

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

H. TACKAERT en M. VAN OPSTAL, Sociaalrechtelijke aspecten van grensarbeid: een stand van zaken 1001

Rechtspraak

Verzekering – Motorrijtuigen – Gezag van gewijsde van strafvonnis – Veroordeling van verzekeraar en verzekerde tegenover de burgerlijke partij – Hoger beroep van de verzekeraar alleen – Devolutieve kracht van het hoger beroep
Cass. 29 september 1999 (met noot van G. Jocué, «Art. 29bis W.A.M.-wet en het hoger beroep van de W.A.M.-verzekeraar») 1013

1. Beschikking om niet – Schenking bij testament – Oorzaak – Verdwijning – Verval – Voorwaarde – **2. Rechtshandelingen** – Geldigheid – Vereiste van oorzaak – Beoordeling – Tijdstip
Cass. 21 januari 2000 (met noot van J. Neuts, «Over het verval van het testament als gevolg van het verdwijnen van de oorzaak») 1016

1. Werkloosheid – Werkloosheidsuitkering – Volledig werkloze – Bedrag – Berekeningsbasis – Periode van vier weken – **2. Bevoegdheid en aanleg** – Materiële bevoegdheid – Arbeidsrechtbank – Rechtsmacht – Werkloosheid – Werkloosheidsuitkering – Berekeningsbasis – Gemiddeld loon
Cass. 24 januari 2000 1021

Strafvordering – Onderzoek – Fiscale ambtenaren – Medewerking aan het strafonderzoek – Omvang
Cass. 20 juni 2000 (met noot van H. Vanderlinden, «De B.B.I.: haar deskundigheid maakt van haar nog geen deskundige») 1021

Huwelijk – Borgstelling door een van de echtgenoten – Belang van het gezin – Beoordeling
Hof Antwerpen 22 november 1999 1023

Faillissement – Verschoonbaarverklaring – Faillissement van achterman van de vennootschap – Samenvoeging van beide faillissementen – Geen onsplitsbaarheid tussen beslissing verschoonbaarheid van vennootschap en achterman
Hof Antwerpen 30 oktober 2000 1024

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke schuldenregeling – Gelijkheidsbeginsel – Voorrechten
Rb. Leuven 7 september 1999 (met noot) 1025

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke schuldenregeling – 1. Gelijkheidsbeginsel – Voorrechten – 2. Afwijking van drempels beslagbaarheid – Motivering
Rb. Turnhout 25 november 1999 (met noot) 1026

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke schuldenregeling – 1. Gelijkheidsbeginsel – Voorrechten – 2. Looptijd regeling – Beoordelingselementen
Rb. Leuven 18 januari 2000 (met noot) 1027

Pacht – Opzegging voor gezinsdoeleinden – 1. Herleiding van de opzegging tot de maximum toelaatbare oppervlakte – 2. Schending van dading gesloten in het raam van een eerdere opzegging – Gevolg voor van verpachter uitgaande opzegging – 3. Feitelijke continuïteit tussen de woning en het onroerend goed, voorwerp van de opzegging
Vred. St.-Truiden 16 februari 1999 1027

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen – Mogelijkheid tot wijziging na echtscheiding – Toepassing van art. 1288, laatste lid, Ger.W., als aangepast bij de wet van 20 mei 1997 – 1. Toepassing in de tijd – 2. Nieuwe omstandigheden buiten de wil van partijen – Ouder worden van het kind – Specifieke onderwijssituatie – 3. Toepassing van het criterium «belang van het kind»
Vred. Westerlo 25 februari 2000 1029

Europese rechtspraak «Rechten van de mens» in kort bestek

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Journalist – Publicatie van gegevens over belastbaar inkomen industrieel – Informatie van algemeen belang
E.H.R.M. 21 januari 1999 (door E. Brems) 1032

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Strafvordering – Recht van verdachte om zich ter terechtzitting te laten vertegenwoordigen door een raadsman – Verhouding tot verplichting van beklaagde om persoonlijk ter terechtzitting te verschijnen – Verstek en verzet
E.H.R.M. 21 januari 1999 (door A. Dierickx) 1032

Art. 3 Eerste Protocol E.V.R.M. – Recht op vrije keuze van parlementaire vertegenwoordigers – Rechtstreekse verkiezingen voor het Europese Parlement – Rechtsmacht van het E.H.R.M.
E.H.R.M. 18 februari 1999 (door M. Desomer) 1033

Art. 9 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van geweten en godsdienst – Eedaflegging van parlementsleden op bijbel – Ongeoorloofde beperking van vrijheid van godsdienst
E.H.R.M. 18 februari 1999 (door W. Vandenhole) 1034

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Recht op toegang tot de rechter – Jurisdictionele immuniteit van internationale instelling – Geoorloofde beperking
E.H.R.M. 18 februari 1999 (door P. Lemmens) 1035

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Belediging van ambtenaren – Geldboete – Bescherming van de openbare orde – Geoorloofde beperking
E.H.R.M. 21 februari 1999 (door H. Panken) 1036

Art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M. – Recht op eigendom – Ongestoord genot van eigendom – Aantasting van eigendom door overheid – Legaliteitsvereiste – Verplichting van overheid om zich te schikken naar rechterlijke beslissing of bevel
E.H.R.M. 25 maart 1999 (door D. Van Eeckhoutte) 1037

In memoriam

Georges Franck (door J. Stevens) 1038

Boeken

M.J.G.C. Raaijmakers, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht (door P. Baert) 1039
F.M.Noordam, Hoofdzaken socialezekerheidsrecht (door D. Simoens) 1039

Mededelingen

Seminaries: Ontwikkelingen inzake Europees financieel en economisch recht 1040
Lunchvoordracht: Hyperlinking 1040
Studiedag: De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht 1040
Studiedag: Bestrafingen van internationaalrechtelijke misdaden 1040
Voorstellingsvideo herstelbemiddeling 1040

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

Hoofredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

Redactie: A. Van Oevelen (hoofredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.950 f., Advocaten-stagiair: 4.650 f., Studenten: 2.950 f.

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.



Robert Half International

International Corporate Office

zoekt

Junior Legal Counsel

Profiel

- U bent licentiaat in de rechten en gepassioneerd door sociaal recht
- U heeft een grondige kennis van het Frans, Nederlands en Engels
- Goede kennis van Word
- U bent discreet, nauwkeurig en communicatievaardig
- U kan zelfstandig werken

Functie

- Na een opleidingsperiode zal u instaan voor het beheer en opvolging van juridische dossiers i.v.m. het sociaal recht
- Door constante analyse van de verschillende wetten van het sociaal recht, verzekert u een juridische ondersteuning aan onze filialen
- Als specialist in zowel sociaal recht als de wetgeving eigen aan de uitzendsector, beantwoordt u alle vragen van onze kantoren
- U ondersteunt de European Legal Advisor in diverse projecten

Indien u geïnteresseerd bent in deze functie, aarzel niet uw curriculum vitae te sturen naar:

Robert Half International - Paola Bon - 't Hofveld 6E - 1702 Groot-Bijgaarden
hrinternal@rhi.net

SOCIAALRECHTELIJKE ASPECTEN VAN GRENSARBEID: EEN STAND VAN ZAKEN*

I. E.E.R.-ONDERDANEN¹

Een van de peilers van het eengemaakte Europa is het vrij verkeer van personen (art. 39, ex art. 48 EG-verdrag). Om dit vrij verkeer te waarborgen en te zorgen dat de nationale socialezekerheidswetgevingen geen belemmeringen zouden vormen, werden coördinatieverordeningen opgesteld. Het belangrijkste instrument inzake grensoverschrijdende tewerkstelling en dus ook inzake grensarbeid binnen de E.E.R., is de verordening nr. 1408/71² en de uitvoeringsverordening nr. 274/72. Deze verordeningen beogen niet één Europees sociaal statuut voor de migrerende werknemers in het leven te roepen, noch over te gaan tot de harmonisatie van de verschillende nationale socialezekerheidssystemen. Hun doel «beperkt» zich tot de coördinatie van de onderscheiden systemen van de lidstaten. De sociale wetgeving van iedere lidstaat stelt haar eigen regelen vast: zij bepaalt wie, wanneer en waarvoor verzekerd is. De verordening tracht enkel te voorkomen dat werknemers die achtereenvolgens of gelijktijdig in verschillende lidstaten werken, of in het ene land wonen en in het andere werken, geen socialezekerheidsrechten hebben of hun rechten zouden verliezen.³

A. Definitie

Verordening nr. 1408/71 definieert als grensarbeider: «iedere werknemer of zelfstandige die zijn beroepswerkzaamheden uitoefent op het grondgebied van een lidstaat en woont op het grondgebied van een andere lidstaat, waarheen hij in beginsel dagelijks of ten minste eenmaal per week terugkeert» (art. 1, b) EG-Verordening).

Dit is al ver verwijderd van de klassieke definitie van een grensarbeider als zijnde «de persoon die wonend in de omgeving van een staatsgrens, deze grens dagelijks oversteekt om aan de andere kant ervan te gaan werken».⁴ Zo is iemand die werkt in Barcelona maar wekelijks terugvliegt naar zijn woonplaats in Keulen, een grensarbeider.

Het wonen en werken in een bepaald welomschreven grensgebied is niet vereist in het huidige Europese socialezekerheidsrecht in tegenstelling tot de fiscale omschrijving. Een werknemer kan dus grensarbeider zijn voor de socia-

lezekerheidsinstanties, terwijl hij dat niet is voor de fiscus en omgekeerd.

Een grensarbeider die door de onderneming waaraan hij normaal verbonden is, wordt gedetacheerd in dezelfde lidstaat of naar een andere lidstaat, behoudt gedurende maximum vier maanden zijn hoedanigheid van grensarbeider, ook al kan hij tijdens deze periode niet dagelijks of niet ten minste eenmaal per week naar huis terugkeren.⁵ In de praktijk komt dit zelden voor.

Het is mogelijk dat het formeel in verschillende lidstaten gesitueerd zijn van werk- en woonplaats niet steeds de kwalificatie als grensarbeider meebrengt. Een bijzondere situatie was het geval van een persoon die verhuisde naar een andere lidstaat dan die waarin hij tewerkgesteld was, maar na die verhuis haar activiteiten niet meer daadwerkelijk uitoefende (wegens het opnemen van vakantie en nadien van moederschapsverlof). Het Hof van Justitie oordeelde dat zulke personen niet meer onder het begrip «grensarbeider» vallen.⁶ Zo gebeurt het dat definities van de verordeningen, hoewel ze klaar en duidelijk zijn, als gevolg van de rechtspraak van het Hof van Justitie aanleiding geven tot onduidelijkheden.

Het Hof van Justitie creëerde, naar aanleiding van het arrest Miethe, het begrip van «atypische grensarbeider».⁷ Het betrof hier een Duitser die in België woonde, maar zijn werk in Duitsland had. Toen hij werkloos werd, had hij (op grond van art. 71, eerste lid, sub a-ii, verordening) recht op werkloosheidsuitkering in België. Hij stelde echter een vordering in om de (hogere) werkloosheidsuitkering in Duitsland te verkrijgen. Het Hof besliste dat, rekening houdende met de omstandigheid dat de binding met het vroegere woonland zo sterk was gebleven en de geringe kansen op de Belgische arbeidsmarkt, de grensarbeider in dit geval recht zou hebben op de Duitse werkloosheidsuitkering. De heer Miethe was dus wel een grensarbeider in de zin van art. 1 van de verordening, maar het Hof achtte de betrokkene voor de toepassing van art. 71 een «werknemer, die geen grensarbeider is». Het arrest werd door de Duitse en Belgische instanties naast zich neergelegd.⁸ Het is duidelijk dat de situatie waarbij iemand een grensarbeider is volgens de algemene definitie van de verordening, maar voor een bepaalde socialezekerheidstak van de verordening dan weer niet, aanleiding kan geven tot de nodige verwarring.

Uit de definitie en de rechtspraak blijkt dat het centrale gegeven in de grensarbeidersdefinitie het begrip «woonplaats» is. De verordening definieert het begrip «woon-

* De tekst werd afgesloten op 1 april 2000.

¹ E.E.R.-onderdanen zijn onderdanen van de EU-lidstaten (België, Denemarken, Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Groot-Brittannië, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zweden) of van Liechtenstein, Noorwegen en IJsland.

² Hierna verordening.

³ X. *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

⁴ G. JOOSTEN, P. SCHOUKENS en D. PIETERS, «Onderzoek naar de onderwerping van personen werkzaam in een land maar onderworpen aan het socialezekerheidsstelsel van een ander land», *B.T.S.Z.* 1993, 698-699.

⁵ Art. 1, b) *in fine* verordening.

⁶ H.v.J. 22 september 1988, zaak 236/87 (Bergemann), *Jur.* 1988, 5152; H. VERSCHUEREN, «Definities en conflictregels m.b.t. grensarbeid in EG-verordening nr. 1408/71», in Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 43.

⁷ H.v.J. 12 juni 1986, zaak 1/85 (Miethe), *Jur.* 1986, 1837; Y. JORENS en S. GEENEN (red.), *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, Brugge, Die Keure, 1999, 6.

⁸ Zie eveneens Afdeling V, § 2, Werkloosheidsreglementering.

plaats» als zijnde de normale verblijfplaats. Het begrip «woonplaats» wordt onderscheiden van het begrip «verblijfplaats», waaronder de tijdelijke verblijfplaats wordt begrepen.⁹

Het Hof van Justitie preciseerde dat de woonplaats verwijst naar die lidstaat waarin het gewone centrum van de belangen van betrokkenen zich bevindt. Hierbij kunnen verschillende elementen in overweging worden genomen, zoals de woonplaats van de gezinsleden of de plaats waar de betrokkene zijn vaste werkkring heeft. Daarbij moet dus niet alleen naar de gezinssituatie worden gekeken, maar ook naar de redenen van het verblijf in het buitenland en de aard en de omstandigheden van de aldaar verrichte werkzaamheden. Er moet worden gelet op de duur en de bestendigheid van zijn woonplaats vóór het vertrek, de duur en het doel van zijn afwezigheid, de aard van de in de andere lidstaat verrichte werkzaamheden, alsmede de intentie van betrokkene, zoals die uit alle omstandigheden blijkt. Het begrip «woonplaats» wordt dus duidelijk een feitenkwestie die door de nationale rechter moet worden beoordeeld op grond van de concrete omstandigheden.¹⁰

B. Afbakening met verwante categorieën

1^o Detachering

Inzake grensoverschrijdende tewerkstelling is detachering een alombekend begrip. Detachering impliceert dat *een werknemer door de onderneming waaraan hij normaal verbonden is naar een andere lidstaat wordt uitgezonden om daar voor haar rekening tijdelijk (d.w.z. voor een te verwachten duur die, in beginsel, twaalf maanden niet overtreft) arbeid te verrichten*. Noodzakelijk is derhalve dat er tijdens de detacheringen een band blijft bestaan tussen de detacherende onderneming en de gedetacheerde werknemer.¹¹

De verordening voorziet in specifieke regelen met betrekking tot de vaststelling van de toe te passen wetgeving op deze categorie van personen. In het geval van detachering blijven deze personen onderworpen aan de wetgeving van de uitzendende lidstaat.

Het is in de praktijk niet onmogelijk dat de betrokkene minstens een keer per week terugkeert naar de uitzendende lidstaat en daar zijn woonplaats behoudt, zodat hij inderdaad beantwoordt aan de grensarbeidersdefinitie (zie *supra*). Wel zal hij niet beschouwd kunnen worden als een grensarbeider in de zin van art. 71 verordening (in verband met de werkloze grensarbeider), omdat deze bepaling alleen maar van toepassing is op personen die tijdens het verrichten van

hun laatste werkzaamheden op het grondgebied van een andere dan de bevoegde lidstaat woonden.¹² Dit is niet het geval met een gedetacheerde die zijn woonplaats behoudt op het grondgebied van de staat aan wiens socialezekerheidswetgeving hij onderworpen blijft.¹³

2^o Seizoenarbeid

Volgens de verordening 1408/71 is een seizoenarbeider «iedere werknemer die zich begeeft naar het grondgebied van een andere lidstaat dan die, op het grondgebied waarvan hij woont, teneinde aldaar voor rekening van een onderneming of voor een werkgever uit deze staat seizoenarbeid te verrichten voor een tijdvak dat in geen geval langer dan acht maanden mag duren, en die gedurende zijn werkzaamheden op het grondgebied van bedoelde staat verblijft; onder seizoenarbeid wordt verstaan arbeid die van het seizoen afhankelijk is en elk jaar automatisch terugkeert».¹⁴

Een seizoenarbeider beantwoordt dus niet aan de grensarbeidersdefinitie, omdat hij niet minstens een keer per week naar zijn woonstaat terugkeert. De verordening voorziet in geen specifieke bepalingen voor deze categorie van personen.

C. Verordening 1408/71

1^o Algemeen

Zoals reeds vermeld, is verordening 1408/71 het te hanteren werkinstrument in geval van grensoverschrijdende tewerkstelling en dus ook bij grensarbeid. Opzet van de verordening is de coördinatie van de verschillende socialezekerheidswetgevingen van de lidstaten van de EU. De nationale wetgevers blijven bevoegd zelf te bepalen wie zij verzekeren, welke uitkeringen zij verlenen en onder welke voorwaarden; ze bepalen autonoom de berekeningswijze van de uitkeringen, de duur van de uitkering, het bedrag, ... zolang er maar geen discriminatie tussen burgers van de EU wordt gemaakt. Deze coördinatie zorgt er enkel voor dat een werknemer die in een andere lidstaat wil gaan werken, zijn socialezekerheidsrechten niet verliest wegens voorwaarden die in andere stelsels van sociale zekerheid gelden. Daarenboven wordt ervoor gezorgd dat een migrerende werknemer op het vlak van zijn socialezekerheidssituatie niet wordt benadeeld in vergelijking met een werknemer die gedurende zijn hele loopbaan in een enkele lidstaat heeft gewerkt.

Deze coördinatie steunt op een viertal principes:

a) Eenheid van wetgeving

Een eerste belangrijk principe is dat van eenheid van de toepasselijke wetgeving. Bij grensoverschrijdend verkeer kan het immers gebeuren dat een migrerende werknemer ofwel tegelijkertijd onderworpen is aan twee wetgevingen (positief wetsconflict) ofwel dat hij aan geen enkele wetgeving is onderworpen (negatief wetsconflict). Dit vloeit voort uit het feit dat de nationale wetgevers bevoegd blijven om de criteria te bepalen op basis waarvan een socialezekerheids-

⁹ Art. 1, h) en i), verordening.

¹⁰ H.v.J. 19 februari 1977, zaak 76/76 (Di Paolo), *Jur.* 1977, 315; H.v.J. 12 juni 1973, zaak 13/73 (Angenieux t/ Hakenberg), *Jur.* 1973, 935; H.v.J. 13 november 1990, zaak C-216/89 (Reibold), *Jur.* 1990, I-4163 en H.v.J. 8 juli 1992, zaak 102/91 (Knoch), *Jur.* 1992, I-4341 en H. VERSCHUEREN, *l.c.*, *Grensarbeid*, 44-45.

¹¹ Art. 14, eerste lid, verordening en H. VAN HOOGENBEMT, «Aanwijziging van de toepasselijke wet inzake sociale zekerheid», in H. VAN HOOGENBEMT (red.), *Werken en grenzen. Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*, Kalmt-hout, Biblo, 1990, nr. 88.

¹² H.v.J. 29 juni 1995, zaak C-454/93 (van Gestel), *Jur.* 1995, I-1707; H.v.J. 27 januari 1994, zaak C-287/92 (Toosey), *Jur.* 1994, I-279.

¹³ H. VERSCHUEREN, *l.c.*, *Grensarbeid*, 46.

¹⁴ Art. 1, sub c), verordening.

stelsel al dan niet op iemand van toepassing is. Zo moet men bijvoorbeeld in bepaalde landen wonen om er onderworpen te zijn aan de socialezekerheidswetgeving. In andere landen daarentegen is de voorwaarde dat men er werkt.

