o. 41) of dat sommige TRIPs-bepalingen tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten zouden behoren (r.o. 104). De rechters benadrukken ook dat de omstandigheid dat de verdragshoofdstukken betreffende vrije vestiging en dienstverlening enkel de verwezenlijking van die vrijheden *voor de onderdanen van de lidstaten van de Gemeenschap* als doelstelling vermelden, niet betekent dat de gemeenschapsinstellingen de hun in die hoofdstukken verleende bevoegdheden niet zouden mogen gebruiken «om

de aan onderdanen van derde landen toe te kennen behandeling te preciseren» (r.o. 90). Voorts bevestigen ze dat er tussen de Gemeenschap en de lidstaten een plicht tot nauwe samenwerking bestaat, die «des te sterker (geldt) in het geval van overeenkomsten als die welke aan de WTO-overeenkomst zijn gehecht, waartussen een onlosmakelijk verband bestaat, en gelet op het mechanisme van kruiselingse vergelding» (r.o. 109). Ten slotte heeft het Hof in de door de Commissie voorgestelde zin geoordeeld over de ontvankelijkheid van de adviesaanvraag (r.o. 11-12), de formulering van de vragen (r.o. 14), de vertegenwoordiging van de van de lidstaten afhankelijke gebieden (r.o. 17-18) en de financiering van de WTO (r.o. 21). We zijn dan ook geneigd, het advies 1/94 te kwalificeren als een evenwichtige – bovendien stevig gemotiveerde en helder ingedeelde – *compromistekst*, van het soort dat de lidstaten en Europese instellingen ten tijde van de onderhandelingen over het Unieverdrag niet hebben kunnen verwezenlijken. Men mag het Hof er bovendien mee feliciteren, dit compromis binnen de redelijke termijn van zeven maanden tot stand te hebben gebracht.

Vermelden we voor de volledigheid dat advies 1/94 de uitkomst kan beïnvloeden van het nog hangende beroep tot nietigverklaring dat het Parlement heeft ingesteld tegen twee raadsbesluiten die een oorspronkelijk aan communautaire ondernemingen voorbehouden gunstregime inzake overheidsopdrachten uitbreiden tot ondernemingen uit de Verenigde Staten (zaak C-360/93, *Pb.*, 1993, C 232). In dat beroep stelt het Parlement immers zonder omwegen dat art. 113 EG de Gemeenschap geen bevoegdheid verleent om het dienstenverkeer met derde landen te regelen.

(Voltallig Hof – Advies 1/94 – Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie)

W. Devroe

President van het Gerecht van Eerste Aanleg, 1 december 1994

Mededinging – Gebruik, in een procedure voor de nationale rechter, van door de Commissie gegeven punten van bezwaar

Verzoekster is een Nederlandse onderneming tot wie de Commissie, in het kader van een procedure onder verordening nr. 17 (*Pb.*, 1962, 13, 204) een «mededeling van punten van bezwaar» had gericht. Het gaat om een document waarin wordt samengevat welke inbreuken – naar het voorlopig oordeel van de Commissie – de betrokken onderneming op de artikelen 85 en 86 E.G.-Verdrag heeft begaan. In de loop van de procedure had de Commissie meerdere klachten ontvangen tegen Postbank. Bovendien werd voor een Nederlandse rechtbank door de ondernemingen Nuon en Mega Limburg (die niet formeel tot de klagers behoorden) een geding aangespannen tegen Postbank. Nuon en Mega Limburg kregen op hun verzoek door de Commissie een kopie toegezonden van de aan Postbank gerichte mededeling van punten van bezwaar, maar wel met het verbod deze tekst aan derden vrij te geven. Op 30 augustus verzochten Mega Limburg en Nuon de Commissie formeel om toestemming om het document te gebruiken in een voor het Gerechtshof te Amsterdam hangend geding. Aan dat verzoek gaf de Commissie gevolg op 23

september 1994. Na de Commissie vruchteloos te hebben aangemaand op deze beslissing terug te komen, wendde Postbank zich op 22 oktober 1994 tot het Gerecht om de vernietiging te verkrijgen van de Commissiebeslissing; bovendien werd de President van het Gerecht op dezelfde datum verzocht de werking van de beslissing bij voorlopige maatregel op te schorten.