Zonder coördinatie zou de toepassing van deze verschillende criteria tot wetsconflicten kunnen leiden. Deze wetsconflicten werken belemmerend voor het vrij verkeer van personen en moeten dus worden vermeden. Daarom werden in de verordening verwijzingsregels opgenomen die aan de hand van een uniform aanknopingspunt de toepasselijke wetgeving aanduiden. Een migrerend persoon zal zo aan één wetgeving onderworpen zijn en enkel en alleen aan deze wetgeving, met uitsluiting dus van elke andere wetgeving. In het algemeen is een werknemer (of zelfstandige) onderworpen aan de wetgeving van het land waarin hij werkt, zelfs indien hij in een ander land woont. In dit land zal hij zijn bijdragen moeten betalen en dit land zal de uitkeringen betalen.

b) Discriminatieverbod

Een tweede belangrijk principe is het verbod van discriminatie tussen personen van verschillende nationaliteit. De verordening bepaalt dat alle personen, op wie ze van toepassing is, inzake sociale zekerheid dezelfde rechten en plichten hebben als eigen onderdanen.

c) Behoud van verworven rechten

Het derde principe houdt in dat men zijn socialezekerheidsrechten die men in zijn leven verworven heeft, binnen de EU behoudt. Dit is de mogelijkheid om socialezekerheidsrechten te exporteren. Woonplaatsvereisten zijn in beginsel altijd verboden, zowel wanneer ze een voorwaarde zijn voor de uitbetaling van een uitkering, als wanneer ze een voorwaarde zijn voor de toekenning van het recht op een uitkering.

d) Behoud van rechten in opbouw

Een vierde principe is het behoud van de rechten die men aan het verwerven is. Voor het verkrijgen van een recht op uitkering moet eventueel rekening worden gehouden met de periodes van verzekering, arbeid of ingezetenschap krachtens de wettelijke regeling van elke andere lidstaat.

Deze in andere lidstaten vervulde periodes worden fictief geacht volbracht te zijn krachtens de toepasselijke wetgeving. Dit is het zogenaamde samentellen van tijdvakken.¹⁵ Door dit principe kunnen migrerende werknemers toch bepaalde rechten opbouwen, ondanks veranderingen of zelfs breuken in hun internationale loopbaan.¹⁶

¹⁵ In de verschillende sectoren van het socialezekerheidsrecht is dit van belang indien een «wachttijd» wordt geëist. In de bespreking van de verschillende sectoren wordt daar niet meer uitvoerig op teruggekomen.

¹⁶ J. VAN STEENBERGE en Y. JORENS, *Grenzen verwerken*, Brugge, Die Keure, 1995, 18-21.

2° Het personele toepassingsgebied

De verordening is van toepassing op werknemers en zelfstandigen (en ambtenaren en studenten).¹⁷ De verordening verwijst voor de definitie van deze begrippen naar de socialezekerheidswetgevingen van de lidstaten en houden geen verband met de wijze waarop de uitgeoefende werkzaamheden in het arbeidsrecht worden gekwalificeerd.¹⁸

Belangrijk is dat de verordening enkel van toepassing is op werknemers en zelfstandigen op wie de wetgeving van een of meer lidstaten van toepassing is of geweest is en die onderdanen van een van de lidstaten zijn. Dit heeft tot gevolg dat onderdanen van derde landen geen beroep kunnen doen op de verordening, zelfs in het geval ze verzekerd zijn onder het stelsel van een lidstaat (tenzij hun nagelaten betrekkingen EU-onderdanen zijn dan wel op het grondgebied van een van de lidstaten wonende staatlozen of vluchtelingen zijn).¹⁹⁻²⁰ Een uitzondering wordt gemaakt voor op het grondgebied van een van de lidstaten wonende staatlozen of vluchtelingen, alsmede voor de gezinsleden en voor de nagelaten betrekkingen²¹ van EU-onderdanen.²²

3° Het materiële toepassingsgebied

De verordening is van toepassing op alle wettelijke regelingen betreffende de volgende takken van sociale zekerheid: prestaties bij ziekte en moederschap; prestaties bij invaliditeit; uitkeringen bij ouderdom; uitkeringen aan nagelaten betrekkingen; prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten; uitkeringen bij overlijden; werkloosheidsuitkeringen; gezinsbijslagen.²³

Het betreft de acht traditionele takken van socialezekerheidsrecht, zoals die eveneens zijn opgesomd in de ILO-Convention nr. 102. Problemen hieromtrent rijzen bij het ontstaan van nieuwe uitkeringen in de nationale socialezekerheidswetgevingen. De vraag naar de juiste kwalificatie hiervan is van groot belang, daar op de verschillende risico's verschillende bepalingen van toepassing zijn.²⁴ Zo was er bijvoorbeeld de vraag of de Duitse «*Pflegeversicherung*» een prestatie bij ziekte dan wel een prestatie bij invaliditeit is. Het antwoord is belangrijk voor de exporteerbaarheid ervan, en dus voor grensarbeiders een

¹⁷ Art. 2, eerste en derde lid, verordening.

¹⁸ Art. 1, a), verordening en H.v.J. 30 januari 1997, zaak C-340/94 (De Jaeck).

¹⁹ Art. 2, tweede lid verordening.

²⁰ De Commissie diende in 1995 en 1997 een voorstel in om het personeel toepassingsgebied uit te breiden tot niet-EU-onderdanen (COM (95) 284 def. Juni 1995, *P.B.C* nr. 242 van 19 september 1995 en COM (97) 561 def. 10 december 1997, *P.B.C* nr. 6 van 10 januari 1998).

²¹ Ook voor het begrip «nagelaten betrekking» verwijst de verordening naar de nationale socialezekerheidswetgevingen (art. 1, g), verordening).

²² Art. 2, eerste lid, verordening.

²³ Art. 4, eerste lid, verordening.

²⁴ Y. JORENS, «De toepassing in België van verordeningen (EEG) n° 1408/71 en 574/72. Algemeen rapport», in Y. JORENS en S. GEENEN (red.), *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, Brugge, Die Keure, 1999, 11.

concreet probleem. Het Hof van Justitie besliste dat het om een prestatie bij ziekte gaat.²⁵

De verordening is *niet van toepassing op stelsels van conventioneel brugpensioen of vervroegde uitdiensttreding (VUT)*, omdat zij niet voorkomen op de lijst. Het Belgische conventioneel brugpensioen en de Nederlandse regeling voor vervroegde uitdiensttreding hebben op het eerste gezicht heel wat met elkaar gemeen. Beide regelingen zijn weliswaar gericht op het einde van de loopbaan maar verschillen grondig in voorwaarden, uitkeringen en gevolgen:

- bij vervroegd uittreden wordt de arbeidsovereenkomst vrijwillig beëindigd, terwijl bij brugpensioen de werknemer wordt ontslagen;

- vervroegd uittreden wordt gefinancierd door bijdragen van werkgevers en werknemers gedurende de volledige loopbaan, terwijl het brugpensioen deels door de werkloosheidsverzekering en deels door een aanvullende vergoeding van de werkgever wordt gefinancierd;

- de praktische uitwerking van het vervroegd uittreden is conventioneel uitgewerkt, terwijl die van het brugpensioen voor een groot deel door de overheid gebeurt.

In de praktijk stellen beide regelingen problemen voor grensarbeiders. Zo zal de Belgische grensarbeider die gebruik maakt van de VUT-regeling, niet langer verzekerd zijn voor de Nederlandse volksverzekeringen, zal er geen opbouw meer gebeuren voor een AOW-pensioen (algemeen ouderdomspensioen) en zullen er geen Nederlandse kinderbijslagen uitgekeerd worden.

Nederlandse grensarbeiders in België zullen eveneens met grote problemen worden geconfronteerd.²⁶ Het Belgische brugpensioen bestaat enerzijds uit een werkloosheidsuitkering en anderzijds uit een aanvullende vergoeding ten laste van de werkgever. De buitenlandse grensarbeider heeft na zijn ontslag in principe recht op werkloosheidsuitkeringen ten laste van zijn woonplaats en zal dus geen aanspraak maken op Belgische werkloosheidsuitkeringen. Hieruit volgt dat de grensarbeider wettelijk geen aanspraak kan maken op het brugpensioenstatuut noch op de aanvullende vergoeding. De Nationale Arbeidsraad ondertekende echter een aanbeveling waarin de in de NAR vertegenwoordigde organisaties hun leden aanbevelen om aan de gewezen grensarbeiders de aanvullende vergoeding toch toe te kennen.²⁷

²⁵ H.v.J. 5 maart 1998, zaak 160/96 (Molenaar), *Jur.* 1998, 843.

²⁶ L. COORNAERT, «De regeling van het brugpensioen en het vervroegd uittreden (VUT) in geval van grensarbeiders» in Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 185-193; Stichting Bureau voor Belgische Zaken (Breda), «Toepasselijke wetgeving inzake sociale zekerheid: een praktische benadering», in Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 103-104; H.W. ZUNDERMAN, «De socialezekerheidsrechtelijke gevolgen van ontslag bij grensarbeiders: een Nederlandse kijk», in Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 177-178; M. BELIEN en C. DENEVE, «Enkele toepassingsproblemen bij de werkloosheidsuitkeringen voor grensarbeiders: een Belgische kijk», Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 200; X., *Voorlichtingsbrochure ten behoeve van Belgische grensarbeiders in Nederland*, Brussel, Benelux Economische Unie, 1999, 39.

²⁷ X., *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

²⁸ H.v.J. 24 september 1998, zaak C-35/97 (Commissie t/ Frankrijk), *Expatnews* maart 1999, 16-17.

In dit verband kan worden gewezen op het feit dat Frankrijk onlangs op de vingers werd getikt door het Hof van Justitie voor gelijksoortige feiten.²⁸ In Frankrijk bestaan er, naast het algemene stelsel van ouderdomsverzekering, aanvullende pensioenstelsels ingesteld door collectieve arbeidsovereenkomsten. Aan Belgische grensarbeiders die vervroegd op pensioen waren gesteld, werden geen gratis aanvullend pensioenpunten toegekend, in tegenstelling tot in Frankrijk wonende personeelsleden. Het Hof achtte dit discriminerend.

Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat de R.V.A. aan Belgische grensarbeiders een vergoeding tot aanvulling van de werkloosheidsuitkeringen betaalt. Het gaat om Belgische grensarbeiders die 60 jaar (man) of 55 jaar (vrouw) zijn, die ontslagen zijn wegens economische herstructurering of om economische redenen, en die 1.800 dagen hebben gewerkt in de loop van de negen jaar die voorafgaan aan de aanvraag. Deze aanvullende vergoeding bedraagt 10% van het laatste nettoloon, met een maximum van 3.000 frank per maand.²⁹

Een oplossing zou kunnen liggen in de gedachte de lijst van art. 4 niet als een exhaustieve lijst te beschouwen, maar als een exemplatieve, wat dan nog steeds geen oplossing biedt voor het kwalificatieprobleem. Een andere oplossing zou erin kunnen bestaan een aantal bepalingen op te nemen met algemene principes die op alle socialezekerheidsuitkeringen van toepassing zijn.³⁰

Een ander probleem vormt het feit dat voor een groot aantal mensen de *aanvullende socialezekerheidssystemen* in grote mate bijdragen tot hun sociale bescherming. Zolang het om aanvullende systemen gaat die geregeld worden bij wet, is er geen probleem, daar deze onder het toepassingsgebied van de verordening vallen. De grote meerderheid van de aanvullende stelsels wordt echter door collectieve of individuele overeenkomsten bepaald die uit het toepassingsgebied van de verordening worden gesloten, zelfs in het geval dat ze algemeen verbindend zijn verklaard door een besluit van de overheid.³¹ Wat aanvullende pensioenen betreft, bestaat er een Europese richtlijn die hieromtrent in een aantal waarborgen voorziet.³²

De wetgeving met betrekking tot *jaarlijkse vakantie* valt ook niet onder het materiële toepassingsgebied van de verordening. Dit heeft tot gevolg dat het principe van exporteerbaarheid of het samenstellen van tijdvakken voor opening van het recht niet op deze wetgeving van toepassing is. Voor buitenlandse grensarbeiders in België heeft dit belangrijke consequenties.

In België wordt het recht op jaarlijkse vakantie bepaald door het al dan niet onderworpen zijn aan de Belgische sociale zekerheid, en worden de rechten ook gebaseerd op prestaties tijdens het voorbije kalenderjaar. Een grensarbeider die voor de eerste maal in dienst treedt van een Belgische werkgever zal tijdens het eerste kalenderjaar van

²⁹ X., Voorlichtingsbrochure ten behoeve van Belgische grensarbeiders in Nederland, Brussel, Benelux Economische Unie, 1999, 36.

³⁰ Y. JORENS, l.c., *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, 12.

³¹ Art. 1, j), verordening.

³² Richtlijn 98/49 van 28 juni 1998, *P.B.L.* nr. 209 van 25 juli 1998, 46.

tewerkstelling geen wettelijk recht op vakantie hebben. Indien de Belgische werkgever zijn onderneming tijdens een bepaalde periode collectief sluit, kan de grensarbeider eventueel aanspraak maken op werkloosheidsuitkeringen wegens gedeeltelijke werkloosheid, ten laste van de Belgische Staat.³³

D. Toepasselijke wetgeving bij grensarbeid

In deze bijdrage wordt uitgegaan van de situatie van de actieve werknemer. Zoals vermeld, stelt de verordening 1408/71 eenheid van wet als eerste principe. Net als andere werknemers, is een grensarbeider exclusief onderworpen aan de wetgeving van zijn werkland («*lex loci laboris*»).34 Grensarbeiders die alleen in België werken, vallen dus onder de Belgische socialezekerheidswetgeving. Voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen verschillen de grensarbeiders in niets van de Belgische werknemers. Enkel wat de aangifte op de RSZ-personeelstaten betreft, moet in kolom 14 de vermelding «grensarbeider» worden opgenomen.³⁵

Belangrijk is dat deze conflictregels exclusieve en sterke werking hebben. Niettegenstaande lidstaten bevoegd zijn tot het stellen van aansluitingsvoorwaarden, kunnen zij geen voorwaarden poneren die door middel van nationaliteits- of territoriale criteria gericht zijn op de afbakening van het eigen rechtstelsel ten opzichte van buitenlandse rechtstelsels. Zo is op een Belg die in België woont maar werkt als zelfstandig marktkoopman in Nederland, de Nederlandse wetgeving van toepassing. Nu kennen de Nederlandse volksverzekeringen nationaalrechtelijk gezien geen verzekeringsgrond voor niet-ingezetenen die als zelfstandige in Nederland werken. De sterke werking van de aanwijzingsregels in de verordening brengt mee dat in het raam van de Nederlandse volksverzekeringen aan deze heer niet mag worden tegengeworpen dat hij geen ingezetene van Nederland is. Hij is dus wel verzekerd in Nederland voor de Nederlandse volksverzekeringen, hoewel er nationaalrechtelijk geen verzekeringsgrond is.³⁶

Voornamelijk bij grensarbeiders kan het voorkomen dat men beroepswerkzaamheden in verschillende lidstaten uitoefent. In dat geval bepaalt de verordening dat men onderworpen is aan de wetgeving van zijn woonland, indien men tevens op het grondgebied van deze woonstaat een deel van zijn werkzaamheden uitoefent.³⁷ Het spreekt vanzelf dat deze regel tot misbruik kan leiden.

Zolang de socialezekerheidsbijdragen immers verschillend zijn, kan het interessant zijn aan «shopping» te doen met de bedoeling te ontsnappen aan de algemene regels inzake de toepasselijke wetgeving. Het lijkt immers voldoende opdat betrokkene onder de wetgeving van het woonland valt, dat

de werkgever aan zijn werknemer vraagt om bijvoorbeeld een vergadering gedurende een aantal uren thuis voor te bereiden. Betrokken werknemer-grensarbeider oefent dan een deel van zijn werkzaamheden in zijn woonland uit, en als zodanig is hij dan daar verzekeringsplichtig. De vraag die men zich dan kan stellen, is wat een «deel van zijn werkzaamheden» betekent of welke omvang deze werkzaamheden moeten kennen opdat de wetgeving van het woonland van toepassing is. Het probleem is dat nergens in de verordening enige minimumomvang van tijd wordt vereist. Het Hof van Justitie besliste al dat het voldoende was om tweemaal per week gedurende twee uur in een andere lidstaat dan de woonstaat te werken,³⁸ en dat volledig onbeduidende werkzaamheden in een lidstaat buiten beschouwing moet worden gelaten.³⁹

Tussen de Belgische en de Nederlandse overheden werd een richtlijn opgesteld waarbij minimumperioden worden vastgesteld die moeten worden nagekomen opdat er sprake kan zijn van een zekere zelfstandigheid en opdat de wetgeving van het woonland van toepassing wordt verklaard. Het is evenwel de vraag of deze administratieve richtlijn de toepassing van de wetgeving van het woonland kan uitsluiten, omdat de verordening geen minimumperioden vastlegt.

Vector wordt besloten dat de wetgeving van het woonland pas van toepassing kan worden verklaard, indien de arbeid met een zekere regelmaat wordt uitgeoefend en indien deze niet onbeduidend is. Of een tewerkstelling onbeduidend is of niet, hangt af van het nationale recht. De centrale vraag hierbij is of deze geringe tewerkstelling in het woonland aanleiding geeft tot een verzekeringsplicht of niet. Wat immers niet kan, is dat men als gevolg van de toepassing van art. 14, tweede lid, b), i), verordening onder de wetgeving van het woonland valt, maar dat men daar niet verzekerd is omdat de tewerkstelling te gering is. Dit kan nooit de bedoeling van de wetgever zijn.⁴⁰

In geval de werknemer tegelijkertijd in verschillende lidstaten is tewerkgesteld, maar niet werkt in de woonstaat, zijn eveneens regelen vastgelegd om de toepasselijke wetgeving te bepalen.⁴¹ Werkt deze werknemer voor één werkgever, dan zal de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat waarin de onderneming haar zetel heeft, van toepassing zijn. Ook zijn er bijzondere regelen voor personen die gelijktijdig als werknemer en als zelfstandige werken, en dit op het grondgebied van verschillende lidstaten.⁴² Gelet op de beperkte toepassing van deze regelen in het geval van grensarbeiders, wordt de kwestie niet nader uitgewerkt.

Zoals gezegd, is de situatie van detachering eveneens een uitzondering op de *lex locis laboris*-regel en blijven de werknemers aan de wetgeving van de uitzendende staat.

³⁸ H.v.J. 3 mei 1990, zaak C-2/89 (Kits van Heijningen), *Jur.* 1990, I-1755.

³⁹ H.v.J. 16 februari 1995, zaak C-425/93 (Calle Grenzshop), *Jur.* 1995, I-269 en 278.

⁴⁰ Y. JORENS en S. GEENEN, «Grensarbeid», in R. JANVIER, A. VAN LOOVEREN, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIT (red.), *Toepassingsgebied van de R.S.Z.-wet*, Brugge, Die Keure, 1999, 216-220 en Y. JORENS, l.c., *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, 23-25.

⁴¹ Art. 14, tweede lid, a), verordening.

⁴² Art. 14^{quater} verordening.

³³ X, *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

³⁴ Art. 13 Verordening en H.v.J. 27 mei 1982, zaak C-227/81 (Aubin), *Jur.* 1982, 1991, 11.

³⁵ X, *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

³⁶ Stichting Bureau voor Belgische Zaken (Breda), «Toepasselijke wetgeving inzake sociale zekerheid: een praktische benadering», in Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 70.

³⁷ Art. 14, tweede lid, b), i), verordening.

Daarnaast kan altijd een verzoek om afwijking van de algemene regel worden ingediend bij de bevoegde instanties.⁴³

E. Grensarbeiders en sociale zekerheid

Vooraleer in te gaan op de sociaalrechtelijke situatie van grensarbeiders, dient vermeld te worden dat in België tewerkgestelde grensarbeiders een aanmeldingsplicht hebben bij het gemeentebestuur van de stad waarin zij werken, waar zij het *document bijlage 15* ontvangen (na inzage van de documenten die vóór zijn binnenkomst vereist zijn).⁴⁴

Hierna volgt de positie van de grensarbeider in de verschillende sectoren van de sociale zekerheid: ziekteverzekering, werkloosheidsverzekering, arbeidsongevallenregeling, gezinsbijslag en pensioenen. De grensarbeider wordt in principe op dezelfde wijze behandeld als andere migrerende werknemers. Wel zijn er speciale regelen in verband met de ziekteverzekering en de werkloosheidsuitkeringen.⁴⁵ Deze sectoren worden het uitvoerigst behandeld. Aangezien Nederland een van de grootste afnemers is van de Belgische grensarbeiders, zullen deze onderwerpen vooral worden geïllustreerd aan de hand van voorbeelden met betrekking tot Belgische grensarbeiders in Nederland. Ook het omgekeerde grensverkeer, Nederlanders die in België komen werken, komt in aanmerking.

1° Ziekteverzekering

De grensarbeider die arbeidsongeschikt wordt, heeft recht op uitkeringen in de werkstaat.

Wat het recht op gezondheidszorgen betreft, kent de grensarbeider een bijzonder statuut. De grensarbeider heeft namelijk recht op prestaties zowel in zijn woonland als in zijn werkland (volgens de regelen die gelden in het land waarin de hulp wordt ingeroepen).⁴⁶ In het woonland betekent dit dat de terugbetalingen van ziekteverstrekkingen zullen gebeuren volgens het systeem van het woonland, hoewel de betrokkene bijdragen betaalt voor het systeem en de verstrekkingen die ter beschikking staan in het werkland. De doelstelling om aan grensarbeiders ook de mogelijkheid te verlenen om verstrekkingen te kunnen ontvangen in het werkland, bestaat erin nodeloos lange werkonderbrekingen te voorkomen wanneer een grensarbeider medische verzorging nodig heeft.⁴⁷

De afrekening tussen België en Nederland verloopt forfaitair. Jaarlijks wordt een schatting gemaakt welk bedrag verrekend dient te worden. Een nuancering wordt aangebracht wat betreft geneesmiddelen, verbanden, brillen, kunstmiddelen van kleine omvang, laboratoriumanalyses en

-proeven. Deze kunnen enkel worden afgegeven of verricht op het grondgebied van de lidstaat waarin ze werden voorgeschreven, tenzij tussen de betrokken lidstaten een overeenkomst bestaat.⁴⁸ Zo'n overeenkomst bestaat niet tussen België en Nederland.

Gepensioneerde grensarbeiders verliezen hun keuzerecht.

Gezinsleden van grensarbeiders (personen ten laste van grensarbeiders) genieten in principe niet van deze keuzemogelijkheid en hebben recht op prestaties inzake gezondheidszorg in het woonland volgens diens eigen wettelijke regeling. Het orgaan van de woonplaats bepaalt bijgevolg, overeenkomstig de wettelijke regeling van dat land, welke personen als personen ten laste van de grensarbeider in aanmerking komen.⁴⁹ De verstrekkingen worden geacht te zijn verleend voor rekening van het orgaan waarbij de grensarbeider in het werkland is aangesloten. Dit is niet zo wanneer de echtgeno(o)t(e) of de persoon die het toezicht over de kinderen heeft, in de woonstaat beroepswerkzaamheden verricht en uit eigen hoofde verzekerd is.⁵⁰ Dit laatste is bepaald om te vermijden dat de lidstaten die aan alle ingezetenen verstrekkingen aanbieden op basis van het wooncriterium, altijd de kosten moeten dragen van de behandeling gegeven aan de gezinsleden van een in een andere lidstaat tewerkgestelde werknemer. De werkstaat int dan wel de bijdragen, maar draagt niet de kosten.

Enkel in drie gevallen hebben gezinsleden ook in het werkland recht op medische zorg (volgens diens wettelijke bepalingen):

- in spoedgevallen (*middels het E-111 formulier*), d.w.z. wanneer de geneeskundige verzorging niet kan worden uitgesteld zonder het leven of de gezondheid van betrokkene in gevaar te brengen. Het gaat om prestaties waarvan de toekenning afhankelijk is van een voorafgaande goedkeuring van het bevoegde orgaan; dringende hulpverlening die niet onderworpen is aan de voorafgaande toestemming van het bevoegde ziekenfonds komt dus strikt genomen niet in aanmerking;⁵¹

- ingeval een bilateraal verdrag tussen de betrokken lidstaten in een keuzerecht voor de gezinsleden voorziet. Zo'n overeenkomst bestaat niet tussen België en Nederland noch tussen België en Duitsland, maar wel tussen België en Frankrijk, alsook tussen België en Luxemburg. Zelfs indien tussen de betrokken landen een overeenkomst bestaat, ontstaat er een nieuw knelpunt. Aangezien de stelsels voor ziekteverzekering nationale materies zijn, is het dan wel mooi dat men zich als gezinslid van een grensarbeider via een bilaterale overeenkomst kan laten verzorgen in een ander land, maar indien de aldaar vigerende nationale wetgeving de persoon ten laste als zodanig niet aanmerkt, is terugbetaling voor verzorging niet mogelijk;⁵²

⁴³ Een afwijking kan tussen de bevoegde instanties worden overeengekomen op basis van art. 17 verordening.

⁴⁴ Art. 109 K.B. 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 27 oktober 1981.

⁴⁵ Europese Commissie, «Uw sociale zekerheid wanneer u zich verplaatst in de Europese Unie», Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 1997, 20.

⁴⁶ Art. 19 en art. 20 verordening.

⁴⁷ Y. JORENS, «Grensarbeid: algemene situering en probleemstelling», in Y. JORENS (red.), *Grensarbeid*, Brugge, Die Keure, 1997, 8.

⁴⁸ Art. 19 verordening (EG) n° 574/72.

⁴⁹ G. VAN LIMBERGEN, «Rechtspositie van grensarbeiders in de Belgische ziekte- en invaliditeitsverzekering», T.S.R. 1992, 327.

⁵⁰ Art. 19, tweede lid, verordening.

⁵¹ J. DE BUYSER, R. LENAERTS en A. BAYENS, «De ziekte- en invaliditeitsverzekering: visie van de Christelijke Mutualiteiten», in Y. JORENS en S. GEENEN (red.), *De toepassing van de Verordening (EEG) nr. 1408/71 in België*, Brugge, Die Keure, 1999, 148.

⁵² J. DE BUYSER, R. LENAERTS en A. BAEYENS, l.c., *De toepassing van de Verordening (EEG) nr. 1408/71 in België*, 148.

– ingeval van voorafgaande toestemming van hun verzekeringsinstelling (*middels het E-112 formulier*).

Een bijkomende nuancering kwam er met de arresten Kohl en Dekker van het Hof van Justitie.⁵³ In de zaak Dekker handelde het over de aankoop van een bril die was voorgeschreven in Luxemburg, maar werd aangekocht in België. Het Luxemburgse ziekenfonds weigerde deze aankoop terug te betalen, daar hij was geschied in het buitenland, zonder dat hiervoor eerst om toelating was verzocht bij het ziekenfonds, als vereist onder de Luxemburgse wetgeving. Het Hof van Justitie werd gevraagd of deze weigering niet in strijd is met het vrij verkeer van goederen. In de zaak Kohl weigerde het Luxemburgse ziekenfonds vooraf toestemming te verlenen (die noodzakelijk was voor terugbetaling) voor een medische behandeling in Duitsland. Hier werd het Hof van Justitie gevraagd of de weigering niet in strijd was met het vrij verkeer van diensten. Het Hof antwoordde in beide gevallen bevestigend. Toegepast op de gezinsleden van grensarbeiders, houdt dit in dat ook zij prestaties kunnen genieten in het werkland. Zonder toestemming hanteren de ziekenfondsen evenwel de tarieven van het woonland; met toestemming (E-112) de tarieven van het werkland.

Een voorstel van de Europese Commissie om dit keuze-recht te laten behouden/uit te breiden voor zowel de gepensioneerde grensarbeider als de familieleden van de grensarbeider, werd door de Raad niet aanvaard.⁵⁴

Hieromtrent bestaan wel een aantal specifieke regelingen.⁵⁵ Het gaat in deze gevallen veeleer om grensbewoners dan grensarbeiders, b.v. het in de Euregio Maas/Rijn van toepassing zijnde «project zorg op maat – grensoverschrijdende zorg». Dit houdt in dat in Nederland wonende en bij zorgverzekeraars ingeschreven verzekerden in de Euregio Maas/Rijn, in België en Duitsland medische zorg kunnen ontvangen binnen deze Euregio. Die zorg blijft in beginsel wel beperkt tot medisch-specialistische hulp, nadat de verzekerde door de huisarts werd doorverwezen naar een specialist. Ook geneesmiddelen kunnen in België en in Duitsland worden aangekocht. Een belangrijk motief voor de verzekerde kan zijn dat deze hulp in het buitenland beter bereikbaar is. In feite gaat het hier om de soepele toepassing van art. 22, eerste lid, sub c, verordening, waarbij aan de verzekerde toestemming gegeven kan worden door de verzekeraar om een behandeling in een andere lidstaat te ondergaan.

Daarnaast voorziet de nationale wetgeving nog in bijzondere bepalingen. Zo kunnen de inwoners van grensstreken (het gaat dus om grensgebiedbewoners en niet zozeer om grensarbeiders) onder bepaalde voorwaarden tegemoetkomingen krijgen voor geneeskundige zorg die hen buiten de grenzen van het land, maar nog binnen een gebied

met een maximale straal rond hun woonplaats, wordt verstrekt.⁵⁶

De Belgische grensarbeider zal de volgende formaliteiten moeten vervullen:

- bij zijn ziekenfonds in België zal hij een *formulier E-104* moeten aanvragen en dat afgeven aan het ziekenfonds in zijn werkstaat. Door dit formulier zal hij bewijzen dat hij in België verzekerd was;
- om verstrekkingen in de woonstaat, België, te genieten, moet de grensarbeider zich bij een Belgisch ziekenfonds aansluiten. Daarom moet hij van de verzekeringsinstelling van zijn werkstaat een *E-106 formulier* «getuigschrift betreffende het recht op prestaties wegens ziekte en moederschap van de verzekerden die in een ander land dan het bevoegde wonen» verkrijgen en dit aan zijn Belgisch ziekenfonds afgeven;
- in de werkstaat zal hij zich ook bij een ziekenfonds dienen aan te sluiten.

Voor een buitenlandse grensarbeider in België draaien we het prentje om: de grensarbeider zal zich moeten inschrijven bij een Belgische ziekenfonds, alsook bij een ziekenfonds in zijn woonstaat. Aan het laatste geeft hij het formulier E-106 verstrekt door het Belgische ziekenfonds als bewijs dat hij rechtsgeldig verzekerd is.

Een van de toekenningsvoorwaarden in de Belgische ziekteverzekering is het vervullen van een wachttermijn.⁵⁷ De grensarbeider die voor de eerste maal in België tewerkgesteld wordt, moet bewijzen dat hij gedurende de zes maanden die aan zijn tewerkstelling in België voorafgingen, in een andere lidstaat verzekerd was. Dit bewijs wordt geleverd aan de hand van een *formulier E-104*, dat door de verzekeringsinstelling waarbij de grensarbeider laatst verzekerd was, afgegeven moet worden. Op het moment dat de werknemer niet langer meer in België verzekerd is, verstrekt het Belgische ziekenfonds aan de buitenlandse instelling een *formulier E-108*.

2° Werkloosheidsreglementering

De grensarbeider die *gedeeltelijk* (d.i. wegens slecht weer, technische stoornis of economische werkloosheid) of door onvoorziene omstandigheden werkloos is, heeft recht op uitkeringen in de werkstaat.⁵⁸ Deze regeling is logisch, omdat het dienstverband met de werkgever nog in stand blijft en de werknemer zonder meer de beste kans heeft in het oude werkland weer aan de slag te kunnen. Men in-

⁵³ H.v.J. 28 april 1998, zaak 158/96 (Kohl) en zaak 120/95 (Dekker), *Soc.Kron.* 1998, 495 en 498 en F. DU PRE, «Het EG-verdrag door een ziekenfondsbrilletje», *S.M.A.* 1998, 364-376.

⁵⁴ Voorstel van de Europese Commissie 28 juni 1995, *Pb.C.* nr. 242/7 van 19 september 1995.

⁵⁵ Zie ook bijvoorbeeld het Nederlandse systeem van «zorginkoop», dat bestaat in Zeeuws Vlaanderen voor grensbewoners.

⁵⁶ Art. 294, § 1, 7°, K.B. van 3 juli 1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, *B.S.* 31 juli 1996.

⁵⁷ In de subsector van de *geneeskundige verzorging* moet geen wachttijd meer vervuld worden, behoudens het geval van herinschrijving of heraansluiting wanneer de geldigheid van de vorige inschrijving vervallen is wegens de niet-nakoming van de persoonlijke bijdrageverplichtingen die worden gesteld in verband met het recht op tegemoetkomingen (art. 130, § 1, eerste lid, K.B. van 3 juli 1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994); in de subsector van de *ongeschiktheidsverzekering* dient evenwel een wachttermijn vervuld te worden: de gerechtigde dient in een tijdvak van zes maanden minimum 120 arbeidsdagen of gelijkgestelde dagen aan te tonen (art. 203, eerste en derde lid, K.B. van 3 juli 1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994).

⁵⁸ Art. 71, eerste lid, a), i, verordening.

roduceert hier als het ware een woonplaatsfictie.⁵⁹ Een uitzondering bestaat voor de Belgische grensarbeider in Frankrijk die, in geval van gedeeltelijke werkloosheid, uitkeringen zal ontvangen volgens de Belgische wetgeving.

De *volledig* werkloze grensarbeider heeft recht op werkloosheidsuitkeringen in zijn woonstaat.⁶⁰ D.w.z. dat de volledig werkloze grensarbeider bijdragen betaalt in de werkstaat, maar uitkeringen ontvangt van de woonstaat. Men doet alsof de wettelijke regeling van het woonland tijdens het verrichten van de laatste werkzaamheden op de grensarbeider van toepassing is geweest. De uitkering komt voor rekening van het land waarin men woont. De aanspraak op en de hoogte van de uitkeringen worden geheel volgens de wetgeving van het woonland beoordeeld en vastgesteld. Doel van deze bepaling is juist ervoor te zorgen dat de migrerende werkloze werknemer onder de voor het zoeken naar werk gunstigste voorwaarden aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkeringen.⁶¹ Het is nu juist in het woonland dat de betrokkene het meeste kansen op reïntegratie in het arbeidsproces heeft. Men gaat er immers van uit dat werknemers die nauwe banden, inzonderheid wat hun privé-leven en hun beroep betreft, hebben behouden met hun woonland, in die staat ook de beste kansen op reïntegratie in het arbeidsproces hebben. Daarenboven is het voor de grensarbeider veel gemakkelijker om zich in zijn woonstaat ter beschikking te stellen en te houden van de diensten voor arbeidsbemiddeling. Het zijn de bevoegde diensten van de woonstaat die het meest aangewezen zijn om werkloosheidsuitkeringen uit te keren en de betrokkene in zijn zoeken naar werk te volgen.⁶²

Het is belangrijk te noteren dat in dit verband de algemene voorwaarde bij de samentellingsregel in dit geval niet geldt, namelijk dat men in het land dat tot samentelling overgaat, het laatst gewerkt moet hebben. De volledig werkloze grensarbeider heeft geen keuzemogelijkheid: hij heeft alleen in het woonland recht op werkloosheidsuitkeringen. Het is uitgesloten dat hij nog een uitkering zou kunnen krijgen in het werkland, zelfs indien hij in dat land aan de toekenningsvoorwaarden voldoet.⁶³ De werkloosheidsuitkering is dus in principe niet exporteerbaar. Het Hof van Justitie bracht evenwel volgende nuancering aan. De verplichtingen van de staat van de laatste werkzaamheden worden weliswaar geschorst zolang de werkloze op het grondgebied van een andere lidstaat blijft wonen, maar zij komen hierdoor niet te vervallen.

Dit houdt in dat, indien de werkloze grensarbeider gaat wonen in de staat waarin hij zijn laatste werkzaamheden heeft verricht, deze staat zijn uitkeringsverplichtingen zal moeten beginnen nakomen (of opnieuw moeten beginnen nakomen). De uitkeringen die door de (vroegere) woonstaat zijn uitgekeerd, moeten in aanmerking worden genomen

alsof ze door de werkstaat (en nu ook woonstaat) waren betaald.⁶⁴

In het geval de grensarbeider zowel privé als beroepsmatig veel nauwere banden heeft met de staat waarin hij het laatst heeft gewerkt, gaat de stelling die aan de regel voor de grensarbeiders ten grondslag ligt, namelijk dat de voorwaarden voor het zoeken naar werk in het woonland het gunstigste zijn, niet meer op. Dan aanvaardt het Hof van Justitie dat het gaat om *atypische of oneigenlijke grensarbeiders*. Deze oneigenlijke grensarbeiders worden niet gelijkgesteld met «echte» grensarbeiders, maar met gewone werkloze werknemers die tijdens hun laatste arbeidsprestaties woonden op het grensgebied van een andere staat.⁶⁵ Zoals reeds vermeld, ging het in deze zaak om een Duitser die in België woonde (omwille van de bereikbaarheid van de school voor zijn kinderen), maar als vertegenwoordiger voor een Duitse firma in Duitsland werkte. Uit de feiten bleek dat de betrokkene bij zijn schoonmoeder in Duitsland een bed ter beschikking hield, waarvan hij trouwens regelmatig gebruik maakte, zeker toen hij werk ging zoeken in Duitsland nadat hij werkloos was geworden. Ongeacht deze uitspraak, keren de Duitse instanties geen werkloosheidsgeld uit. De Belgische instanties die op eigen initiatief geen onderscheid maken naar atypische grensarbeiders, betalen ook in bovengenoemde gevallen de Belgische werkloosheidsvergoedingen.

De volledig werkloze niet-grensarbeider heeft de keuze of hij zich ter beschikking stelt ten aanzien van de werkstaat of ten aanzien van de woonstaat. De niet-grensarbeider die gedeeltelijk of door onvoorziene omstandigheden werkloos is, heeft recht op uitkeringen in de werkstaat.

Het plaatje ziet er dus als volgt uit:

	Gedeeltelijk of door onvoorziene omstandigheden werkloos	Volledig werkloos
grensarbeider	werkstaat	woonstaat
atypische grensarbeider	werkstaat	werkstaat of woonstaat

Dit dubbele onderscheid (enerzijds tussen een grensarbeider/niet-grensarbeider en anderzijds tussen gedeeltelijke/volledige werkloosheid en de keuzemogelijkheid die de volledig werkloze niet-grensarbeider heeft (zich ter beschikking houden van de werkstaat of van de woonstaat) veroorzaakt in de praktijk een aantal problemen.

Het kwalificeren van de begrippen «woonstaat», «bevoegde staat», «grensarbeider», «niet-grensarbeider» is een zware taak voor de werkloosheidsbureaus. Het afschaffen van deze uitzonderingsbepaling zou dan ook een belangrijke vereenvoudiging kunnen betekenen. Men kan zich trouwens afvragen waarom volledig werkloze grensarbeiders recht hebben op werkloosheidsuitkeringen in, ten late van, en overeenkomstig de wetgeving van de woonstaat die nooit enige bijdrage heeft ontvangen.⁶⁶

⁶⁵ H.v.J. 12 juni 1986, zaak 1/85 (Miethe), *Jur.* 1986, 1837; Y. JORENS, *L.c.*, *Grensarbeid*, 16.

⁶⁶ Y. JORENS, *L.c.*, *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, 27.

⁵⁹ J. VAN STEENBERGE en Y. JORENS, *o.c.*, 72.

⁶⁰ Art. 71, eerste lid, a), ii), verordening.

⁶¹ H.v.J. 22 september 1988, zaak 236/87 (Bergemann), *Jur.* 1988, 5125.

⁶² H.v.J. 29 juni 1988, zaak 58/87 (Rebmann), *Jur.* 1988, 3467; H.v.J. 17 februari 1977, zaak 76/76 (Di Paolo), *Jur.* 1977, 117.

⁶³ Art. 71, tweede lid, verordening.

⁶⁴ H.v.J. 13 maart 1997, zaak 131/95 (Huijbrechts).

Een *eerste probleem* ligt in de omstandigheid dat de begrippen «volledige werkloosheid» en «tijdelijke werkloosheid» in België nauwer verbonden zijn met het begrip «arbeidsovereenkomst» dan dit het geval is in andere lidstaten.

Voorbeeld

De ontslagprocedure in Nederland vereist specifieke administratieve en juridische stappen. De werknemer die definitief arbeidsongeschikt wordt voor zijn functie, kon geen uitkeringen ontvangen in België, zolang deze procedure niet was afgelopen. Daarom werd aan de werkloosheidsbureaus meegedeeld in dergelijke gevallen bijkomende attesten op te vragen, zodat het werkloosheidsbureau in België kan vaststellen dat de arbeidsovereenkomst feitelijk beëindigd is en enkel nog formeel bestaat.

Een *tweede probleem* doet zich als volgt voor: de werknemer die in Nederland woont en een deeltijdse tewerkstelling in België start of in België ontslagen wordt in een voltijdse betrekking, en een deeltijdse tewerkstelling start bij zijn werkgever, kan in België de inkomensgarantie-uitkering niet ontvangen. Deze uitkering wordt immers beschouwd als een uitkering voor *volledige werkloosheid* voor de uren van inactiviteit die niet ten laste genomen kan worden door de werkstaat. De Nederlandse Centrale Raad voor Beroep heeft echter zijn eigen interpretatie van art. 71 en beschouwt de periode van deeltijdse arbeid waarin er «uitzicht is op hervatting van het voltijdse werk» als een periode van *tijdelijke werkloosheid*. Hij is dan ook van oordeel dat de uitkeringen tijdens deze periode wel ten laste zijn van de werkstaat. Met andere woorden, in dezelfde onderneming zouden de werknemers verschillend worden behandeld naargelang de uitkering van de werknemer wordt bepaald door een buitenlandse wetgeving of door de Belgische werkloosheidsreglementering. België heeft met de buurlanden Luxemburg, Frankrijk en Duitsland een overeenkomst gesloten om de deeltijdse werknemers volledig onderworpen te laten aan de sociale zekerheid van het woonland. Nederland past dit akkoord echter niet toe. De werknemers die wonen in België en deeltijds werken in Nederland, zouden in principe tijdens hun deeltijdse betrekking uitkeringen moeten aanvragen in Nederland. In de praktijk kennen de Belgische werkloosheidsbureaus echter de inkomensgarantie-uitkering toe wanneer de werknemer voldoet aan de voorwaarden.