De President wijst het verzoek toe op 1 december, vijf dagen vóór het document zou worden gebruikt voor het Gerechtshof te Amsterdam. Deze beschikking bevestigt nogmaals het vrij genereus beleid van de President van het Gerecht inzake voorlopige maatregelen: in het algemeen worden deze toegestaan wanneer de door verzoekster aangevoerde middelen niet *klaarblijkelijk* van elke grond zijn ontdaan, en wanneer *niet kan worden uitgesloten* dat het niet opleggen van de gevraagde maatregelen zou resulteren in ernstige en moeilijk te herstellen schade. De President gaat niet in op het verzoek van Postbank om Mega Limburg en Nuon het bevel op te leggen om de litigieuze documenten terug te vragen van de nationale rechter. Immers, beide ondernemingen zijn derden t.a.v. de voor het Gerecht gevoerde procedure, en het Gerecht heeft t.a.v. hen geen bevoegdheid. Wél legt de President de Commissie de verplichting op om zijn beschikking zonder verwijl te bezorgen aan Mega Limburg en Nuon.

(Beschikking van de President – Zaak T-353/94 R, Postbank NV/Commissie)

H.M. Gilliams

Hof van Justitie, 6 december 1994

E.E.X. – Aanhangigheid (art. 21) – Samenhang (art. 22) – Verhouding met het Internationaal Verdrag betreffende het conservatoir beslag op zeeschepen

Is een EEX-rechter, bevoegd op basis van het Internationaal Scheepsbeslagverdrag, verplicht om de EEX-litispendingeregeling toe te passen indien een soortgelijke vordering reeds bij een andere EEX-rechter aanhangig is gemaakt? Deze belangrijke vraag is gerezen in een geschil waarvan de volgende feiten de grondslag vormden.

Een lading sojaolie, als stortgoed vervoerd aan boord van het Poolse schip Tatry, blijkt bij aankomst vervuild te zijn door diesel. Hierop stellen de eigenaars van het schip, vóór alle andere procedures, o.b.v. de artt. 2 en 6, § 1, EEX een vordering in voor de Nederlandse rechtbank om vast te stellen dat zij niet aansprakelijk gesteld konden worden voor de verontreiniging. De eigenaars van de goederen maken ondertussen voor de Engelse rechter een vordering aanhangig tot het leggen van een bewarend beslag op het Poolse schip (dit tot vergoeding van de schade aan hun goederen). Voor deze beslagprocedure baseert het Engelse Admiralty Court zijn bevoegdheid op het – door het V.K. geratificeerde – Internationaal Verdrag inzake het conservatoir beslag op zeeschepen (tekst in *B.S.*, 19 juli 1961).

De door de scheepseigenaars opgeworpen exceptie van aanhangigheid (art. 21 EEX) werd door de Engelse rechter in eerste aanleg afgewimpeld op grond dat de bij hem aanhangig gemaakte eis noch hetzelfde onderwerp betrof noch op dezelfde oorzaak berustte als de eerder in Nederland ingestelde vordering. Terwijl de Engelse beslagprocedure strekte tot vergoeding van de eigenaars van de goederen, be-

oogde de Nederlandse procedure immers precies het tegenovergestelde. Van oordeel dat eerst de toepasselijkheid van het EEX vastgesteld dient te worden, alvorens over de eventuele aanhangigheid te kunnen discussiëren, stelt de Engelse Court of Appeal het Hof van Justitie bovengenoemde prejudiciële vraag over de verhouding tussen het EEX en het Scheepsbeslagverdrag.

Luidens art. 57 EEX hebben verdragen die voor bijzondere onderwerpen de bevoegdheid, erkenning of tenuitvoerlegging regelen, en waarbij EEX-landen partij zijn, voorrang op het EEX. Volgens het Hof geldt deze primauteit van de bijzondere verdragen evenwel slechts voor de onderwerpen die specifiek door het betrokken verdrag geregeld worden. Gevallen die in deze verdragen geen bijzondere regeling kennen, blijven aan het EEX onderworpen (*lex specialis generalibus derogat*). Daar het Internationaal Scheepsbeslagverdrag wel bepaalde bevoegdheidsregels doch geen regeling inzake aanhangigheid en samenhang bevat, antwoordt het Hof – in navolging van A.-G. Tesauro – dan ook dat in het onderhavige geschil de artt. 21 en 22 EEX toepasselijk kunnen blijven.