Een *laatste praktisch probleem* ligt in de omstandigheid dat het niet eenvoudig is voor de volledig werkloze niet-grensarbeider de administratieve procedures te doorlopen in een land waarin men niet verblijft: de inschrijving als werkzoekende, stempelcontrole, aanduiding van het bevoegde regionale werkloosheidsbureau, uitbetaling aan iemand in het buitenland, ...⁶⁷

Daarnaast dient te worden opgemerkt dat de volledig werkloze grensarbeider niet alleen recht heeft op werkloosheidsuitkeringen in het woonland, maar tevens ook recht op medische verzorging en gezinsbijslagen in dit land.⁶⁸ Deze prestaties komen tevens voor rekening van de

verzekeringsinstelling van het woonland. Men doet ook hier alsof de betrokkene tijdens zijn laatste werkzaamheden onderworpen was aan de wetgeving van zijn woonland. Een in België woonachtige grensarbeider die recht heeft op werkloosheidsuitkeringen volgens de Belgische werkloosheidswetgeving, heeft zo – uitsluitend – recht op medische zorg volgens de Belgische wetgeving. Hij heeft dus geen keuzerecht meer zoals tijdens de periode dat hij nog werkte.⁶⁹

Voor het samenstellen van tijdvakken van verzekering of van arbeid gelden de *formulieren E-301*.

De volledig werkloze grensarbeider behoudt het recht op zijn uitkering gedurende drie maanden in het geval hij zich naar een andere lidstaat begeeft om aldaar werk te zoeken (*de formulieren E-303*). België past deze regel strikt toe. Wie niet terug is binnen drie maanden, verliest zijn uitkering.

3^o Pensioenen

Opnieuw is de bevoegde staat de werkstaat.

Ook al werkt het coördinatiesysteem inzake procedure en berekening van pensioenen in het algemeen bevredigend, toch blijven een aantal praktische problemen bestaan. Dit werd onder meer zeer duidelijk in de zaak van Munster.⁷⁰ In deze zaak ging het om een Nederlands echtpaar van wie de man een gemengde Nederlands-Belgische loopbaan achter de rug had, op grond waarvan hij zowel een Nederlands als een Belgische ouderdomspensioen ontving. Zijn echtgenote, die steeds in Nederland had gewoond maar geen beroepsactiviteiten had uitgeoefend, ontving op grond van de Nederlandse wetgeving een eigen AOW-pensioen (algemeen ouderdomspensioen) op het moment dat ze 65 werd. Voordien had haar echtgenoot voor haar een verhoging op zijn AOW-pensioen ontvangen. Deze verhoging was gelijk aan het eigen AOW-pensioen dat zijn vrouw ontving vanaf haar 65^{ste} verjaardag.

De heer van Munster genoot in de periode vóór zijn vrouw 65 jaar was geworden en zij nog geen eigen AOW-pensioen ontving, een Belgisch «gezinspensioen» *a rato* van 75% van zijn brutolonen. Maar vanaf het ogenblik dat zijn echtgenote recht kreeg op een eigen AOW-pensioen (toen ze 65 werd), verlaagde de Belgische Rijksdienst voor Pensioenen het pensioen van de heer van Munster tot een «alleenstaandenpensioen» *a rato* van 60% van zijn brutolonen. Het gevolg was dat het echtpaar van Munster geconfronteerd werd met een verlaging van hun inkomen. Het eigen AOW-pensioen van mevrouw van Munster was immers even hoog als de toeslag die haar echtgenoot kreeg op zijn AOW-pensioen voordat zijn vrouw 65 jaar werd. Het totale bedrag van het AOW-pensioen van het echtpaar veranderde dus niet, terwijl het Belgische rustpensioen van de heer van Munster wel werd verlaagd.

Deze vermindering was het gevolg van de combinatie van twee wetgevingen die op zichzelf genomen volkomen in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht, maar die gecombineerd tot een negatief resultaat voor de betrokkenen leiden.

⁶⁷ D. BLOEM, «De werkloosheidsuitkeringen: de visie van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening», in Y. JORENS en S. GEENEN, *De toepassing van de Verordening (EEG) nr. 1408/71 in België*, Brugge, Die Keure, 1999, 197-205.

⁶⁸ Art. 25, tweede lid en art. 72bis verordening.

⁶⁹ Y. JORENS, *l.c.*, *Grensarbeid*, 17.

⁷⁰ H.v.J. 5 oktober 1994, zaak C-165/91 (Van Munster), *Jur.* 1994, I-4661.

Het Hof van Justitie wijst in de eerste plaats erop dat de coördinatie van de sociale zekerheid niet raakt aan de materiële en de formele verschillen tussen de socialezekerheidsregelingen van de lidstaten. Het Hof was van oordeel dat het enkel een beroep kon doen op het beginsel van de loyale samenwerking van de bevoegde overheden van de lidstaten om alle ter hunne beschikking staande middelen aan te wenden om de hindernissen op het vrije verkeer weg te nemen. Meer bepaald riep het Hof de nationale rechter, *in casu* de Belgische rechter, op om de nationale bepalingen zoveel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen. Volgens het Hof van Cassatie echter laat de Belgische wetgeving terzake geen ruimte voor interpretatie.⁷¹

De zaak van Munster kreeg een vervolgverhaal met de zaak Engelbrecht. Hierbij werd de volgende prejudiciële vraag gesteld: «wanneer geen uitlegging van een toepasselijke nationale rechtsregel mogelijk is die de nadelige gevolgen van de toepassing ervan in een bepaald geval voor het vrij verkeer van werknemers wegwerkt, moet de nationale rechter deze rechtsregel dan onverkort toepassen of moet de nationale rechter deze nationale rechtsregel, ook wanneer deze van dwingend recht is, buiten toepassing laten?». De zaak is nog hangende.⁷²

De Belgische grensarbeider die in Nederland werkte en die dus pensioenrechten heeft opgebouwd in Nederland, dient zijn aanvraag (samen met alle bewijzen van tewerkstelling en verzekering) voor een Nederlands pensioen (alsmede voor een Belgisch pensioen) in elk geval een jaar vóór de pensioengerechtigde leeftijd in te dienen via de pensioendienst van het gemeentebestuur van zijn woonplaats. De gemeente zal zijn pensioenaanvraag doorzenden naar de Rijksdienst voor Pensioenen (hierna: R.V.P.) in Brussel, die het zal doorsturen naar de bevoegde instanties in Nederland. Na afwerking van het dossier in Nederland wordt het teruggestuurd naar de R.V.P., die het rustpensioen zal uitbetalen.⁷³

In de praktijk blijkt de Nederlandse pensioeninstelling daar gemiddeld slechts drie maanden voor nodig te hebben, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Italiaanse instelling die gemiddeld een jaar nodig heeft.⁷⁴

Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat de Belgische pensioenwetgeving een aanvulling zal betalen aan Belgische grensarbeiders die werken in de aangrenzende landen.⁷⁵

⁷¹ H. VERSCHUEREN, *l.c.*, *Grensarbeid*, 46.

⁷² Zie *P.B. C.* nr. 295 van 27 september 1997, 13, en zie *infra*, F.

⁷³ X, Voorlichtingsbrochure ten behoeve van Belgische grensarbeiders in Nederland, Brussel, Benelux Economische Unie, 1999, 37.

⁷⁴ E. VAN DEN DRIESCHÉ, «De ouderdoms- en overlevingspensioenen: de visie van de Rijksdienst voor Pensioenen», in Y. JORENS en S. GEENEN (red.), *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, Brugge, Die Keure, 1999, 169.

⁷⁵ Art. 8 en 15,4°, van het K.B. nr. 50 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, *B.S.* 27 oktober 1967 en art. 4 en 25 van het K.B. van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, *B.S.* 16 Januari 1968.

Wat het brugpensioen en aanvullende pensioenen betreft, werd reeds vermeld dat zij niet onder het toepassingsgebied van de verordening vallen.

4° Arbeidsongevallenregeling

Ook hier geldt voor een grensarbeider de algemene regel: de bevoegde staat is de werkstaat.⁷⁶

In Nederland bestaat geen aparte verzekering voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. In dat geval zijn de gewone regelen van de ziekteverzekering van toepassing. In België daarentegen is iedere werkgever verplicht zich aan te sluiten bij een arbeidsongevallenverzekeraar naar keuze. De grensarbeider die dus in België wordt tewerkgesteld bij een Belgische werkgever, is automatisch verzekerd voor arbeidsongevallen.

Wanneer de grensarbeider het slachtoffer wordt van een arbeidsongeval in een andere lidstaat, heeft hij in deze lidstaat recht op dringende geneeskundige verzorging. Het bewijs dat hij verzekerd is voor arbeidsongevallen wordt geleverd door middel van het *E-123 formulier*. Dit formulier wordt verstrekt door de Belgische verzekeringsmaatschappij waarbij de werkgever verzekerd is. De uitkeringen worden steeds door de Belgische verzekeringsmaatschappij betaald, ongeacht waar het ongeval zich heeft voorgedaan of waar de werknemer zijn woonplaats heeft.⁷⁷

5° Gezinsbijslagen

Gezinsbijslagen worden verleend door de werkstaat (ook al wonen de kinderen niet in deze staat). Een belangrijke uitzondering op dit principe bestaat in het geval dat er een voorrangrecht bestaat in de woonstaat. In dat geval wordt de kinderbijslag uitbetaald door de woonstaat (met eventueel het verschil door de werkstaat).

Belgische grensarbeiders kunnen dus voor hun kinderen aanspraak maken op Nederlandse kinderbijslag. Indien echter de echtgeno(o)t(e) recht (of als de kinderen in de woonstaat een eigen recht op kinderbijslag hebben) heeft op Belgische kinderbijslag, blijft dit bedrag gewaarborgd. De Nederlandse kinderbijslagbedragen zijn lager dan de Belgische, maar sommige grote Nederlandse bedrijven betalen het verschil.⁷⁸ Ook de volledig werkloze grensarbeider ontvangt gezinsbijslag van de woonstaat en volgens diens wettelijke regeling.⁷⁹

De kinderbijslaginstelling van de werkstaat zal, aan de hand van het *formulier E-411* van de instelling die kinderbijslag betaalt in het land waarin de kinderen wonen, trachten te weten te komen of een recht op gezinsbijslag bestaat in de lidstaat waarin de gezinsleden wonen.⁸⁰

⁷⁶ Art. 52 en 53 verordening.

⁷⁷ X, *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

⁷⁸ X, Voorlichtingsbrochure ten behoeve van Belgische grensarbeiders in Nederland, Brussel, Benelux Economische Unie, 1999, 34.

⁷⁹ Art. 72 en art. 72bis verordening.

⁸⁰ X, *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

Een ander probleem waarmee Belgische grensarbeiders werden geconfronteerd, is de regeling inzake het *kraamgeld*. Nederland kent sinds 1964 geen regeling meer inzake kraamgeld. Krachtens een Akkoord tussen België en Nederland hadden grensarbeiders toch recht op kraamgeld. Omdat het Nederlandse bedrag sinds 1964 niet meer was aangepast, hadden Belgische grensarbeiders maar recht op een kraamgeld van 55 NLG (ongeveer 1.000 BEF), wat beduidend minder is dan het Belgische kraamgeld. Uiteindelijk werd het akkoord opgezegd en wordt geen kraamgeld meer betaald. In bepaalde sociale behartigingswaardige gevallen kan de Belgische minister van Sociale Zaken toch nog via een afwijking kraamgeld toekennen. België heeft met Frankrijk en Luxemburg hieromtrent wel een bilateraal akkoord gesloten op basis waarvan kraamgeld wordt uitbetaald.

Specifiek voor Belgische grensarbeiders bestond er een probleem doordat de Nederlandse kinderbijslag maar gegeven werd tot achttien jaar,⁸¹ en dan werd omgezet in een studiebeurs. De Belgische grensarbeider ontving wel Nederlandse kinderbijslag voor zijn in België wonende kinderen, maar deze kinderen hadden geen recht op de studiebeurs in het geval dat ze voort studeerden in België. Het Hof van Justitie heeft deze werkwijze veroordeeld en besliste: «het kind ten laste van een onderdaan van een lidstaat die in een andere lidstaat arbeid in loondienst (of anders dan in loondienst) verricht, maar blijft wonen in de lidstaat waarvan hij onderdaan is, kan studiefinanciering verkrijgen onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de kinderen van onderdanen van de vestigingsstaat gelden, en in het bijzonder zonder dat een nadere voorwaarde betreffende de woonplaats van het kind kan worden gesteld».⁸²

F. Grensarbeiders en fiscaliteit

Omdat deze uiteenzetting de sociaalrechtelijke positie van de grensarbeiders wil toelichten, wijzen we in dit onderdeel enkel op het spanningsveld tussen sociale zekerheid en fiscaliteit. Het gaat vooral om de vraag of bepaalde maatregelen als socialezekerheidsbijdragen dan wel als fiscale bijdragen worden beschouwd. Dit is een gevolg van de nieuwe financieringswijzen van de sociale zekerheid. Er bestaat immers een tendens om bepaalde socialezekerheidsbijdragen te fiscaliseren of omgekeerd. Fiscale heffingen (met sociale doelstelling) worden aangewend voor het financieren van de tekorten in de sociale zekerheid en tot dekking van risico's die onder het toepassingsgebied van de verordening vallen.

Bepaalde lidstaten beschouwen deze maatregelen als socialezekerheidsbijdragen, andere beschouwen ze als fiscale bijdragen. Voor grensarbeiders is het antwoord uitermate belangrijk. Indien deze heffingen worden gekwalificeerd als socialezekerheidsbijdragen, hoeven de grensarbeiders ze immers niet meer als belasting te betalen in het woonland,

bovenop de sociale bijdragen die zij al afstaan in het werkland. Zo ontstond er bijvoorbeeld een polemiek ronde de Franse «*contribution sociale généralisée*» (SCG) en de «*contribution au remboursement de la dette sociale*» (CRDS) en de Belgische «*bijzondere bijdrage voor sociale zekerheid*».

Daar de verordening zich niet inlaat met de financiering van de sociale zekerheid, kan dit aanleiding geven tot problemen, in het bijzonder voor grensarbeiders. Zij betalen immers socialezekerheidsbijdragen in het werkland (op basis van de verordening), maar betalen belastingen in het woonland. Tot op zekere hoogte betaalt de grensarbeider tweemaal voor de sociale zekerheid: eenmaal in zijn werkland door het betalen van socialezekerheidsbijdragen en een tweede maal in zijn woonland, waarin hij belastingen betaalt die grotendeels kunnen worden aangewend voor het betalen van de sociale zekerheid. Dit samenspel van de verschillende aanwijzingsregels in het socialezekerheidsrecht en het fiscale recht leidt tot zware nadelige gevolgen voor de grensarbeider.

Wat de *bijzondere bijdrage voor sociale zekerheid* betreft, heeft de Belgische fiscus het standpunt ingenomen dat het om een sociale maatregel gaat en dat de Belgische grensarbeider die niet hoeft te betalen; hij betaalt immers socialezekerheidsbijdragen in het land waarin hij werkt. Buitenlandse grensarbeiders die in België werken en hier dus socialezekerheidsbijdragen betalen, moeten ook deze bijzondere bijdrage betalen middels een inhouding van hun loon. Voor hen die belastingen betalen in het woonland, zal dit tevens een eindheffing zijn, omdat er geen afrekening in België wordt gemaakt.⁸³

Met betrekking tot de Franse CSG en CRDS besliste het Hof van Justitie heel onlangs dat de Franse grensarbeiders, die dus niet onderworpen zijn aan de Franse socialezekerheidswetgeving, deze bijdragen niet meer hoeven te betalen.⁸⁴

Een ander bekend geval doet zich voor in de relatie tussen België en Nederland. Nederland verhoogde de socialezekerheidsbijdragen en compenseerde dit met een belastingverlaging. De Belgische grensarbeider kan hier echter niet van profiteren, daar hij in België belast wordt. Dit heeft tot gevolg dat de Nederlandse grensarbeider (die verzekerd is in België en belastingen betaalt in Nederland), bij een gelijk brutoloon, een netto-inkomen heeft dat 48,12% hoger ligt dan dat van de Belgische grensarbeider. Twee verschillende conflictregels die op zichzelf niet in strijd zijn met het Europese gemeenschapsrecht, maar waarvan het samenspel leidt tot negatieve gevolgen voor de grensarbeider.

In dit verband kan worden gewezen op de *loondervingsvergoeding* die door de RVA wordt betaald aan Belgische grensarbeiders die in Frankrijk of Nederland werken om tegemoet te komen aan de hogere belastingdruk in België in combinatie met de hoge sociale bijdragen in Nederland en in Frankrijk. Naar gelang het inkomen van de grensarbeider bedraagt deze vergoeding maximum 2.000 frank per maand.⁸⁵ Een echt bevredigende volledige compensatie voor

⁸¹ In België heeft men recht op kinderbijslag zolang men studeert en maximum tot 25 jaar (art. 62 K.B. van 19 december tot samenvatting van de wet van 4 augustus betreffende de kindertoeslagen voor loonarbeiders, en de koninklijke besluiten krachtens een latere wetgevende delegatie genomen).

⁸² H.v.J. 8 juni 1999, zaak C-337/97 (Meeusen).

⁸³ X, *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000.

⁸⁴ H.v.J. zaak C-34/98 (Commissie t/ Frankrijk) en zaak C-169/98 (Commissie t/ Frankrijk).

de Belgische grensarbeiders kan deze *ad hoc*-regeling niet worden genoemd. Er blijft dus nog veel ongenoegen leven bij de Belgische grensarbeiders.⁸⁶

Voor grensarbeiders kunnen relatief kleine verschuivingen in de sociale zekerheid en de fiscaliteit grote inkomensverschuivingen meebrengen. Het levert bovendien het probleem op dat er fictieve grensstromen kunnen ontstaan in voor grensarbeiders en werkgevers voordelige situaties, en een vermindering van grensarbeid in negatieve situaties. Niet de regels van vraag en aanbod van werk domineren dan de grensstromen, maar de voor- en nadelen die voortvloeien uit het niet aan elkaar aanpassen van sociale en fiscale bepalingen. Het is duidelijk dat de toepassing van deze regelen belemmerend kan werken voor het vrij verkeer.⁸⁷ Als mogelijke oplossingen worden geopperd:

- coördinatie van de fiscale wetgeving (die aansluit bij de verordening);
- invoeren van woonlandprincipe, waarbij zowel de sociale zekerheidsbijdragen als de belastingen in het woonland worden betaald;
- invoeren van keuzerecht voor de grensarbeider, waar hij bepaalt of hij volledig onder de wetgeving van het woonland dan wel onder dat van het werkland valt;
- invoeren van de Europa-test, waarbij lidstaten op het ogenblik dat zij hun regelgeving inzake sociale zekerheid of fiscaliteit willen wijzigen, deze verplicht vooraf moeten toetsen aan de effecten hiervan op de situatie van de grensarbeider.⁸⁸

Deze voorstellen zouden eerst en vooral moeten worden getoetst aan hun praktische uitvoerbaarheid, en bovendien is het twijfelachtig of ze politiek haalbaar zijn (zie echter wel de uiteenzetting over het nieuwe dubbelbelastingverdrag tussen België en Nederland).

Een oplossing kan eventueel verwacht worden uit de hoek van het Hof van Justitie. In navolging van de zaak van Munster (zie hierboven) werd immers opnieuw een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie in de zaak Engelbrecht. De zaak van Munster vertoont enige gelijkenissen met de hier besproken problematiek. De negatieve situatie van een grensarbeider door het niet op elkaar afgestemd zijn van het socialezekerheidsrecht en het fiscale recht, is immers ook het gevolg van het samenspel van twee

regelen die, net als in de zaak van Munster, op zichzelf niet in strijd zijn met het Europees Gemeenschapsrecht.⁸⁹

In wezen komt de vraag in de zaak Engelbrecht er eigenlijk op neer of de verplichting tot verdragsconforme interpretatie impliceert dat de rechter een nationale regeling zelfs *contra legem* moet uitleggen en toepassen. Indien het Hof hierop bevestigend zou antwoorden, zou dit, toegepast op het probleem van de verschillende conflictregels in het socialezekerheidsrecht en het fiscale recht, impliceren dat Nederland geen verhoging van de socialezekerheidsbijdragen kan vorderen van Belgische grensarbeiders en zijn wetgeving dus niet kan toepassen op migrerende personen. Tot op heden heeft het Hof hierover echter nog geen uitspraak gedaan maar de rechtsleer meent dat hierop bevestigend moet worden geantwoord, in tegenstelling tot de conclusie van advocaat-generaal Léger.⁹⁰

II. NIET-E.E.R. ONDERDANEN

Niet-E.E.R. onderdanen vallen niet onder het persoonlijk toepassingsgebied van de verordening en kunnen zich dus niet op bovenvermelde regels beroepen. In dat geval kunnen multilaterale of bilaterale overeenkomsten uitsluitend geven over de situatie van deze grensarbeiders.

CONCLUSIE

De verordening 1408/71 heeft als doelstelling het vrij verkeer van personen te waarborgen door de coördinatie van de nationale socialezekerheidssystemen van de verschillende lidstaten. De Verordening wil geen gemeenschappelijk stelsel van sociale zekerheid opzetten. Zij wil niet de verschillende nationale stelsels harmoniseren, noch één Europees statuut van de migrerende werknemer bieden. Uit het voorafgaande is duidelijk gebleken dat deze beperkte doelstelling voor heel wat problemen zorgt. Het is dus bijvoorbeeld de nationale wetgeving die de begrippen «werknemer», «zelfstandige», «personen ten laste», «gedeelteelike volledige werkloosheid», ... invult, en deze invulling kan dus verschillen van land tot land.

Andere obstakels waarmee migrerende werknemers (en dus ook grensarbeiders) te kampen hebben, volgen uit de limitatieve opsomming van het materieel toepassingsgebied van de verordening. Hierdoor vallen o.a. de regelingen van brugpensioenen, kraamgeld, jaarlijkse vakantie... uit de boot.

Daarnaast dient gewezen te worden op de belangrijke rol die het Hof van Justitie speelt in de materie. Uit de verschillende arresten blijkt dat het Hof geopteerd heeft voor een aanpak waarin het vrij verkeer wordt aangemoedigd. Dit heeft echter soms tot gevolg dat de rechtszekerheid aangetast wordt en dat het resultaat onoverzichtelijk en complex wordt. Zo zaaide het Hof heel wat verwarring met de creatie van het begrip «atypische grensarbeider». De vraag die gesteld kan worden, is of er mogelijkheden zijn om

⁸⁵ X, *Studiedag grensarbeid*, SD Worx opleidingen, 14 maart 2000 en wet van 26 maart 1999 betreffende het Belgisch actieplan voor de werkgelegenheid 1998 en houdende diverse bepalingen, *B.S.* 1 april 1999; wet van 22 december 1998 betreffende de sociale zekerheid van de grensarbeiders, *B.S.* 10 april 1999; K.B. van 9 juni 1999 tot toekenning van een vergoeding aan de Belgische grensarbeiders in uitvoering van artikel 7, § 1, derde lid, van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, *B.S.* 3 juli 1999 en K.B. van 1 juni 1999 tot toekenning aan de in Frankrijk tewerkgestelde grensarbeiders van een vergoeding om de loonderving te compenseren die voortvloeit uit de schommelingen van de wisselkoers tussen de Belgische en de Franse munt die zich voordeden voor de invoering van de euro, *B.S.* 11 september 1999.

⁸⁶ Zie brochure Vereniging voor Grensarbeiders, «*VVG-nieuw*», Hamont-Achel, 2000/1.

⁸⁷ Y. JORENS, *l.c.*, *De toepassing van de Verordening (EEG) n° 1408/71 in België*, 14-15 en Y. JORENS en S. GEENEN, *l.c.*, *Toepassingsgebied van de R.S.Z.-wet*, 246.

⁸⁸ Y. JORENS en S. GEENEN, *l.c.*, *Toepassingsgebied van de R.S.Z.-wet*, 229.

⁸⁹ Y. JORENS, «Ook het Hof van Cassatie moet het Europees Gemeenschapsrecht naleven», *Soc. Kron.* 1998, 283-284 en Y. JORENS en S. GEENEN, *l.c.*, *Toepassingsgebied van de R.S.Z.-wet*, 232.

⁹⁰ Conclusie van advocaat-generaal LEGER van 4 mei 1999 in de zaak C-262/97 (Engelbrecht) en Y. JORENS en S. GEENEN, *l.c.*, *Toepassingsgebied van de R.S.Z.-wet*, 233.

tot een meer uniforme benadering van begrippen en uitkeringen te komen. Dit zal evenwel een invloed hebben op de nationale wetgeving. Coördinatie is hiervoor niet het juiste instrument. Om de hoek loert dus de vraag naar meer harmonisatie.

Ten slotte zorgt het spanningsveld dat bestaat tussen socialezekerheidsrecht en fiscaal recht voor de nodige problemen bij grensarbeiders. Dit volgt uit het feit dat de grensarbeider veelal socialezekerheidsbijdragen betaalt in het werkland, maar belastbaar is in het woonland. Kleine wijzigingen in een van deze gebieden kunnen voor de grensarbeider een enorm inkomensverschil (positief of negatief) opleveren. Sinds nieuwe financieringswijzen van sociale zekerheid de kop hebben opgestoken, zorgen ook die

voor kwalificatieproblemen (fiscaal of sociaal) en is niet duidelijk of ze van toepassing zijn op de grensarbeider.

Deze verschillende opmerkingen maken dat de migrerende werknemer of zelfstandige nog steeds voor ogen moet houden dat zijn sociaalrechtelijke situatie (in meerdere of mindere mate) verschilt van het statuut van de niet-migrerende werknemer of zelfstandige.

Herman TACKAERT

Advocaat bij de balie te Brussel

Machteld VAN OPSTAL

Advocate bij de balie te Brussel

Assistente Vakgroep Sociaal Recht, Universiteit Gent

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Lahousse

Rapporteur: de h. Fischer

Openbaar ministerie: de h. Loop

Advocaat: mr. De Bruyn

Verzekering – Motorrijtuigen – Gezag van gewijsde van strafvonnis – Veroordeling van verzekeraar en verzekerde tegenover de burgerlijke partij – Hoger beroep van de verzekeraar alleen – Devolutieve kracht van het hoger beroep

Wanneer alleen de verzekeraar hoger beroep instelt, heeft de beslissing waarbij hij samen met de verzekerde ten aanzien van de burgerlijke partij werd veroordeeld, jegens hem geen gezag van gewijsde, zodat zij hem niet kan worden tegengeworpen, en geldt die niet-tegenwerpbaarheid zowel ten aanzien van de burgerlijke partij als ten aanzien van de verzekerde.

De appèlrechter miskent de devolutieve kracht van het hoger beroep van de verzekeraar door aan te nemen dat de wegens de fout van de beklaagde ingestelde burgerlijke rechtsvordering niet meer aanhangig is, aangezien de slachtoffers vergoed zullen worden op grond van art. 29bis W.A.M.-wet.

S. en N.V. A. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 16 maart 1999 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Luik;

...

II. Op de voorziening van de N.V. A.:

A. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over het aansprakelijkheidsbeginsel:

Over het tweede middel: schending van de artikelen 172 en 202 Sv. en miskenning van de regels betreffende de devolutieve kracht van het hoger beroep in strafzaken,

*doordat de appèlrechters het beroepen vonnis, waarbij de beklaagde S... en eiseres hoofdelijk worden veroordeeld om aan verweerster *qualitate qua* een provisionele schadevergoeding van één frank te betalen wegens de door het slachtoffer T.L. geleden schade, bevestigen, op grond: «dat (de beklaagde S...) geen beroep heeft ingesteld tegen het vonnis... dat ... het vonnis van de politierechtbank, wat het burgerlijk gedeelte betreft, te zijnen aanzien een eindvonnis (is); dat de verzekeringsmaatschappij haar eis handhaaft dat de rechtbank eerst uitspraak zou doen volgens het gemene recht inzake aansprakelijkheid, waarbij zij er evenwel op wijst dat de slachtoffers volledig vergoed zullen kunnen worden op grond van art. 29bis van de wet van 21 november 1989; dat de wegens de fout van de beklaagde S... ingestelde burgerlijke rechtsvordering niet meer aanhangig is bij deze rechtbank...»;*

terwijl, wanneer alleen de verzekeraar hoger beroep instelt, de beslissing waarbij hij samen met de verzekerde ten aanzien van de burgerlijke partij is veroordeeld, jegens hem geen gezag van gewijsde heeft, zodat zij hem niet meer kan worden tegengeworpen, en die niet-tegenwerpbaarheid zowel geldt ten aanzien van de verzekerde als ten aanzien van de benadeelde; ook al heeft de verzekerde S... geen hoger beroep ingesteld, de appèlrechters op het hoger beroep van de verzekeraar, tegen wie verweerster zich eveneens burgerlijke partij had gesteld, kennisgenomen hadden van de burgerlijke rechtsvordering, die gegrond was op de aan de verzekerde ten laste gelegde misdrijven; de verzekeraar bijgevolg het recht had om, ongeacht de toepassing van art. 29bis van de wet van 21 november 1989, de aansprakelijkheid van de beklaagde te betwisten voor de rechtbank in hoger beroep; de appèlrechters, nu zij oordelen dat de wegens de fout van de beklaagde S. ingestelde burgerlijke rechtsvordering niet meer bij hen aanhangig is en eiseres op die grond het recht ontzeggen om zich te beroepen op een fout van het slachtoffer T., die in verband staat met

de schade, de devolutieve kracht van het hoger beroep van de verzekeraar miskend hebben (miskenning van de procesregels en schending van de in de aanhef van het middel aangegeven wetsbepalingen):

Overwegende dat, wanneer alleen de verzekeraar hoger beroep instelt, de beslissing waarbij hij samen met de verzekerde ten aanzien van de burgerlijke partij is veroordeeld, jegens hem geen gezag van gewijsde heeft, zodat zij hem niet kan worden tegengeworpen, en die niet-tegenwerpbaarheid zowel geldt ten aanzien van de burgerlijke partij als ten aanzien van de verzekerde;

Overwegende dat de politierechtbank, die eiseres en haar verzekerde G.S. hoofdelijk jegens verweerster, burgerlijke partij, veroordeeld heeft, alleen de verzekerde aansprakelijk heeft gesteld voor de schade ten gevolge van het ongeval, en elke fout aan de zijde van het slachtoffer L.T. heeft uitgesloten;

Overwegende dat zowel eiseres als het openbaar ministerie hoger beroep hebben ingesteld tegen het door die rechtbank gewezen vonnis;

Overwegende dat de appèlrechters, nu zij de beroepen beslissing bevestigen op grond, onder meer, dat «de wegens een fout van de beklaagde G.S. ingestelde burgerlijke rechtsvordering niet meer bij deze rechtbank aanhangig is» en «dat de rechtbank in deze stand van het geding geen uitspraak dient te doen over de mate waarin het slachtoffer aansprakelijk moet worden verklaard (...)», de devolutieve kracht van het hoger beroep van eiseres miskennen;

Dat het middel gegrond is;

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over de schade:

Overwegende dat de vernietiging van de beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over het aansprakelijkheidsbeginsel, de vernietiging meebrengt van de beslissing over de schade, die het gevolg is van de eerstgenoemde beslissing.

NOOT – *Art. 29bis W.A.M.-wet en het hoger beroep van de W.A.M.-verzekeraar*

1. In de zaak die heeft geleid tot het bovenstaande arrest werd door het openbaar ministerie de beklaagde S. gedagvaard voor de politierechtbank uit hoofde van verschillende tenlasteleggingen. De W.A.M.-verzekeraar werd in gedwongen tussenkomst gedagvaard.

De beklaagde en de verzekeraar werden door de politierechtbank hoofdelijk veroordeeld om aan de burgerlijke partij 1 fr. provisionele schadevergoeding te betalen. Het openbaar ministerie alsook de verzekeraar tekenden hoger beroep aan tegen het vonnis van de politierechtbank.

Het vonnis van de politierechtbank werd in beroep door de correctionele rechtbank bevestigd op grond van de overweging dat de beklaagde geen beroep had ingesteld op burgerlijk gebied. De rechtbank overwoog hierbij: «dat de verzekeringsmaatschappij haar eis handhaaft dat de rechtbank eerst uitspraak zou doen volgens het gemene recht inzake aansprakelijkheid, waarbij zij evenwel erop wijst dat de slachtoffers volledig vergoed zullen kunnen worden op grond van art. 29bis van de wet van 21 november 1989; dat de wegens de fout van de beklaagde S. ingestelde burgerlijke rechtsvordering niet meer aanhangig is bij deze rechtbank».

Bij het arrest van 29 september 1999 vernietigde het Hof van Cassatie dit vonnis in zoverre het uitspraak deed over de

door de burgerlijke partij tegen de verzekeraar ingestelde burgerlijke rechtsvordering.

2. De vernietiging van het vonnis van de correctionele rechtbank is gesteund op een schending van de devolutieve kracht van het hoger beroep van de verzekeraar. Het Hof van Cassatie beslist dat wanneer alleen de verzekeraar hoger beroep instelt, de beslissing waarbij hij samen met de verzekerde ten aanzien van de burgerlijke partij is veroordeeld, jegens hem geen gezag van gewijsde heeft, zodat deze hem niet kan worden tegengeworpen en die niet-tegenwerpbaarheid zowel geldt ten aanzien van de burgerlijke partij als ten aanzien van de verzekerde.

Het bovenstaande arrest ligt volledig in de lijn van de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie aangaande het hoger beroep van de verzekeraar die voor de strafrechter vrijwillig of gedwongen is tussengekomen in de procedure.

Deze rechtspraak is gebaseerd op de vaststelling dat de verzekeraar voor de strafrechter een autonome procespartij is en bijgevolg hoger beroep kan instellen tegen het vonnis waarbij zijn verzekerde aansprakelijk werd gesteld en schadevergoedingen werden toegekend aan de burgerlijke partij. De verzekeraar kan, ook bij ontstentenis van beroep van de verzekerde, hoger beroep instellen en hierbij alle middelen opwerpen, zoals zijn verzekerde dit had kunnen doen om zijn aansprakelijkheid te betwisten (Schuermans, L., «Action directe, exceptions, déchéances et recours», *R.G.A.R.* nr. 10.458, randnr. 8; De Nauw, A., *Tussenkomen van derden voor de strafrechter*, in *A.P.R.*, nr. 104).

Geen enkele wetsbepaling stelt perken aan het recht van de tussengekomen verzekeraar om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis waarbij hij samen met de verzekerde tot schadevergoeding werd veroordeeld (Cass., 9 januari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 615, *R.W.*, 1985-86, 874; *De Verz.*, 1986, 383, *Verkeersrecht*, 1985, 156; in deze zaak had het Hof van Beroep – ten onrechte – geoordeeld dat het hoger beroep van de verzekeraar «geen reden van bestaan heeft», gelet op de afwezigheid van hoger beroep van de verzekerde).

De verzekeraar kan de strafrechtelijke veroordeling van de verzekerde in beroep betwisten, in zoverre zijn eigen veroordeling hierop gebaseerd is (Cass., 20 december 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 382). De appèlrechter is bij de uitspraak over de burgerlijke vorderingen niet gebonden door het vonnis van de eerste rechter op strafgebied. De strafrechtelijke uitspraak heeft tegenover de vrijwillig tussengekomen verzekeraar die hoger beroep instelde, geen gezag van gewijsde (Cass., 27 oktober 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1255; *Verkeersrecht*, 1993, 73).

Door het enkele hoger beroep van de verzekeraar wordt de rechtsvordering van de burgerlijke partijen tegenover de verzekerde niet aanhangig gemaakt bij de appèlrechter en kan omtrent deze rechtsvordering geen uitspraak worden gedaan in beroep (Cass., 12 november 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 1113, met rechtspraak in voetnoot 1; zie eveneens De Nauw, A., *o.c.*, nr. 106). Dit geldt evenzeer wanneer de burgerlijke partij incidenteel beroep aantekende tegen de verzekerde, gelet op de afwezigheid van hoofdberoep door de verzekerde (Cass., 3 juni 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 615).

Belangrijk is hierbij te wijzen op de mogelijke gevolgen van het hoger beroep van de verzekeraar ten aanzien van de verzekerde die zelf geen hoger beroep instelde. Het hoger beroep van de verzekeraar kan er immers toe leiden dat door de appèlrechter geen fout van de verzekerde meer wordt

aangenomen of dat de schadevergoeding toegekend aan de burgerlijke partij wordt verminderd, terwijl de verzekerde zelf door het bestreden vonnis definitief aansprakelijk is verklaard of veroordeeld tot een hogere vergoeding.

De gegrondbevinding van het enkele hoger beroep van de verzekeraar heeft tot gevolg dat wat hem betreft het bestreden vonnis geen gezag van gewijsde meer heeft ten aanzien van deze verzekeraar, zowel wat diens rechtsbetrekkingen met de burgerlijke partijen als met de verzekerde betreft, wat in bovenstaand arrest nogmaals uitdrukkelijk werd gesteld. De verzekeraar kan bijgevolg zowel ten aanzien van de benadeelde als tegenover de verzekerde invoeren dat hij niet tot vergoeding gehouden is, gelet op de afwezigheid van enige fout van de verzekerde, of slechts tot een geringere vergoeding indien deze door de appèlrechter wordt herleid. Dat het bestreden vonnis, wat de rechtsbetrekkingen tussen de burgerlijke partijen en de verzekerde betreft, in kracht van gewijsde is gegaan doet hieraan geen afbreuk.

De verzekeraar zal de beslissing in hoger beroep evenwel slechts kunnen tegenwerpen aan de verzekeraar wanneer zijn hoger beroep geen beperking inhield en de verzekerde voor de appèlrechter in het geding is geroepen of vrijwillig is verschenen (Cass., 9 januari 1985, geciteerd; Van Schoubroeck, C., e.a., «Overzicht van rechtspraak. Verzekering motorrijtuigen», *T.P.R.*, 1998, nr. 101.1; Jocqué, G., «Art. 14 wet 21 november 1989» in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Verzekeringen*, Kluwer, p. 9-10). De verzekerde moet tijdens het debat voor de appèlrechter zijn verweer hebben kunnen voorbrengen (Cass., 17 februari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 772; *R.W.*, 1983-84, 78; De Nauw, A., o.c., nr. 127). Het is voldoende dat de verzekerde door het openbaar ministerie in de beroepsprocedure wordt betrokken, zoals in bovenstaande casus het geval was.

Indien de verzekerde niet in de beroepsprocedure werd betrokken, zal het vonnis van de appèlrechter dat het bestreden vonnis op het enkele hoger beroep van de verzekeraar hervormt, niet aan de verzekerde tegengeworpen kunnen worden en zal de verzekeraar bijgevolg ertoe gehouden blijven dekking te verlenen voor de bedragen waartoe de verzekerde door de eerste rechter werd veroordeeld (omtrekt deze problematiek kan nog verwezen worden naar de verhelderende conclusies van procureur-generaal Krings bij het voormeld arrest van 17 februari 1993 van het Hof van Cassatie, verschenen in *Pas.*, I, 1983, 680).

3. Bovendien heeft de correctionele rechtbank in het vonnis dat aanleiding gaf tot het bovenstaande arrest, geoordeeld dat zij geen uitspraak meer diende te doen over de mate waarin het slachtoffer aansprakelijk moest worden verklaard voor het ongeval. De rechtbank baseerde zich hierbij op art. 29bis W.A.M.-wet om te stellen dat de rechtsovereenkomst van de benadeelde tegen de verzekeraar «niet meer bij deze rechtbank aanhangig» was.

Volgens het Hof van Cassatie miskende de correctionele rechtbank hierdoor de devolutieve kracht van het hoger beroep van de verzekeraar. Het Hof heeft aldus impliciet de autonomie van de rechtsovereenkomst van het slachtoffer die gesteund is op art. 29bis W.A.M.-wet bevestigd ten opzichte van zijn rechtsovereenkomst op grond van de foutaansprakelijkheid (art. 1382-1383 B.W. en art. 12, eerste lid, en 14 W.A.M.-wet). Uit het bovenstaande arrest volgt dat de rechtsovereenkomst op grond van art. 29bis W.A.M.-wet geen

enkele afbreuk kan doen aan de beoordeling van de foutaansprakelijkheid, zoals deze volgens het gemeene recht aan de beoordeling van de strafrechter wordt voorgelegd.

Art. 29bis W.A.M.-wet bevat een eigen vergoedingsregeling waardoor ieder slachtoffer van een verkeersongeval waarbij een motorrijtuig betrokken is en zijn rechthebbers, het recht hebben om tot vergoeding van alle schade die voortvloeit uit lichamelijk letsel of overlijden, een rechtstreekse vordering in te stellen tegen ofwel de W.A.M.-verzekeraar van de eigenaar, houder of bestuurder van het voertuig, ofwel het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds of de Staat.

Terwijl art. 29bis W.A.M.-wet aan het slachtoffer slechts een vorderingsrecht verleent tegenover de W.A.M.-verzekeraar, kan de aansprakelijke voor het ongeval niet zelf beoordeeld worden tot betaling van de vergoeding op grond van art. 29bis W.A.M.-wet. Een vordering op grond van art. 29bis kan niet worden ingesteld tegen de bestuurder (Pol. Brugge, 30 oktober 1997, *T.A.V.W.*, 1999, 127). Art. 29bis W.A.M.-wet legt geen vergoedingsplicht op aan de bestuurder of eigenaar van het voertuig (Pol. Waver, 24 juni 1998, *T. Vred.*, 1999, 179).