Vervolgens gaat het Hof dieper in op de voorwaarden voor communautaire aanhangigheid. Volgens art. 21 EEX dient de tweede rechter een reeds aanhangige vordering slechts te verwijzen naar de eerste rechter «indien de vorderingen hetzelfde onderwerp betreffen, op dezelfde oorzaak berusten en tussen dezelfde partijen ingesteld zijn». Conform zijn vroegere rechtspraak (arrest van 8 december 1987, zaak 144/86, Gubisch, *Jur.*, 1987, 4861) bevestigt het Hof dat deze begrippen verdragsautonoom geïnterpreteerd dienen te worden. De aard van de betrokken vorderingen (actio in personam dan wel actio in rem) is bijgevolg irrelevant voor de Europese litispending. De «oorzaak» van de vordering wordt door het Hof omschreven als «de feiten en de rechtsregel die tot staving van de vordering worden aangevoerd» (r.o. 39) terwijl met «onderwerp» van de vordering, het eigenlijke «doel van de vordering» bedoeld wordt (r.o. 41). Op basis van deze ruime definities besluit het Hof dan ook dat er identiteit van oorzaak en onderwerp bestaat tussen enerzijds de eis van de eigenaars van de goederen tot schadevergoeding en anderzijds de eerder ingestelde vordering van de scheepseigenaars tot ontkenning van hun aansprakelijkheid voor de geleden schade. Beide vorderingen betreffen immers dezelfde vervuilde goederen en zijn gericht op het vaststellen van de aansprakelijkheid. M.b.t. het vereiste «dezelfde partijen» verduidelijkt het Hof nog dat, indien de partijen in beide procedures niet volledig identiek zijn, de tweede rechter zich uiteraard slechts onbevoegd dient te verklaren t.a.v. de partijen reeds betrokken in de procedure voor de eerste rechter en het geschil mag aanhouden t.a.v. de overige partijen. De eventuele versnippering van het geding, waartoe dit aanleiding kan geven, wordt volgens de Europese rechters opgevangen door art. 22 EEX (samenhangende vorderingen).

Door de Europese aanhangigheids- en samenhangregeling worden parallelle procedures die mogelijk tot tegenstrijdige uitspraken kunnen leiden, vermeden. Gezien deze belangrijke functie kunnen prejudiciële beslissingen waarin aan de voorwaarden van de artt. 21 en 22 EEX een ruime interpretatie wordt gegeven, beaamd worden.

(Voltallig Hof – Zaak C-406/92, Tatry)

I. Couwenberg

Hof van Justitie, 13 december 1994

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Deeltijdarbeid als nevenbetrekking – Verschil in beloning – Indirecte discriminatie

Het Hof van Justitie heeft zich reeds dikwijls moeten uitspreken over geslachtsdiscriminatie bij deeltijdarbeid. Sommige arresten hebben het nodige stof doen opwaaien. De zaak Grau-Hupka versus Stadtgemeinde Bremen zal evenwel de geschiedenisboeken niet halen. I.c. had de verzoekster gedurende 35 jaar een voltijdbaan gehad als muziklerares aan het stedelijk conservatorium. Sinds 1991 ontving zij een wettelijk ouderdomspensioen en een maandelijks uitkering uit hoofde van de aanvullende pensioenregeling voor werknemers in overheidsdienst. Zij bleef evenwel deeltijds lesgeven. Toen ze nog voltijds werkte, werd mevrouw Grau-Hupka per uur betaald, zoals bepaald in de collectieve arbeidsovereenkomst. Sinds zij deeltijds werkte, ontving ze – wegens het feit dat ze nu een nevenbetrekking uitoefende – een lagere vaste vergoeding. Ze verzocht de werkgever dan ook om haar opnieuw per uur te betalen. Deze weigerde dit. Hij meende dat het ontvangen van een pensioen moest worden gelijkgesteld met het vervullen van een hoofdbetrekking. Deeltijdarbeid uitgevoerd in nevenbetrekking viel buiten het toepassingsgebied van de C.A.O., zodat verzoekster achter het net viste.

Het Arbeidsgericht Bremen stelde daarover twee prejudiciële vragen. Van enige Duitse Gründlichkeit was bij de formulering ervan evenwel weinig te merken zodat het Hof, na een nogal kregelige argumentatie, besloot dat de eerste prejudiciële vraag zelfs niet hoefde te worden beantwoord. De tweede vraag strekte ertoe te vernemen of het beginsel van de gelijke beloning verbiedt dat het ontvangen van een ouderdomspensioen wordt gelijkgesteld met het vervullen van een hoofdbetrekking die bestaanszekerheid verschaft, wanneer dat ouderdomspensioen is verminderd als gevolg van inkomensderving in verband met de opvoeding van de kinderen. Deze vraag is ingegeven door de vaststelling dat meer vrouwen dan mannen enige tijd thuisblijven om de kinderen op te voeden zodat hun pensioen relatief lager is. De discriminatie zou erin bestaan dat een dergelijk «verminderd» pensioen wordt beschouwd als een inkomen uit een hoofdbetrekking waardoor de werkgever de betrokkene voor diens deeltijdarbeid een lagere beloning mag betalen. Het Hof merkt op dat er geen sprake is van een beloningsdiscriminatie, want blijkbaar staat alleen de vermindering van het pensioen ter discussie. Dit zou eventueel een schending van Richtlijn 79/7 kunnen betekenen, maar ook dat is niet het geval.

Zowel uit de conclusie van de advocaat-generaal als uit het arrest blijkt een zekere irritatie. Nationale rechters die hun huiswerk – zoals i.c. – slecht maken, bezorgen het Hof veel werk waardoor ze minder tijd hebben voor ernstige zaken.

(Vijfde Kamer – Zaak C-297/93, Grau-Hupka)

P. Humblet

Hof van Justitie, 15 december 1994

Gelijke beloning van mannen en vrouwen – Deeltijdwerk – Overuren

Twee dagen na het arrest in de zaak Grau-Huka (*supra*) heeft het Hof zich opnieuw uitgesproken over deeltijdwerk. Vijf Duitse rechterlijke instanties hadden prejudiciële vragen gesteld m.b.t. de vergoeding van overuren van deeltijdwerknemers.

Voltijdwerknemers tewerkgesteld door de Duitse federale overheid krijgen voor werkuren boven de normale wekelijkse arbeidstijd (38,50 uur), een toeslag van 15 tot 25%. Deeltijdwerkers presteren ook soms overuren boven hun contractuele wekelijkse arbeidstijd, maar onder de wekelijkse arbeidstijd van voltijdse werknemers. Voor dit meerwerk wordt het normale uurloon betaald, maar geen surplus. Deze regeling werd door een aantal werkneemsters gewraakt. Uiteraard is hier geen sprake van directe geslachtsdiscriminatie. De verschillende regeling heeft immers alleen maar betrekking op het onderscheid tussen voltijd- en deeltijdwerk. Daar vrouwen in de regel meer deeltijdwerk verrichten dan mannen, zou er evenwel sprake kunnen zijn van een indirecte discriminatie.

Van ongelijke behandeling is volgens het Hof sprake wanneer de totale beloning die aan een voltijdwerknemer wordt betaald, bij hetzelfde aantal uren dat uit hoofde van een dienstbetrekking is gewerkt, hoger is dan aan deeltijdwerknemers wordt betaald. Dit is evenwel niet het geval in deze zaken. Een deeltijdwerknemer met een contractuele arbeidstijd van achttien uur ontvangt voor het negentiende uur dezelfde totale beloning als een voltijdwerknemer voor negentien arbeidsuren. Uiteraard zal het voor deeltijdwerknemers bijna onmogelijk zijn om ooit aanspraak te kunnen maken op het surplus. Dat is echter niet relevant. Zoals de advocaat-generaal opmerkt, zou juist de door de verzoekers voorgestelde oplossing tot discriminatie leiden. Indien het Hof hen zou volgen, zouden – wanneer overuren moeten worden verricht – bij hetzelfde aantal gewerkte uren, de deeltijdwerknemers duurder worden.

Wanneer men aanneemt dat de betaling van een surplus voor overuren als doel heeft de vrije tijd van de werknemer te garanderen, dan schort er toch wel iets aan een dergelijke – weliswaar juridisch coherente – uitspraak. De vrouwen in deze zaak werken misschien maar achttien uur voor een loon, maar verrichten daarnaast misschien evenveel uren schaduwarbeid (opvoeding van de kinderen, wassen, koken, enz.). Als de werkgever hen overuren laat verrichten, pleegt hij een «aanslag» op hun vrije tijd. Hij hoeft hiervoor geen extra te betalen.