De vergoedingsregeling van art. 29bis W.A.M.-wet is bijgevolg vreemd aan het aansprakelijkheidsregime dat op de eigenaar, de bestuurder of de houder van het voertuig van toepassing is. Dit aansprakelijkheidsregime wordt niet geregeld door deze bepaling en blijft op grond van § 4 van deze bepaling onderworpen aan de gemeenschappelijke aansprakelijkheidsregeling. In art. 29bis W.A.M.-wet is geen verwijzing naar een fout in de zin van art. 1382-1383 B.W. terug te vinden (zie o.m.: De Temmerman, B., «De nieuwe wetgeving inzake vergoeding van bepaalde slachtoffers van verkeersongevallen» in *Nieuwe wetgeving, een eerste commentaar*, p. 207, nr. 4; Simoens, D., «De nieuwe vergoedingsregel ten voordele van voetgangers en fietsers», *R.W.*, 1994-95, 115 en «De gewijste vergoedingsregel ten voordele van voetgangers, fietsers en passagiers», *R.W.*, 1995-96, 219; Van De Sype, P., «De vergoeding van de zwakke weggebruikers in de autoverzekering: een algemene situering», *De Verz.*, 1995, Dossier 3, p. 49; Cornelis, L., «De objectieve aansprakelijkheid voor motorrijtuigen», *R.W.*, 1998-99, p. 534, nr. 25).

De rechtstreekse vordering die door het slachtoffer voor de strafrechter wordt ingesteld tegen de W.A.M.-verzekeraar, kan niet worden gebaseerd op art. 29bis. De benadeelde kan voor de strafrechter enkel zijn eigen recht uitoefenen op grond van art. 12, eerste lid, en 14 W.A.M.-wet (Lietaert, B., «De versterkte bescherming van de zwakke weggebruiker», in *Gandius I*, p. 172, nr. 323; Verschueren, C., «De politierechter en de zwakke weggebruiker: over artikel art. 29bis W.A.M.-wet», *T. Strafr.*, 2000, p. 22, nr. 7).

Het bovenstaande arrest past dan ook op een consequente wijze de principes toe met betrekking tot de rechtsmiddelen die aan de voor de strafrechter tussengekomen verzekeraar ter beschikking staan, en maakt tevens impliciet een duidelijk onderscheid tussen de rechtstreekse vordering van het slachtoffer op grond van art. 12, eerste lid en 14 W.A.M.-wet enerzijds en de vordering op grond van art. 29bis W.A.M.-wet anderzijds.

Geert Jocqué

Rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge
Docent Katholieke Hogeschool Brugge-Oostende

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 21 JANUARI 2000

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Mathieu

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Delahaye en Gérard

1. Beschikking om niet – Schenking bij testament – Oorzaak – Verdwijning – Verval – Voorwaarde – 2. Rechts-handelingen – Geldigheid – Vereiste van oorzaak – Beoordeling – Tijdstip

1. De oorzaak van een schenking bij testament ligt niet uitsluitend in het begiftigingsoogmerk van de schenker, maar in de hoofdzakelijke beweegreden die bij hem heeft voorgezeten en die hem ertoe heeft gebracht te legateren. Wanneer deze beweegreden door een voorval buiten de wil van de schenker vervalt of verdwijnt, kan de bodemrechter vaststellen dat die schenking vervallen is, als ze, volgens de bewoordingen zelf van die beschikking of volgens de uitlegging van de wil van de beschikker, onlosmakelijk verbonden is met de omstandigheden die eraan ten grondslag lagen en die haar enige reden van bestaan uitmaken. Het verdwijnen van de oorzaak brengt evenwel alleen het verval van de schenking bij testament mee voor zover dit zich voordoet vóór het overlijden van de erflater.

2. Behoudens in het geval waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden, is de geldigheid van een rechtshandeling onderworpen aan het bestaan van een oorzaak, onacht of ze eenzijdig of wederkerig is. Het bestaan van de oorzaak dient te worden beoordeeld op het ogenblik van de totstandkoming van de handeling waarvan ze een geldigheidsvereiste is. Het later verdwijnen van de oorzaak heeft in de regel geen gevolgen voor de geldigheid van de handeling.

de T. de B. t/ de T. de B. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 april 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Over het eerste middel, gesteld als volgt: schending van art. 784, 785, 786, 895, 1039, 1042, 1043, 1108, 1131 en 1133 B.W. en, voor zoveel nodig, miskennen van het algemeen beginsel volgens welk schenkingen vervallen wanneer hun oorzaak verdwijnt,

doordat het arrest het hoger beroep van eiser verwerpt en het bestreden vonnis van 27 januari 1995, dat de nietigverklaring had uitgesproken van een authentieke testament van 26 september 1980 van wijlen R. de T. de B., in zoverre hij daarin zijn zoon, de eerste verweerder ontferde, alsook van diens akten van verwerping van de nalatenschappen van zijn vader en moeder, en dat de vordering van eiser tot het doen van rekening en verantwoording niet gegrond had verklaard, bevestigt; dat het aldus beslist op de volgende gronden: «uit een geheel van omstandigheden en uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende feiten kan worden afgeleid dat R. de T. de B., door zijn drie kleinkinderen in het authentieke testament van 26 september 1980 te benoemen tot algemene legatarissen en door aldus zijn eigen zoon S. te onterven, vooral het familiefortuin heeft willen beschermen, dat gevaar liep door de betrokkenheid van zijn

zoon S. in een belangrijke zaak van oplichting en heling, naar aanleiding waarvan hij op 5 september 1980 in voorlopige hechtenis was genomen; (...) terecht heeft de eerste rechter beslist dat vaststond dat R. de T. de B. wetens en willens zijn drie kleinkinderen tot algemene legatarissen had benoemd en aldus zijn zoon had ontferd, met de bedoeling het familiefortuin te vrijwaren tegen eventuele vervolgingen van laatstgenoemde door diens schuldeisers; (...) die bedoeling is de doorslaggevende beweegreden die R. de T. de B. ertoe gebracht heeft zijn testament in die zin op te maken; om al die redenen is het testament van 26 september 1982 onlosmakelijk verbonden met de hierboven uiteengezette omstandigheden, die hem ertoe hebben gebracht te legateren – en die de enige reden van bestaan van het testament waren; (eiser) betoogt dat de verdwijning van de oorzaak van een schenking, in voorkomend geval, alleen het verval van die schenking tot gevolg kan hebben, als die verdwijning onder meer het gevolg is van een ten tijde van die akte niet te voorzien voorval dat zich na die akte en buiten de wil van de partijen heeft voorgedaan; hij leidt daaruit af dat zowel de veroordeling als de vrijspraak van zijn vader te voorziene gebeurtenissen waren, zodat de beweegreden van de erflater niet is kunnen verdwijnen; (eiser) voegt iets aan de vereisten toe door het eventuele verval van een schenking waarvan de oorzaak is verdwenen te onderwerpen aan de voorwaarde dat het voorval dat aan de schenking ten grondslag lag, niet kon worden voorzien; voor de verdwijning van de oorzaak en, derhalve, voor het verval van de schenking, is het noodzakelijk maar voldoende dat het voorval zich buiten de wil van de erflater voordoet, terecht merkt de eerste rechter in dat verband op dat de vraag of de verdwijning van de oorzaak kon worden voorzien niet aan de orde is, aangezien in alle voorvallen waarin mensen optreden (zoals het verloop van een strafrechtelijk onderzoek) het toeval dat de afloop ervan onzeker maakt, noodzakelijkerwijze een rol speelt; de omstandigheid dat de vrijspraak mogelijk bleef en te dezen eventueel te voorzien was, sloot echter de mogelijkheid van een veroordeling niet uit en die vaststelling alleen al wettigde de vrees van de erflater; het enige wat telt, is dat de vrees of de subjectieve overtuiging van R. de T. de B., gelet op de feitelijke gebeurtenissen in september 1980, gegrond was; alleen die vaststelling telt, los van de vraag of die doorslaggevende beweegreden achteraf door te voorziene of niet te voorziene gebeurtenissen kon verdwijnen; ten slotte betoogt (eiser) dat de verdwijning van de oorzaak alleen maar de nietigheid van het testament tot gevolg kan hebben, als ze optreedt tussen het tijdstip waarop het testament wordt opgemaakt en het openvallen van de nalatenschap; hij vat die stelling samen in de zinsnede: «de rechten van de partijen ontstaan pas op het ogenblik van het overlijden»; een schenking bij testament heeft een oorzaak die niet uitsluitend te vinden is in de vrijgevege bedoeling van de erflater, maar in die beweegreden die hem voornamelijk tot legateren heeft gebracht; wanneer de doorslaggevende beweegreden van de schenking door een voorval buiten de wil van de erflater vervalt, kan de bodemrechter het verval van die schenking vaststellen, als zij, volgens de uitlegging van de wil van de beschikker, onlosmakelijk verbonden is met de omstandigheden die eraan ten grondslag lagen en die haar enige reden van bestaan uitmaken; te dezen is hierboven uiteengezet dat de doorslaggevende beweegreden die bij R. de T. de B. heeft voorgezeten toen hij het testament van

26 september 1980 opmaakte, te vinden was in zijn wil om het familiefortuin te beschermen tegen de eventuele vervolgingen die door de schuldeisers van zijn zoon zouden worden ingesteld, en dat hij, subjectief gezien, goede redenen had om te vrezen dat dit gevaar zich werkelijk zou voordoen; bij het overlijden van R. de T. de B. op 28 november 1982 was zijn vrees bewaarheid geworden, daar zijn zoon S. voordien bij het arrest van 20 oktober van het Hof van Beroep te Brussel tot een gevangenisstraf van vijf jaar was veroordeeld; pas toen (de eerste verweerder) door het Hof van Beroep te Bergen werd vrijgesproken bij arrest van 27 november 1989 is de voornaamste beweegreden van zijn vader om hem te onterven ongegrond gebleken; uit dat voorval, dat zich buiten de wil van de erflater heeft voorgedaan – te dezen de vrijspraak van zijn zoon – blijkt dat de in 1980 aan zijn kleinkinderen gedane schenking geen oorzaak had; bij ontstentenis van oorzaak was het testament onwettig; het ontbreken van een oorzaak maakt de schenking ongeldig en levert voor de rechter grond op tot de vaststelling dat die akte «*ab initio*» vervallen was; de omstandigheid dat de erflater intussen overleden is, heeft blijkbaar geen invloed op de verdwijning van de oorzaak van het testament; terecht heeft de eerste rechter vastgesteld dat niet valt in te zien op welke rechtsgrond de oorzaak had moeten verdwijnen vóór het overlijden van de erflater; (...) *terwijl*, (...)

tweede onderdeel, art. 895 B.W. bepaalt dat het testament een akte is waarbij de erflater, voor de tijd dat hij niet meer in leven zal zijn, over het geheel of een deel van zijn goederen beschikt, en die hij kan herroepen; daar het testament een uiterste wilsbeschikking is die slechts voltrokken wordt en uitwerking heeft bij het overlijden van de erflater, de oorzaak ervan, in de zin van de doorslaggevende beweegreden die bij de schenker heeft voorgezeten, tot op dat ogenblik moet bestaan; de verdwijning van de oorzaak het testament slechts kan doen vervallen, als zulks gebeurt vóór de voltrekking van de akte, namelijk vóór het overlijden van de erflater; de verdwijning van de oorzaak na de voltrekking van de akte daarentegen het testament niet kan doen vervallen; het arrest bijgevolg, nu het vaststelt dat het voorval waardoor de oorzaak van het testament is weggefallen, in zoverre de erflater daarin eerstgenoemde verweerder ontferde, namelijk diens vrijspraak bij het arrest van 27 november 1989, dagtekende van na het overlijden van de schenker, niet wettig heeft kunnen beslissen dat het testament van 26 september 1980 vervallen was (schending van art. 895, 1108 en 1131 B.W., alsook van art. 1039, 1042 en 1043 B.W., waarin het begrip «verval inzake testamentaire beschikkingen» is neergelegd en, voor zoveel nodig, miskenning van het algemeen beginsel volgens welk schenkingen vervallen als hun oorzaak verdwijnt); het bijgevolg niet wettig heeft kunnen beslissen dat ook de door eerstgenoemde verweerder ondertekende akten van verwerping van de nalatenschappen van zijn vader en moeder vervallen waren (schending van dezelfde wetsbepalingen en miskenning van hetzelfde beginsel, alsook, voor zoveel nodig, schending van art. 784, 785 en 786 B.W. betreffende de voorwaarden en gevolgen van de verwerping van nalatenschappen):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de oorzaak van een schenking bij testament niet uitsluitend ligt in de vrijgeve bedoeling van de

schenker, maar in de hoofdzakelijke beweegreden die bij hem heeft voorgezeten en die hem ertoe gebracht heeft te legateren;

Dat, wanneer de beweegreden die voor een schending bij testament doorslaggevend is geweest, door een voorval buiten de wil van de schenker vervalft of verdwijnt, de bodemrechter kan vaststellen dat die schenking vervallen is, als zij, volgens de bewoordingen zelf van die beschikking of volgens de uitlegging van de wil van de beschikker, onlosmakelijk verbonden is met de omstandigheden die eraan ten grondslag lagen en die haar enige reden van bestaan uitmaken;

Dat de verdwijning van de oorzaak evenwel het verval van die schenking alleen tot gevolg heeft, voor zover ze zich voordoet vóór het overlijden van de erflater; dat, zo de oorzaak nadien verdwijnt, zulks geen gevolgen heeft; dat de wet vermoedt dat de in een testament uitgedrukte wil van de schenker is blijven bestaan tot het overlijden van de erflater; dat voornoemd vermoeden impliceert dat de oorzaak van de bij testament gedane schenking tot dat ogenblik blijft bestaan;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat de oorzaak van de bij testament gedane schenking is verdwenen op 27 november 1989, dus na het overlijden van de erflater, beslist dat die verdwijning het verval van het testament van 26 september 1980 tot gevolg heeft;

Dat het arrest aldus de in het tweede onderdeel aangegeven wetsbepalingen schendt;

Dat het onderdeel, in zoverre, gegrond is;

...

Over het tweede middel: schending van art. 784, 785, 786, 1108 en 1131 B.W. alsook, voor zoveel nodig, miskenning van het algemeen rechtsbeginsel volgens welk schenkingen vervallen wanneer hun oorzaak verdwijnt,

doordat het arrest het hoger beroep van eiser verwerpt en het bestreden vonnis dat de nietigverklaring had uitgesproken van het authentieke testament van 26 september 1980 van R. de T. de B., in zoverre hij daarin zijn enige zoon, eerste verweerder, ontferde, alsook van diens akten van verwerping van de nalatenschappen van zijn vader en moeder, en dat de vordering tot het doen van rekening en verantwoording niet gegrond had verklaard, bevestigt op grond dat «de financiële ondergang van (eerste verweerder) onafwendbaar leek op de tijdstippen waarop hij de nalatenschappen van zijn ouders verwierp en het niet in ernst kan worden betwist dat die akten van verwerping dezelfde oorzaak hebben als die welke zijn vader ertoe bewogen heeft om hem te onterven, namelijk, de bescherming van het familiefortuin dat gevaar liep ten gevolge van het tegen hem ingestelde strafrechtelijk onderzoek; dat die oorzaak ook wegviel ten gevolge van zijn vrijspraak op 27 november 1989»;

terwijl, krachtens art. 784, 785, 786 B.W. de verwerping van een nalatenschap een eenzijdige en uitdrukkelijke handeling is waarbij degene die verwerpt afstand doet van zijn recht, zonder zich af te vragen aan wie zijn gebaar ten goede zal komen; die handeling weliswaar een oorzaak moet hebben in de zin van art. 1108 en 1131 B.W., maar het nodig doch voldoende is dat de oorzaak bestaat op het ogenblik dat de handeling wordt verricht; er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat volgens welk rechtshandelingen vervallen wanneer hun oorzaak verdwijnt nadat ze zijn verricht en

dat, gesteld al dat er een algemeen rechtsbeginsel zou bestaan volgens welke schenkingen vervallen wanneer hun oorzaak verdwijnt, dat beginsel dan nog te dezen geen toepassing zou kunnen vinden, daar de verwerping van een nalatenschap geen schenking is; het arrest bijgevolg niet zonder art. 784, 785, 786, 1108 en 1131 B.W. te schenden en niet zonder, voor zoveel nodig, het algemeen rechtsbeginsel te miskennen volgens welk schenkingen vervallen als hun oorzaak verdwijnt, wettig heeft kunnen beslissen dat de door eerste verweerder ondertekende akten van verwerping van de nalatenschappen van zijn vader en moeder vervallen was omdat de oorzaak ervan verdwenen was:

Overwegende dat het arrest de oorzaak van de door de eerste verweerder ondertekende akten van verwerping van de nalatenschappen van zijn vader en moeder omschrijft als de doorslaggevende beweegreden die hem tot die handelingen heeft gebracht en beslist dat zij ingegeven was door zijn voornemen «om het familiefortuin te vrijwaren dat gevaar liep ten gevolge van het tegen hem ingestelde strafrechtelijk onderzoek», «daar zijn financiële ondergang onafwendbaar leek»;

Dat het arrest geen enkel gegeven vaststelt op grond waarvan die verwerpingen als schenkingen kunnen worden beschouwd;

Overwegende dat, behoudens in het geval waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden, de geldigheid van een rechtshandeling, ongeacht of ze eenzijdig of wederkerig is, onderworpen is aan het bestaan van een oorzaak;

Dat het bestaan van de oorzaak moet worden beoordeeld op het ogenblik van de totstandkoming van de handeling waarvan zij een geldigheidsvereiste is en dat de latere verdwijning ervan in de regel geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de handeling;

Overwegende dat het hof van beroep, na te hebben vastgesteld dat de litigieuze verwerpingen een oorzaak hadden op het ogenblik dat ze werden ondertekend, ze niet wettig als vervallen heeft kunnen beschouwen op de grond dat de oorzaak ervan was verdwenen ten gevolge van de latere vrijspraak van eerste verweerder;

Dat het middel gegrond is.

NOOT – Over het verval van het testament als gevolg van het verdwijnen van de oorzaak

I. De feiten

1. S., de enige zoon van R. de T. de B., raakt verwikkeld in een strafrechtelijk onderzoek. Hij wordt ervan verdacht betrokken te zijn bij een inbraak in een Brusselse bankinstelling. Bij authentiek testament van 26 september 1980 ontfermt de vader zijn zoon, teneinde het familiepatrimonium veilig te stellen en te onttrekken aan de schuldeisers van zijn zoon. De drie kinderen van S. worden aangesteld tot algemene legatarissen. Nadat de Brusselse correctionele rechtbank hem eerder heeft vrijgesproken, veroordeelt het Hof van Beroep S. op 20 oktober 1982 tot een gevangenisstraf van vijf jaar. De tegen dit arrest ingestelde cassatievoorziening wordt verworpen. Nauwelijks een maand later overlijdt R., de vader. S. verwerpt de nalatenschap van zijn vader, nadat hij dit eerder ook al gedaan heeft met de nalatenschap van zijn moeder, anderhalf jaar voordien. Enkele jaren later,

in 1989, wordt S. de T. de B., na een herziening van zijn proces, vrijgesproken. Daarop vraagt hij de vernietiging zowel van het testament als van de verwerping van de nalatenschappen van zijn vader en zijn moeder. Hij baseert zich daarvoor op de theorie van het verval van de rechtshandeling door het verdwijnen van de oorzaak. Immers, de determinerende beweegreden van het testament van de vader en de verwerping van beide nalatenschappen door de zoon, was het familiepatrimonium veilig te stellen en te onttrekken aan de schuldeisers van S. Na de vrijspraak in 1989 is deze vrees niet langer gegrond. Zowel in eerste aanleg als in beroep wordt de eis ingewilligd. D., één van de zonen van S. de T. de B., en dus algemeen legataris van de nalatenschap van zijn grootvader R., stelt hierop een cassatievoorziening in.

II. De traditionele opvatting van de rechtspraak en de rechtsleer m.b.t. het verval

2. Art. 1108 B.W. bepaalt dat een overeenkomst slechts geldig is, wanneer aan vier voorwaarden is voldaan: de toestemming van de partij(en) die zich verbindt/verbinden, de handelingsbekwaamheid, een bepaald voorwerp en een geoorloofde oorzaak. Volgens het Hof van Cassatie moeten niet alleen wederkerige overeenkomsten aan deze grondvoorwaarden beantwoorden, maar *alle* rechtshandelingen, dus ook de giften (Cass. 19 januari 1968, *Arr.Cass.* 1968, 686; Cass. 13 november 1969, *Arr.Cass.* 1970, 261; *R.W.* 1969-70, 1139; *R.C.J.B.* 1970, 326, met noot P. Van Ommeslaghe en *Rec.Gén.Enr.Not.* 1971, 407, nr. 21.512; Cass. 5 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 268; *Pas.* 1977, I, 267; *R.W.* 1977-78, 440, met noot H. Tielemans en *R.C.J.B.* 1979, 131, met noot M. Van Quickenborne).