We signaleren dienaangaande dat de Belgische wetgever wel een prijskaartje aan het overwerk van deeltijdwerknemers heeft gehangen (zie K.B. van 25 juni 1990, *B.S.*, 30 juni 1990).

(Zesde Kamer – Gevoegde zaken C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, Angelika Helmig e.a. versus Stadt Lengerich e.a.)

P. Humblet

BOEKEN

S. GUTWIRTH, **Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht**, Antwerpen/Brussel, Maklu/V.U.B. Press, 1993, 846 pp.

Het voorliggende boek, dat de handelseditie is van een doctoraal proefschrift dat collega Gutwirth op 15 december 1992 aan de V.U.B. verdedigde, handelt over de verhouding tussen recht en wetenschap en meer specifiek over de waarheidsvraag. Dat is een hele kluit, en daarom is het boek wellicht ook zo dik geworden.

De centrale vraag is welke houding het recht moet aannemen ten aanzien van nieuwe wetenschappelijke en technische ontwikkelingen. Gutwirths standpunt hierin is dat het recht al te klakkeloos de wetenschappelijke en technische innovaties naholt (en dus wellicht vaak te laat komt). Zodoende dreigt het te verworden tot een ordeningsinstrument waar allerlei belangengroepen maar al te graag greep op zouden krijgen.

Teneinde zijn standpunt te staven ontwikkelt de auteur een aantal theoretische beschouwingen aan de hand van de recente ontwikkelingen in de informatica en de reactie van het recht daarop.

Aanleiding voor de uitwerking van een nieuw informaticarecht ziet hij in de ontwikkeling van allerlei nieuwe informatietechnieken en het in gebreke blijven van zowel het publiek als het privaatrecht om aan de gerezen problemen te beantwoorden. In dit verband wijst de auteur op de algemene dematerialisering die wordt teweeggebracht door de zgn. informatie(r)evolutie en een symptomatische afwezigheid van het recht. In het verlengde hiervan signaleert hij de weerbarstigheid van informatie in het juridiseringsproces, en de belangenconflicten die daarrond kunnen ontstaan. Informatie is vluchtig, immaterieel en onlichamelijk. Zij vertoont enerzijds aspecten van koopwaar en anderzijds ook van een vrij goed (een «res nullius» of een «res communis»).

Ter staving geeft de auteur een uitvoerige beschrijving van – vooral buitenlandse – visies inzake rechten op informatie. Gutwirth zelf situeert zijn eigen benadering tussen de zg. Canadese school, volgens welke informatie in beginsel vrij circuleert en slechts uitzonderlijk en op tijdelijke basis eigendomsrechten kunnen worden toegekend, en de meer radicale «resource-benadering», volgens welke informatie als een volstrekt vrij goed moet worden beschouwd en dus niet vatbaar is voor eigendomsrechten.

Vervolgens drukt de auteur zijn twijfels uit over het bestaan van een informatiemaatschappij. Er is geen enkele reden om aan te nemen, aldus Gutwirth, dat de nieuwe informatietechnieken of de huidige produktie van nieuwe informatie per definitie fundamentele veranderingen aanbrengen in de huidige economische of machtsverhoudingen binnen de maatschappij. Maar zelfs, door de focus te richten op informatie wordt verdoezeld dat het in feite gaat om *informatica*, met de daaraan gekoppelde economische en strategische belangen.

Verder twijfelt de auteur eraan of de juridische vraagstukken die de informatica oproept dermate uitzonderlijk zijn dat zij een «nieuwe» rechtstak noodzakelijk maken. Ten aanzien van informatie en informatica bestaat namelijk reeds recht, zodat oplossingen het best zoveel mogelijk binnen het bestaande kader worden gezocht.

Los van de stelling dat liefst niet zomaar recht wordt bijgemaakt teneinde de wetgevingsinflatie min of meer in te kunnen dijken, kan echter de vraag worden gesteld of het informatierecht wel herleid kan worden tot een zuiver discours ten voordele van nieuwe informatietechnieken en de belangen die daardoor worden gediend.

In een meer praktijkgericht deel behandelt de auteur enkele juridische vraagstukken die gewoonlijk in het informaticarecht worden gesitueerd. Hierbij geeft hij een aantal beschouwingen over informatica als technisch-wetenschappelijke activiteit en de plaats die zij inneemt in de samenleving. Hier worden de conclusies van de vroegere analyses bevestigd. Vervolgens bespreekt hij een aantal theorieën, zowel binnen- als buitenlandse, die strekken tot staving van een specifiek informatica- en informatierecht. Hij komt in dit verband tot het besluit dat zowel het ongenueanceerde pragmatisme van het informaticarecht als het meer subtiel fundamentalisme van het informatierecht getuigen van een visie op het recht als beleidsinstrument dat ten dienste staat van maatschappelijke invoering van

technisch-wetenschappelijke artefacten en kennis. Een fundamentele bezinning over de eigenheid en noodwendigheid van de nieuwe informatietechnieken enerzijds en de rol van het recht m.b.t. deze technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen anderzijds ontbreekt echter volledig.

De auteur gaat dan over tot een bespreking van de juridische problematiek van de bescherming van computerprogramma's en chips. De oplossingen die in dit verband werden gegeven, hebben volgens hem geleid tot een verkrachting en een uitholling van het bestaande recht met betrekking tot informatie, namelijk het octrooirecht, het auteursrecht en de juridische bescherming van know how.

Ook de juridische bescherming van de privacy wordt aan de orde gesteld. Na een historisch overzicht volgt een bespreking van de verschillende in dezen geldende regels in het Belgische recht. Een en ander geeft dan aanleiding tot een analyse van de juridische grondslag van het recht op «privacy». Met Rigaux komt hij (terecht) tot de conclusie dat «privacy» geen subjectief recht is maar een fundamentele vrijheid. Ook de impact van de informatica op de persoonlijke levenssfeer komt aan bod, zij het dan uitsluitend wat betreft de bescherming van de geautomatiseerde verwerking van gegevens met betrekking tot personen. Na een schets van enkele wettelijk geregementeerde bestanden wordt een overzicht gegeven van het werk van enkele internationale organisaties die in dat domein werkzaam zijn, en worden ook verschillende wetsonwerpen besproken. Zoals men weet is ondertussen ook de wet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van kracht geworden (men zie De Schutter, B. e.a., «De Belgische privacy-wetgeving, een eerste analyse», *R.W.*, 1992-93, 1145-1154).

Bijzonder boeiend is de analyse die Gutwirth geeft van de verhouding tussen informatica en strafrecht, meer in het bijzonder in verband met de strafbaarstelling van diefstal van computergegevens of andere informatie. De rechtspraak dienaangaande wordt terecht bekritiseerd, wegens de soms stuntelige constructies die (in de soms wat moeilijke terminologie van de auteur) worden toegeschreven aan de «negatieve reflexwerking van de intellectuele rechten en het know how beschermingsrecht op het strafrecht». Indien namelijk de specifiek toepasselijke wet geen strafrechtelijke sancties stelt, kunnen deze volgens hem niet worden gezocht in het gemene strafrecht.

Hiermee toont de auteur aan dat een rechtstheoretische bezinning op het recht in een ruim en interdisciplinair perspectief een vruchtbaar inzicht kan geven in de problemen die in een concreet werkende rechtsorde kunnen ontstaan. In dit verband kan worden gewezen op de problemen die in de jaren vijftig en zestig aanleiding hebben gegeven tot een wetgevend ingrijpen met betrekking tot het probleem van de gebruiksdiefstal en meer in het bijzonder met betrekking tot het fenomeen van de «joy-riding» of de wederrechtelijke rit met andermans auto.

Het theoretische kader dat de auteur hiervoor construeert is even indrukwekkend als omvangrijk. Het is niet de bedoeling hierop binnen dit bestek dieper in te gaan, maar het moet worden gezegd dat een diepgaande analyse wordt geboden van de mogelijkheden om aan (rechts)wetenschap te doen. Hierin komen drie dimensies aan bod. Een eerste dimensie is metawetenschappelijk, en laat vragen stellen bij de absolute waarheidsaanspraken van de klassieke of moderne wetenschappen om uit te komen bij een meer gematigde epistemologische stelling volgens welke waarheidsaanspraken slechts relatief kunnen zijn. Een tweede dimensie is rechtstheoretisch (en zelfs rechtsfilosofisch) van aard. Binnen deze dimensie stelt de auteur vast dat het recht wordt geërodeerd door de absolute waarheidsaanspraken van de wetenschap. Dit betekent dat wat als «wetenschappelijk» kan worden verkocht, een haast onaantastbaar bestaan begint te leiden, terwijl volgens de eerste dimensie ook «wetenschappelijke» uitspraken slechts relatieve waarheidspretenties kunnen hebben. Een derde rechtspositivistische (persoonlijk hadden we de term «wetspositivistisch» verkozen, omdat rechtspositivisme een wat kwalijke geur heeft in de rechtstheorie en de rechtsfilosofie) dimensie maakt het mogelijk de stellingen te illustreren aan de hand van het vigerende recht. Zulks gebeurt aan de hand van het informaticarecht, waarin de auteur zich het best thuisvoelt. Maar eigenlijk komen bijna alle rechtstakken aan bod, tot zelfs het, volgens de auteur, falende milieurecht.