3. De wetgever heeft in een aantal gevallen uitdrukkelijk voorzien in het verval als wijze van beëindiging van rechtshandelingen (L. Bracke, «Het nagestreefde doel versus de rechtszekerheid. Het verval als beëindigingswijze van een rechtshandeling wegens het verdwijnen of wegvallen van de oorzaak» *Not.Fisc.M.* 1998, 104-105; zie de verwijzingen aldaar; T. De Loor, «Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak», *R.W.* 1995-96, 770). Zo lezen we in art. 1039 B.W. dat *iedere uiterste wilsbeschikking vervalt, indien degene ten voordele van wie zij gemaakt is, de erflater niet overleeft*. Een andere toepassing van het verval vinden we in art. 1040 B.W.: indien aan een testamentaire beschikking een opschortende voorwaarde wordt verbonden, vervalt dit legaat, als de benoemde erfgenaam of legataris vóór de vervulling van die voorwaarde overlijdt. Art. 1042 B.W. vermeldt dan weer het geval waarbij de «vermaakte» zaak tenietgaat, hetzij nog tijdens het leven van de erflater, hetzij na zijn overlijden, maar dan wel buiten elk toedoen en buiten elke schuld van de erfgenaam om. Ten slotte, ook wanneer de benoemde erfgenaam of legataris de beschikking verwerpt of onbekwaam is om deze te verkrijgen, vervalt de uiterste wilsbeschikking (art. 1043 B.W.). Deze voorbeelden van het verval als beëindigingswijze van rechtshandelingen hebben slechts betrekking op testamenten. Ook in andere domeinen van het recht vinden we echter toepassingen van het verval: het verbintenis- en contractenrecht, het vennootschappenrecht, het gerechtelijk recht (T. De Loor, *l.c.*, 761). Beknoptheidshalve laat ik deze andere rechtsgebieden hier buiten beschouwing.

4. Nu wordt in de meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer aangenomen dat legaten kunnen vervallen, buiten de hierboven vermelde wettelijk voorziene gevallen, zo de *oorzaak* verdwenen is. De Loor verdedigt bovendien de interessante stelling dat deze wettelijke toepassingen gezien moeten worden als door de wet erkende gevallen waarin het verval van een legaat optreedt als gevolg van het verdwijnen van de oorzaak van de rechtshandeling (T. De Loor, *l.c.*, 770). In een testament zal de testator met betrekking tot zijn goederen een regeling treffen, waarbij bepaalde personen bevoordeeld zullen worden wegens hun relatie met de testator of wegens hun persoonlijke eigenschappen. In die zin zou men kunnen spreken van een *intuitu personae*-karakter van een legaat. Door het overlijden van de legataris vóór de testator, door het onbekwaam worden van de legataris of door de verwerping van het legaat, verdwijnt het doorslaggevende motief van het legaat. Het gaat in de gevallen van de artikelen 1039, 1040, 1042 en 1043 B.W. dus niet om afzonderlijke redenen van verval naast het verdwijnen van de oorzaak, maar eenvoudigweg om toepassingen ervan (T. De Loor, *l.c.*, 770).

5. In het Franse recht is deze vorm van verval (wegens het wegvallen van de oorzaak) wel wettelijk voorzien in art. 504, tweede lid, *Code civil*: «Le testament antérieurement fait restera valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, a disparu la cause qui avait déterminé le testateur à disposer».

6. Dat een legaat vervalt als gevolg van het verdwijnen van zijn oorzaak, lijkt misschien vanzelfsprekend, maar dit is het allerminst. Indien men aanvaardt dat een legaat waarvan de oorzaak verdwenen is, vervalt, dan wijkt men af van het beginsel uit het verbintenissenrecht dat stelt dat de oorzaak van een rechtshandeling slechts moet worden beoordeeld op het ogenblik van de totstandkoming van die rechtshandeling. Sommige rechtsgelerden zijn om die reden de mening toegedaan dat in een heel aantal gevallen legaten vervallen werden verklaard wegens een *valse oorzaak* in plaats van een verdwenen oorzaak (M. Puelinckx-Coene, «Overzicht van Rechtspraak. Giften (1985-1992)», *T.P.R.* 1994, p. 1663, nr. 84). Zo schrijft Van Ommeslaghe: «C'est qu'en réalité par la recherche des intentions du disposant, la jurisprudence admet, dans ce cas, que le testateur a entendu, dès le moment de l'établissement du testament, envisager une situation déterminée à son décès. C'est donc bien la cause telle qu'elle existait au moment de l'acte dans l'esprit du testateur à l'exclusion de toute modification ultérieure de celle-ci, que la jurisprudence prend en considération» (P. Van Ommeslaghe, «Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne», *R.C.J.B.* 1970, p. 336, nr. 5). Anderen weigeren het verdwijnen van de oorzaak in de zin van determinerende beweegredenen, als wijze van verval van een rechtshandeling te aanvaarden. Foriers aanvaardt wel het verval als gevolg van het verdwijnen van de oorzaak in de klassieke zin van het woord, namelijk *de tegenpartij*. De verdere uitvoering van de verbintenis wordt hier immers onmogelijk. Dit laatste is niet langer het geval als men het begrip oorzaak definieert als *de determinerende beweegreden van de contractpartij die zich verbindt*. Niets laat toe, aldus Foriers, dat het verdwijnen van de doorslaggevende beweegredenen het verval van de rechtshandeling meebrengt (P.A. Foriers, «Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur

objet ou de leur cause», (noot onder Cass. 28 november 1980), *R.C.J.B.* 1987, 99-101).

7. Zoals reeds gezegd, wordt in het merendeel van de rechtspraak en de rechtsleer het verdwijnen van de oorzaak aanvaard als reden van verval van het legaat. Dit heeft wellicht te maken met het feit dat op die manier de werkelijke wil van de erflater beter wordt geëerbiedigd. Het tijdstip van verval is gelegen vaak vóór het overlijden, zodat er nog geen eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden. De rechtszekerheid komt dus haast nooit in het gedrang (M. Puelinckx-Coene, *l.c.*, *T.P.R.* 1994, p. 1663-1664, nr. 85). Nochtans kunnen we ons de hypothese voorstellen, waarbij de gebeurtenis die de oorzaak doet verdwijnen, zich pas na het overlijden van de testator voordoet. In dat geval zal het testament al zijn uitgevoerd. Als de betrokken goederen vervolgens werden verkocht, kunnen er complicaties optreden omtrent de rechten van deze derden-kopers (M. Puelinckx-Coene, N. Geelhand en F. Buysens, «Overzicht van Rechtspraak. Giften (1993-1998)», *T.P.R.* 1999, 825; L. Bracke, *l.c.*, p. 108, nr. 17: de auteur vermeldt een arrest van het Hof van Beroep van Gent dat een testament, opgemaakt t.v.v. derden (*i.c.* de kinderen van de zuster van de overledene), vervallen verklaart. De aanvankelijk kinderloze testatrice beviel later van een tweeling. De determinerende reden van het testament was het kinderloos zijn. De oorzaak was, volgens het Hof, bij de geboorte van de tweeling verdwenen en het testament kwam te vervallen (Gent 14 maart 1957, *T.Not.* 1957, 140). De theorie van het verval wegens het verdwijnen van de oorzaak zorgt *wel* voor een uniforme oplossing van de situaties waarbij men, na de geldige totstandkoming van een testament, wordt geconfronteerd met zodanige veranderingen, dat het behoud van het legaat niet langer te rechtvaardigen is of niet langer gewild kan zijn door de testator (S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van wederkerige overeenkomsten naar Belgisch recht, getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Leuven, KU Leuven, 1993, 35; L. Bracke, *l.c.*, p. 107, nr. 12; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII-2, Brussel, Bruylant, 1947, p. 1363, nr. 1266 en A. Kluyskens, *Beginselen van burgerlijk recht*, deel III, Antwerpen, Standaard, 1955, 416, 4^o).

8. Aan dit verval van de rechtshandeling zijn een aantal geldigheidsvereisten verbonden. In de eerste plaats moet het testament geldig totstandgekomen zijn. Het testament moet als rechtshandeling voldoen aan de vereisten van art. 1108 B.W. In de tweede plaats moet een essentiële bestaansvoorwaarde zijn weggefallen. Dit heeft als logisch gevolg dat de oorzaak ook een *voortbestaansvereiste* wordt. Ontbreekt de oorzaak bij de totstandkoming van de rechtshandeling, dan is de sanctie de nietigheid. Het verval is daarentegen de sanctie voor het wegvallen van (onder meer) de oorzaak *gedurende het bestaan van de rechtshandeling* (S. Stijns, *o.c.*, 53). Een derde voorwaarde die wordt gesteld is dat het verdwijnen van de oorzaak zich voordoet buiten de wil van de testator (T. De Loor, *l.c.*, p. 762, nr. 7 *in fine*). «La caducité de l'engagement par disparition de sa cause aboutirait donc indirectement à créer un droit de résiliation unilatéral dans le chef de la partie qui s'est obligée alors que pareil droit est en principe exclu par l'article 1134 du Code civil» (P.A. Foriers, *l.c.*, p. 111, nr. 30). Indien het voorval dat de oorzaak doet verdwijnen, werkelijk gewild is door de testator, had hij bovendien de mogelijkheid om zijn testa-

ment te herroepen (S. Stijns, *o.c.*, p. 75, nr. 63). Het vierde vereiste is de onmogelijkheid om de aangegane verbintenis uit te voeren. Bij het verval wegens het wegvallen van het voorwerp, lijkt dit een nogal evidente regel (P.A. Foriers, *l.c.*, p. 96, nr. 19 en T. De Loor, *l.c.*, p. 763, nr. 8). Bij het verdwijnen van de oorzaak in de zin van determinerende beweegreden, ligt de zaak enigszins anders. Uit een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 3 december 1987 (*J.T.* 1988, 137), dat uiteindelijk heeft geleid tot het cassatiearrest van 21 september 1989 (Cass. 21 september 1989, *Arr.Cass.* 1989-1990, 92), blijkt duidelijk dat in dat geval de onmogelijkheid tot uitvoering zeer relatief dient te worden opgevat. Het ging hier om de uitvoering van een prijsstabiliteitsclausule die in een huurovereenkomst was opgenomen ten voordele van een buitenlandse vennootschap. Toen deze vennootschap later de overeenkomst overdroeg aan een Belgische vennootschap, was deze clausule uiteraard nog wel uitvoerbaar, maar eerder zinloos, doelloos, zonder oorzaak geworden. Daar, naar analogie met overmacht, de uitvoering van een verbintenis niet absoluut, maar slechts *redelijkerwijze* onmogelijk moet zijn, besluit Stijns dat «de uitvoering in natura onredelijk wordt wanneer de bestaansreden van de verbintenis verdwijnt» (S. Stijns, *o.c.*, 67). Thans dient zich een vijfde voorwaarde aan. Mag een rechtshandeling nog vervallen worden verklaard wanneer die reeds een begin van uitvoering heeft gekregen? Moet, met andere woorden, de gebeurtenis die de grond vormt voor het verval, zich voordoen vóór het overlijden van de testator en vóór de vereffening en verdeling? In de rechtspraak vinden we heel wat voorbeelden terug waarbij ook omstandigheden die dateren van na het overlijden van de beschikker in aanmerking worden genomen om het verval van de rechtshandeling uit te spreken (Rb. Brussel 27 januari 1995, geciteerd in M. Puelinckx-Coene, N. Geelhand en F. Buysens, *l.c.*, *T.P.R.* 1999, 826; zie tevens de toepassingsgevallen van verval bij T. De Loor, *l.c.*, nrs. 17-23, 25-27 en 31-34 (huurovereenkomsten en leasingcontracten)). Het herroepelijke karakter van een legaat maakt het trouwens minder eenvoudig om een beroep te doen op het verval indien de wijziging van de omstandigheden zich nog tijdens het leven van de testator heeft voorgedaan (M. Puelinckx-Coene, N. Geelhand en F. Buysens, *l.c.*, *T.P.R.* 1999, p. 826, nr. 79 *in fine*). De testator had dan immers zelf de nodige gevolgtrekkingen kunnen maken en zijn testament kunnen wijzigen. In het geannoteerde arrest besliste het Hof van Cassatie echter dat alleen gebeurtenissen die vóór het overlijden van de testator de oorzaak doen verdwijnen, aanleiding kunnen geven tot het verval van het testament.

III. Het cassatiearrest van 21 januari 2000 en de vijfde voorwaarde

9. In de eerste overweging herhaalt het Hof van Cassatie wat precies dient te worden verstaan onder het begrip *oorzaak* in het testamentenrecht, namelijk «de hoofdzakelijke beweegreden die bij hem (= de schenker) heeft voorgezeten en die hem ertoe gebracht heeft te legateren». De tweede overweging wijdt het Hof aan de bevestiging dat het verval van een testament door de rechter kan worden uitgesproken, zo de oorzaak verdwenen is. De derde overweging voegt een nieuwe voorwaarde toe aan de theorie van het verval: «Dat de verdwijning van de oorzaak evenwel het verval van die

schenking alleen tot gevolg heeft, voor zover ze zich voordoet vóór het overlijden van de erflater; dat, zo de oorzaak nadien verdwijnt, zulks geen gevolgen heeft; dat de wet vermoedt dat de in een testament uitgedrukte wil van de schenker is blijven bestaan tot het overlijden van de erflater; dat voornoemd vermoeden impliceert dat de oorzaak van de bij testament gedane schenking tot dat ogenblik blijft bestaan». Aangezien het arrest vaststelt dat het verdwijnen van de oorzaak pas plaatsvindt in 1989, zeven jaar na het overlijden van de testator, kon het Hof van Beroep niet wettig tot het verval van het testament besluiten.

10. Wat hier dus van belang is, is dat het overlijden van de testator als ultieme tijdslimiet dienst doet. Het verdwijnen van de oorzaak na het overlijden van de testator, kan niet langer het verval van dit testament tot gevolg hebben. Enerzijds brengt dit uiteraard een grotere rechtszekerheid mee. Reeds jaren verdeelde nalatenschappen zouden anders immers op de helling komen te staan. Nemen we bijvoorbeeld de feiten uit onderhavig arrest. Zeven jaar na het overlijden van de testator verdwijnt de oorzaak van het testament. Het is duidelijk dat, mocht men het verval van het testament uitspreken, dit bijzonder nare gevolgen zou hebben voor de kleinkinderen, die aanduid werden als algemene legatarissen. Anderzijds levert de huidige beslissing van het Hof van Cassatie een eigenaardig resultaat op. Alleen het verdwijnen van de oorzaak bij leven van de erflater kan aanleiding geven tot het verval van het testament. Indien het verdwijnen van de oorzaak zich voordoet na het overlijden van de testator, kan hij daar per definitie niet vanop de hoogte zijn. Hiertegen kan nu volgens het Hof van Cassatie niet meer worden opgekomen. Valt de oorzaak weg vóór het overlijden van de testator, dan kan na zijn overlijden nog wel opgekomen worden tegen deze rechtshandeling. Nochtans had de erflater in dat geval zelf nog de nodige gevolgtrekkingen kunnen maken en zijn testament wijzigen, indien hij tenminste op dat ogenblik nog voldeed aan de voorwaarden gesteld bij art. 1108 B.W.

IV. Besluit

11. Dit alles leidt ons tot een mogelijke definitie van het verval van een rechtshandeling wegens het verdwijnen van de oorzaak. «Het verval kan intreden wanneer een geldig totstandgekomen rechtshandeling een essentiële geldigheidsvoorwaarde (haar voorwerp of haar oorzaak) verliest, ten gevolge van een voorval dat na de vorming van de rechtshandeling, maar vóór het overlijden van de testator, plaatsheeft. Wordt hierdoor de uitvoering in natura onmogelijk, dan gaat de rechtshandeling vanaf dat voorval, van rechtswege teniet» (S. Stijns, *o.c.*, p. 81, nr. 69; de cursief gedrukte toevoeging vinden we nog niet terug bij Stijns en vloeit voort uit het geannoteerde arrest).

12. We kunnen ons echter de nodige vragen stellen bij deze bijkomende voorwaarde, gesteld door 's lands hoogste rechtscollege. Alleen wanneer de testator nog niet overleden is op het moment van het verdwijnen van de oorzaak, kan een vordering worden ingesteld teneinde de vervallenverklaring van het testament te verkrijgen. Deze voorwaarde is dus enkel ten voordele van de erfgenamen van een al te nalatige of van een handelingsonbekwame testator (D. Sterckx, noot onder het hier geannoteerde arrest, *Rev.not.b.* 2000, 343). Op die manier wordt de wil van de erflater uiteraard onvoldoende geëerbiedigd. Mocht de vader geweten

hebben dat zijn zoon geen enkele schuld trof in die bewuste strafzaak en dus ook geen schuldeisers hoefde te vrezen, was de nalatenschap toegekomen aan de zoon. Het lijkt mij verdedigbaar te stellen dat de omstandigheden zodanige veranderingen hebben ondergaan, dat het behoud van het testament niet langer te rechtvaardigen is en niet langer gewild kan zijn door de erflater. Het feit dat de erflater reeds overleden is, verandert hier niets aan. Het spreekt voor zichzelf dat de wil van een reeds overleden testator nog meer beschermingswaardig is, daar hij *ipso facto* zijn laatste wilsbeschikking niet meer kan wijzigen.

Jurgen Neuts
Derde Licentiaat Rechten U.I.A.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 24 JANUARI 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Simont

1. Werkloosheid – Werkloosheidsuitkering – Volledig werkloze – Bedrag – Berekeningsbasis – Periode van vier weken – 2. Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Arbeidsrechtbank – Rechtsmacht – Werkloosheid – Werkloosheidsuitkering – Berekeningsbasis – Gemiddeld loon

1. Art. 65, § 1, M.B. van 26 november 1991, dat bepaalt dat als berekeningsbasis voor de werkloosheidsuitkering van de volledig werkloze geldt het normale gemiddelde loon voor de recentste dienstperiode van ten minste vier weken bij dezelfde werkgever, sluit uit dat een kortere periode dan vier weken in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van het loon dat als berekeningsbasis voor de uitkering geldt.

2. Het bepalen van het normale gemiddelde loon van de werkloze is geen discretionaire en onaantastbare bevoegdheid van de directeur van het werkloosheidsbureau. Diens beslissing terzake wordt bij een geschil door de arbeidsrechtbank getoetst met volle rechtsmacht.

Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 december 1998 op verwijzing gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

Over het middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat krachtens art. 119, 1^o, van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991, de Minister, na advies van het beheerscomité, het loon bepaalt dat als berekeningsbasis voor de werkloosheidsuitkering geldt; dat ter uitvoering hiervan art. 65, § 1, van het M.B. van 26 november 1991 bepaalt dat het loon dat als berekeningsbasis voor de werkloosheidsuitkering voor de volledig werkloze geldt, het gemiddelde loon is waarop hij normaal recht had voor de recentste ononderbroken periode van ten minste vier weken tijdens welke hij in dienst was van dezelfde werkgever, met uitsluiting van het loon dat betrekking heeft op overwerk als bepaald in art. 29 van de Arbeidswet;

Overwegende dat die bepaling uitsluit dat een kortere periode dan vier weken in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van de cijfercode, en oplegt dat de uitkering moet worden berekend op het normale gemiddelde loon over de meest recente ononderbroken periode van vier weken dat de werknemer in dienst is van dezelfde werkgever;

Dat die uitkering niet moet worden berekend op het normale loon over een door de directeur van het werkloosheidsbureau bepaalde deel van de hele periode waarin de werknemer in dienst is van dezelfde werkgever en waartoe het meest recente minimumaantal van vier weken behoort;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

Overwegende dat de directeur van het werkloosheidsbureau bij het bepalen van dit normale gemiddelde loon en van de cijfercode voor de werkloosheidsuitkering geen discretionaire bevoegdheid uitoefent;

Dat, wanneer de werkloze deze administratieve beslissing betwist, er een geschil ontstaat tussen eiser en de werkloze over het recht op werkloosheidsuitkering; dat de berechting van dit geschil tot de bevoegdheid behoort van de arbeidsrechtbank, omdat deze krachtens art. 580, 2^o, van het Grondwettelijk Wetboek kennis neemt van de geschillen betreffende de rechten en verplichtingen van werknemers welke voortvloeien uit de wetgeving in zake werkloosheid;

Dat de arbeidsrechtbank een toetsing met volle rechtsmacht uitoefent op de beslissing van de directeur; dat, mits het recht van verdediging wordt geëerbiedigd en binnen het kader van het geding zoals dit door de partijen is bepaald, alles wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de directeur valt, onder de controle van de arbeidsrechtbank valt; dat het aan de rechter toekomt de aangevochten beslissing op haar rechtmatigheid te toetsen, wat hem de mogelijkheid biedt in de beoordeling van de feiten te treden en uitspraak te doen over het recht van de werkloze; dat slechts wanneer een wetsbepaling aan de directeur een discretionaire en onaantastbare beoordelingsbevoegdheid toekent omtrent een te nemen beslissing, de rechter de directeur zijn beoordelingsbevoegdheid niet mag ontnemen en niet in zijn plaats mag treden; dat, aangezien geen wetsbepaling aan deze bevoegdheid afbreuk doet door zulk een discretionaire en onaantastbare beoordelingsbevoegdheid aan de directeur toe te kennen met betrekking tot de bepaling van het in art. 65, § 1, van het M.B. van 26 november 1991 bedoelde loon, het arrest, door de bedoelde beslissing van de directeur te vernietigen, de in het middel aangewezen grondwettelijke bepalingen en het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding van de machten niet schendt;

Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 20 JUNI 2000

Voorzitter: de h. Dhaeyer

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Verstraeten en De Gryse

Strafvordering – Onderzoek – Fiscale ambtenaren – Medewerking aan het strafonderzoek – Omvang

Krachtens art. 350bis, eerste lid, W.I.B. 1964, thans art. 463, eerste lid, W.I.B. 1992, en art. 74bis, eerste lid, B.T.W.-Wetboek, mogen de fiscale ambtenaren, op straffe van nietigheid, geen actieve medewerking verlenen aan het strafonderzoek, mogen ze niet deelnemen aan huiszoekingen, plaatsopnemingen of verhoren en mogen ze niet optreden als deskundigen.