Een rechtsfilosofische klassieker die ook aan bod wordt gesteld is de Cartesiaanse tegenstelling tussen subject en object. Dat onderscheid wordt sterk bekritiseerd (al is de auteur niet de eerste, en wellicht ook niet de laatste om dat te doen). De vraag of we de filosofie

van Descartes kunnen (en ook moeten) overstijgen, is moeilijk te beantwoorden. Overigens lijkt het hele discours omtrent dierenrechten daaraan te zijn vastgeknoot. Als dieren rechten hebben zoals mensen, dan is het nog maar de vraag of zij er evenveel hebben of andere? In dit verband kan worden opgemerkt dat het niet noodzakelijk is om het Cartesianisme te overstijgen (als we daar al in zouden kunnen slagen) maar wel om het begrip «dierenrechten» te vertalen naar *plichten* van mensen. Deze oplossing is, naar het voorkomt, eenvoudiger te realiseren dan een geheel nieuw filosofisch systeem op poten te zetten dat erop neerkomt dat schapen die in Nieuwpoort worden gelost meer respect krijgen dan rijkswachters wier taak het is om de orde te handhaven (men zie in dit verband ook Villey, M., «L'humanisme et le droit» in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Parijs, Dalloz, 1969, 69, voor een indringende beschouwing over dierenrechten). Zo men inderdaad kiest voor dierenrechten, dan kiest men voor een anti-humanisme, en die keuze gaat veel verder dan men zich meestal bewust is.

Tot besluit zouden we willen stellen dat het boek van Serge Gutwirth een grondige studie is van een actueel probleem, zij het dat hij wellicht beter meer tijd had genomen om een kort boek te schrijven. De auteur gaat uit van zijn eigen voorkeuren in de literatuur (zo wordt bv. ten onrechte het werk van de Franse filosoof Ricoeur niet vermeld). Naast soms mysterieuze bewoordingen («gering juridisch gehalte»), gewaagde gelijkstellingen («klassiek en modern hanteer ik als synoniemen»), leuke woordcombinaties («temporiseringsmoment») komen in zijn boek vele diepliggende conclusies voor waar- onder de volgende: het recht moet differenties beheren en geen gemiddelden opleggen.

Véronique Thielman
Luc J. Wintgens

E.T. FETERIS, *Redelijkheid in juridische argumentatie. Een overzicht van theorieën over het rechtvaardigen van juridische beslissingen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 307 pp.

Het argumentatie- en rechtsvindingsproces door de rechter beheerste tot aan het einde van de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig in vrijwel de gehele westerse wereld het rechtstheoretische discours. Hier te lande culmineerde deze belangstelling met name in studies door Van Gerven (*Het beleid van de rechter*) en Van Hoecke (*De interpretatievrijheid van de rechter*). Daarna viel het debat wat stil, andere topics verschenen in het centrum van de belangstelling (kritische rechtstheorie, «law and economics»...). De jongste jaren lijkt er evenwel sprake van een hernieuwde belangstelling voor het argumentatie- en rechtsvindingsproces *an sich*, een belangstelling die wellicht mede te wijten is aan het feit dat de ontwikkelingen in de wetenschapsgebieden waaruit geput wordt voor inzichten op dit terrein (zoals de argumentatietheorie), in de tussentijd ook niet hebben stilgestaan. Het was tijd voor een up-date.

Het onderhavige boek kenmerkt zich met name door het overzichtskarakter ervan. Het is in de eerste plaats bedoeld als een inleiding op de theorieën van een aantal bekende auteurs op het terrein, en daardoor vooral (maar niet alleen) gericht op het onderwijs. Achtereenvolgens komen aan de orde: Toulmin, Perelman, Habermas, MacCormick, Alexy, Aarnio en Peczenik. De theorieën worden in eerste instantie verticaal, dat wil zeggen zonder verwijzingen naar elkaar, gepresenteerd. In twee afrondende hoofdstukken wordt vervolgens een overzicht gegeven van respectievelijk de belangrijkste stromingen en onderwerpen die in het argumentatieonderzoek aan de orde zijn gekomen, en wordt aangegeven hoe de inzichten die uit het onderzoek voortvloeien kunnen worden ingezet bij het beoordelen en analyseren van juridische argumentatie.

Hoewel het boek zeker geschikt is als een eerste introductie tot genoemde auteurs en thematiek, blijft het m.i. een beetje steken op het niveau van de loutere beschrijving. Deze bedenking laat de verdiensten van het boek overigens onverlet.

Maurice Adams

AANGEKONDIGD

B. VANDERSTICHELEN, *B.T.W.-stelsel 1995*, Brussel, Instituut der Accountants, 700 p., 2.120 fr.

W.G. HUIJGEN, *Economische eigendom*, Zwolle, Tjeenk Willink, 104 p., 32,50 fl.

L.E.M. HENDRIKS en J. WÖRETSHOFER, *Milieustrafrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 282 p., 75 fl.

F.T. OLDENHUIS, J.G. IDSARDI en A.M. KLOOSTERMAN, *Jurisprudentie huurrecht 1950-1993*, Zwolle, Tjeenk Willink, 208 p., 49,50 fl.

J. VELAERS, E.H.M. HIRSCH BALLIN e.a., *Recht en Europese cultuur – Europees recht en cultuur*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 132 p., 875 fr.

N. GEELHAND, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het erfrecht*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 398 p., 3.250 fr.

Ch. NUYTS, H. MICHIELS en Ch. DE VROOM, *Jaargids voor de Politiediensten 1995*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 564 p., 1.475 fr.

D. MARTIN, *La libre circulation des personnes dans l'Union Européenne*, Brussel, Bruylant, 536 p., 3.800 fr.

R. FORESTINI, *Droit fiscal* (derde druk), Brussel, Bruylant, 940 p., 6.800 fr.

M. DEKETELAERE (red.), G. HAEMELS, B. DELTOUR, K. DEKETELAERE, B. VERHOEVE en B. GILLE, *Recente ontwikkelingen in het afvalstoffenrecht*, Brugge, Die Keure, 224 p., 1.950 fr.

R. DEBLAUWE en A. HAELTERMAN, *Is er nog leven na de Luxemburgse holding?* (Biblo-dossier Fiscaliteit 27), Kalmthout, Biblo, 61 p.

MEDEDELINGEN

Colloquium: Agrarisch Recht en Natuurbehoud

In het kader van het Europees jaar voor het natuurbehoud 1995 organiseert het Europees Comité voor Agrarisch recht (C.E.D.R.) en Ruralité – Environnement – Développement (R.E.D.), op 19 en 20 oktober 1995 te Straatsburg een colloquium over agrarisch recht en natuurbehoud.

Voor bijkomende inlichtingen dient u zich te wenden tot M. Heyerick, Secretaris-generaal C.E.D.R., p/a Vlaamse Landmaatschappij, Guldenvlietlaan 72, 1060 Brussel (tel. 02/538.81.60).

The British Council - Studiebeurzen

De British council biedt beurzen aan, bestemd voor jonge juristen die reeds twee jaar stage gelopen hebben.

Er bestaan twee alternatieve programma's die gebaseerd zijn op het Engelse en Schotse recht en die hoogst waarschijnlijk georganiseerd zullen worden in London en Edinburgh van Januari tot einde juni 1996.

De programma's bestaan uit theoretisch onderricht en seminarie- werk in het Engelse en Schotse recht, een stage bij een "solicitor" en bij een "barrister".

Een vlotte kennis van het Engels is onontbeerlijk

Geïnteresseerde Belgische en Luxemburgse juristen worden uitgenodigd hun kandidatuur in te dienen bij de British Council te Brussel vóór eind juni 1995 (Jozef II straat 30, 1040 Brussel; tel. (02)219.36.00).