Dit samenwerkingsverbod doet geen afbreuk aan de verplichting voor de fiscale ambtenaren om aan de procureur des Konings of de onderzoeksrechter alle inlichtingen te verstrekken waarom deze verzoekt, of aan de mogelijkheid om als getuige verhoord te worden.

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent t/ P.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 december 1999 op verwijzing door het Hof van Beroep te Gent gewezen:

...

Overwegende dat krachtens art. 350bis, eerste lid, W.I.B. 1964, thans art. 463, eerste lid, W.I.B. 1992, en art. 74bis, eerste lid, B.T.W.-Wetboek de ambtenaren van respectievelijk de administratie der directe belastingen, de administratie van de bijzondere belastinginspectie, en de administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, registratie en domeinen, op straffe van nietigheid van de akte van de rechtspleging, slechts als getuige worden gehoord;

Dat ingevolge dit verbod de vermelde ambtenaren geen actieve medewerking mogen verlenen aan het strafonderzoek; dat zij niet mogen optreden als deskundigen of deelnemen aan huiszoekingen, plaatsopnemingen of verhoren;

Overwegende dat het samenwerkingsverbod geen afbreuk doet aan de verplichting voor de fiscale ambtenaren om aan de procureur des Konings of de onderzoeksrechter alle inlichtingen te verstrekken waarom deze verzoekt;

Overwegende dat bovendien, wanneer die ambtenaren met de vereiste ambtelijke machtiging, zoals bepaald in de toepasselijke opeenvolgende versies van art. 29, tweede lid, Sv., op regelmatige wijze fiscale misdrijven ter kennis hebben gebracht van de procureur des Konings, of wanneer de procureur des Konings betreffende dergelijke misdrijven op regelmatige wijze strafvervolgingen heeft ingesteld na voorafgaand het advies te hebben gevraagd van de bevoegde gewestelijke directeur, zoals bepaald in de toen toepasselijke opeenvolgende versies van art. 350, § 3, W.I.B. 1964, thans 463 W.I.B. 1992 en van art. 74, § 3, B.T.W.-Wetboek, die ambtenaren in deze zaken spontaan aan de procureur des Konings of aan de onderzoeksrechter bijkomende inlichtingen mogen verstrekken;

Dat in de vermelde omstandigheden de fiscale ambtenaren aan de procureur des Konings of de onderzoeksrechter de bevindingen in hun eigen, op regelmatige wijze verrichte fiscale onderzoeken, die los staan van het strafonderzoek en hun eventuele commentaren en suggesties in dit verband mogen ter kennis brengen; dat het de procureur des Konings of de onderzoeksrechter en later de strafrechter staat de gegrondheid ervan te onderzoeken; dat niets hen belet met deze commentaren en suggesties rekening te houden;

...

NOOT – *De B.B.I.: haar deskundigheid maakt van haar nog geen deskundige*

Het Hof van Cassatie wordt in zijn arrest van 20 juni 2000 andermaal geroepen om zich te buigen over de toepassing van de bepalingen van de wet van 4 augustus 1986 houdende het Charter van de Belastingplichtige. *In concreto* gaat het Hof na of de B.B.I., in het raam van het gevoerde onderzoek, daden had gesteld die omschreven dienden te worden als zijnde handelingen van een deskundige.

In zijn arrest van 16 december 1999 is het Hof van Beroep te Gent, op basis van een viertal feiten, tot de conclusie gekomen dat de fiscale administratie was opgetreden als deskundige en zodoende handelde in strijd met de bepalingen van art. 463 W.I.B.92 en art. 74bis B.T.W.-Wetboek. De kwestieuze elementen zijn de volgende: 1) een brief van 5 oktober 1990, volgend op de aangifte van het misdrijf op 27 september 1990, waarin door een ambtenaar van de B.B.I. een overzicht werd gegeven van wat reeds werd vastgesteld en wat nog diende te worden onderzocht; 2) de betrokken ambtenaar laat naar aanleiding van zijn brief van 5 oktober 1990 een deel van de in zijn bezit zijnde boekhouding worden aan de gerechtelijke overheden; 3) bij brief van 17 juni 1992 verschaft dezelfde ambtenaar aan de Procureur des Konings uitleg over het controleverslag van de inkomstenbelastingen en de B.T.W.; 4) de fiscus verstrekt bij brieven van 5 oktober 1990 en 20 december 1990 spontaan aan de gerechtelijke instanties de noodzakelijke gegevens en begijfering om tot vervolging en staving van de vordering over te gaan, een en ander in aansluiting op hun klacht van 27 september 1990.

Het Hof van Cassatie daarentegen besliste dat noch afzonderlijk genomen, noch in hun geheel genomen, de aangevoerde elementen de stelling van het Hof van Beroep schragen dat de ambtenaren als deskundigen zouden zijn opgetreden.

De voornoemde feiten kaderen inderdaad perfect in de rechten en bevoegdheden van de fiscale administratie, ook na het Charter van de Belastingplichtige. De belastingadministratie kan haar fiscaal dossier aan het parket mededelen en mag gevolg geven aan een verzoek tot inlichting uitgaande van de met het dossier gelaste magistraat (Cass. 29 maart 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 328). Dit blijkt reeds uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 4 augustus 1986 (Gheysen, K., *Wet 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen – Artikelsgewijze coördinatie van wetteksten, advies van de Raad van State, Parlementaire documenten en handelingen*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 313). De administratie is tevens gerechtigd om in de loop van een opsporingsonderzoek of een gerechtelijk onderzoek, spontaan, alle nuttige stukken, inlichtingen of verslagen te laten worden aan de gerechtelijke overheden (Goeminne, G., «Overwegingen in verband met de rechtszekerheid van de belastingplichtige», *R.W.*, 1987-88, p. 606; Rozie, M., «De medewerking van belastingambtenaren aan het strafrechtelijk onderzoek», in *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 47 en X, «Possibilités actuelles de collaboration entre les autorités judiciaires et les services de police d'une part, et les fonctionnaires des administrations fiscales, d'autre part, lors du traitement d'affaires pénales», *J.D.F.*, 1998, 1994.)

Tevens dient rekening gehouden te worden met de bepaling van art. 337, tweede lid, W.I.B.92. Luidens deze wetsbepaling blijft de ambtenaar van de fiscus binnen de perken van zijn ambtsuitoefening, en is er geen schending van het beroepsgeheim, indien hij inlichtingen verstrekt aan de met een onderzoek belaste magistraten wanneer deze informatie nodig is voor de uitoefening van hun rechtmatige taak (Demot, F., *Fiscaal Procesrecht – Het Charter van de belastingplichtige in de context van het fiscaal strafprocesrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 94).

Men mag bovendien niet uit het oog verliezen dat, zelfs indien de wet van 4 augustus 1986 de handelingsvrijheid van de fiscus in raam van de strafprocedure aan banden heeft gelegd, dit nog niet betekent dat éénmaal op een regelmatige wijze aangifte werd gedaan van de feiten, de belasting-administratie over minder rechten zou beschikken dan eender welke andere aangever van een misdrijf.

Bij de beoordeling van het optreden van de fiscale ambtenaren zal echter wel dienen gelet te worden op het feit dat het verstrekken van inlichtingen niet uitmondt in een verholen aangifte van andere fiscale delicten dan die waarop het gerechtelijk dan wel het opsporingsonderzoek betrekking heeft of waarvoor een regelmatige aangifte werd gedaan (Rozie, M., *o.c.*, 47).

H. Vanderlinden

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 22 NOVEMBER 1999

Voorzitter: de h. Hulpiau

Raadsheren: de hh. Embrechts en Buyle

Advocaten: mrs. Bernaerts loco Alofs, Driesen en Geelen loco Cornelis

Huwelijk – Borgstelling door een van de echtgenoten – Belang van het gezin – Beoordeling

De omstandigheid dat een borgstelling ertoe strekt om inkomsten voor het gezin te verwerven en verband houdt met de beroepsactiviteiten van de echtgenoot die ze heeft aangegaan, sluit niet uit dat zij van aard kan zijn dat hierdoor de belangen van het gezin gevaar lopen.

De B. t/ D. en N.V. B.

D. stelde zich tegenover de bank B. bij onderhandse akte van 2 december 1985 borg ten belope van 6.590.000 frank voor de schulden van N.V. B. van welke vennootschap hij bestuurder en aandeelhouder was.

Daarnaast stelde hij zich tegenover de bank B. bij onderhandse akte van 19 december 1988 borg ten belope van 10.000.000 frank voor de schulden van N.V. C.

Daarnaast stond de bank B. hem persoonlijk een kredietopening toe voor 5.000.000 frank, te verhogen naar 10.000.000 frank met als zekerheden een hypotheek op een persoonlijk onroerend goed en een pand op effecten ter waarde van 1.500.000 frank.

De N.V. B.D. ging in maart 1990 failliet en D. werd in gebreke gesteld om zijn borgverplichtingen na te komen.

In augustus 1990 werd het krediet aan de N.V. C. opgezegd en werd D. aangemaand als borg; ook zijn persoonlijk krediet werd beëindigd en hij werd tot aanzuivering aangemaand. Het onroerend goed en de effecten werden te gelde gemaakt en de gelden werden geblokkeerd.

Appellante vorderde als wettige echtgenote van D. – met wie zij gehuwd is onder het stelsel van scheiding van goederen – bij dagvaarding van 17 juli 1990 op grond van art. 224 B.W. de nietigverklaring van de twee borgstellingen «alsmede van alle subsidiaire aanverwante zekerheidsstellingen». Daarnaast vroeg zij de nietigverklaring van de burgerlijke inpandgeving «als accessorium van de borgstelling van 29 november 1988». Bij conclusie van 15 mei 1995 breidde zij haar vordering uit en vorderde zij, naast de nietigverklaring van de twee borgstellingen, de nietigverklaring van de «zakelijke zekerheden als accessoria van de borgstelling».

...

Overwegende dat de bank, aangezien zij beweert dat de vordering van appellante vervallen is, moet bewijzen op welk ogenblik appellante had kennis genomen van de handeling (het aangaan van de borgstellingen); dat, aangezien de bank B. aanvoert dat dit ogenblik «van meet af aan en zeker vóór 1989» was, zij hiervan het bewijs moet leveren en het niet aan appellante toekomt om, op straffe van vervallenverklaring van haar vordering, hetzij deze bewering te ontkrachten hetzij haar eigen bewering – dat zij daarvan slechts kennisnam ter gelegenheid van de ingebrekestelling door de bank B. aan D. op 28 maart 1990 – te bewijzen;

Overwegende dat de loutere omstandigheid dat appellante met een bestuurder van vennootschappen was gehuwd en dezelfde woning deelde, dat zijzelf in die periode geen eigen beroepsinkomsten genoot en het echtpaar mogelijk in Zwitserland een gezamenlijke rekening aanhield, nog niet het bewijs inhoudt dat D. zijn echtgenote informeerde omtrent de werking van de vennootschappen en specifiek omtrent de zekerheden die voor bepaalde kredieten bestonden;

...

Overwegende dat de bank B. dan ook niet bewijst dat de vordering van appellante niet tijdig werd ingesteld binnen een jaar na de dag waarop de handelingen haar ter kennis zijn gekomen, zodat niet bewezen is dat haar vordering vervallen is;

Overwegende dat de borgstellingen van 2 december 1985 en 19 december 1988 wel degelijk persoonlijke zekerheden zijn, waarvan de nietigverklaring kan worden gevorderd voor zover zij de belangen van het gezin in gevaar brengen; de omstandigheid dat die borgstellingen mogelijk een «om baat»-karakter hebben en tot doel hadden het vermogen van het gezin te verzekeren, niet verhindert dat zij beschouwd kunnen worden als persoonlijke zekerheden door een van de echtgenoten gesteld die de belangen van het gezin in gevaar brengen; dat D. in de overeenkomsten van borgstelling aangaf dat zijn verbintenissen een handelskarakter vertoonden, evenmin verhindert dat die zekerheden het voorwerp kunnen uitmaken van een nietigverklaring conform art. 224, § 1, 4°, B.W., omdat dit artikel geen onderscheid maakt tussen borgstellingen in verband met een beroepsactiviteit en andere;

Overwegende dat appellante niet bewijst dat de borgstelling van 2 december 1985 de gezinsbelangen in gevaar brengt; dat zij enkel verwijst naar de inkomsten van D. vanaf 1986, die echter daartoe irrelevant zijn, omdat de gezinsbelangen beoordeeld dienen te worden op het ogenblik dat de bestreden handeling werd gesteld; dat geen bewijzen voorliggen omtrent de vermogenssituatie van het gezin en de leden op dat ogenblik; dat D. die borgstelling (anders dan die van 1988) niet alleen verstrekt, maar hoofdelijk en ondeelbaar met zijn zakenpartner B.; dat appellante haar vordering wat betreft deze zekerheid niet genoegzaam bewijst;

Overwegende dat appellante aantoont dat de borgstelling van 12 december 1988 werd aangegaan op een ogenblik dat het gezin over een gezamenlijk belastbaar inkomen beschikte van 1.171.959 frank, waarop na verrekening van de directe belastingen een netto bedrag beschikbaar was van gemiddeld 65.000 frank per maand; dat dit inkomen uitsluitend werd gerealiseerd vanuit de beroepsinkomsten van D.; dat blijkbaar een onroerend goed te Lanaken (eigendom van D.) privaat werd verhuurd en waarvan het kadastraal inkomen reeds mee verrekend werd; dat het gezin één dochter van 18 jaar ten laste had; dat appellante op dat ogenblik geen beroepsinkomen genoot; dat dan ook reeds de borgstelling van 1985 voor nagenoeg 6,5 miljoen frank bestond; dat de bank deze cijfergegevens niet betwist en niet aanvoert dat het gezin en/of appellante en/of D. nog andere belangwekkende inkomsten genoten; dat trouwens de bank zelf moet hebben begrepen dat een borgstelling ter waarde van 10.000.000 frank met dergelijke inkomsten (het inkomen van D. was de enige substantiële bron voor de gezinsinkomsten) niet houdbaar was, aangezien zij, ter waarborg van die borgstelling, onmiddellijk een krediet toestond aan D., welk krediet hij enkel mocht aanwenden om zijn borgstellingsverplichtingen na te komen; dat hieruit blijkt dat de bank B. aangaf dat de effectieve realisatie van de borgtocht nagenoeg een onmogelijkheid zou vormen, zodat zij, ter waarborg daarvan, met hem een krediet overeenkwam;

dat uit al die feitelijke elementen samen genomen volgende blijkt dat het aangaan van de borgstelling op 12 december 1988 voor een waarde van 10.000.000 frank de gezinsbelangen schaadde; dat een effectieve realisatie van die borgstelling zou meebrengen dat D. geen aannemelijke bijdrage in de gezinslasten meer zou kunnen leveren; dat de omstandigheid dat D. ter waarborg van die borgstelling een persoonlijk krediet aanging daaraan geen afbreuk doet; dat die borgstelling dan ook dient te worden nietig verklaard; dat de mogelijke goede trouw van de bank B. daaraan te dezen geen afbreuk doet, aangezien zij moest weten dat de nietigverklaring van een borgstelling, aangegaan zonder medewerking van de andere echtgenoot mogelijk was;

Overwegende dat de vestiging van de hypotheek en de burgerlijke inpandgeving van effecten zekerheden waren voor de persoonlijke kredietopening die D. aanging in november/december 1988; dat deze kredietopening alleen de aanzuivering van de borgverplichtingen tot voorwerp had; dat de bank B. niet betwist dat deze kredietopening louter bedoeld was als garantie voor de verplichting van D. als borg; (...) dat de bank trouwens onmiddellijk nadat zij D. als borgsteller bij brief van 18 augustus 1990 had aangesproken, het totale bedrag van het krediet opnam en vervolgens de kredietopening bij brief van 20 augustus 1990 opzegde en

daarvan de aanzuivering vorderde, o.a. door realisatie van de in pand gegeven effecten en van het in hypotheek gegeven onroerend goed; dat die kredietopening dan ook enkel bestond om reden van het bestaan van de borgstelling waarmee zij rechtstreeks verbonden was; dat de nietigheid van de borgstelling te dezen dan ook meebrengt dat de kredietopening geen voorwerp heeft en derhalve eveneens nietig is; dat bij ontstentenis van enig geldig hoofcontract, zowel de hypotheek als de inpandgeving eveneens nietig zijn; dat de bank dan ook ten onrechte de rekening van D. debiteerde met 10.000.000 frank en eveneens ten onrechte ter aanzuivering van het alzo ontstane debet aanspraak maakte op de daartoe verleende zekerheden, nl. de hypotheek en het pand; dat derhalve alle gelden, zoals voortkomende uit de verkoop van het onroerend goed (in hypotheek) en de effecten (van het pand) aan D. vrijgegeven dienen te worden, vermeerderd met de bedongen interesten zoals door appellante gevorderd; dat immers alle partijen blijkbaar akkoord gingen om de opbrengst in afwachting van de rechterlijke beslissing op een aparte rekening te bewaren;

Overwegende dat de bank B. ten onrechte D. aansprakelijk acht voor de schade die zij beweert te lijden ingevolge de nietigverklaring; dat zij niet bewijst dat hij haar niet had ingelicht omtrent mogelijke bezwaren van zijn echtgenote; dat de bank zelf in de mogelijkheid was zich vooraf te informeren bij de echtgenote; dat de bank evenmin bewijst dat zij niet onder dezelfde voorwaarden kredieten zou hebben verleend indien zij zou hebben geweten dat de echtgenote van D. niet instemde; dat de bank als professioneel kredietverlener trouwens in de mogelijkheid dient te worden geacht om, voorafgaandelijk aan het accepteren van een zodanige borgstelling, zich te informeren omtrent het gezinsvermogen teneinde de kans op slagen van de beoogde operatie te evalueren; dat de eis tot schadevergoeding dan ook ongegrond is.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 30 OKTOBER 2000

Voorzitter: de h. Hulpiau

Raadsheren: de hh. Embrechts en Buyle

Advocaten: mrs. Driessen en Mailleux

Faillissement – Verschoonbaarverklaring – Faillissement van achterman van de vennootschap – Samenvoeging van beide faillissementen – Geen onsplitsbaarheid tussen beslissing verschoonbaarheid van vennootschap en achterman

Tussen de beslissing tot verschoonbaarheid van de gefailleerde vennootschap en die met betrekking tot de eveneens failliet verklaarde achterman bestaat geen onsplitsbaarheid. Gelet op de samenvoeging van beide faillissementen kunnen de activa en passiva van beide faillissementen niet los van elkaar worden beschouwd.

B. t/ Faillissement B. en Faillissement N.V. K.

De rechtbank van koophandel te Tongeren heeft in een vonnis van 27 januari 2000 de sluiting bevolen van de fail-

lissementen en de gefailleerden niet verschoonbaar verklaard. B. tekende derdenverzet aan tegen dit vonnis bij akte betekend door gerechtsdeurwaarder op 8 februari 2000. Hij meent wel verschoonbaar te zijn. Bij vonnis van de rechtbank van koophandel te Tongeren van 17 april 2000 werd dit derdenverzet ongegrond verklaard.

B. tekende hoger beroep aan bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 21 april 2000. Hij houdt staande verschoonbaar te kunnen worden verklaard.

Blijkens het vonnis van de rechtbank van koophandel te Tongeren van 9 december 1996 werden op vordering van de curatoren van beide faillissementen de faillissementen samengevoegd. Deze beslissing werd gemotiveerd met de overweging dat, gelet op de vermenging van activa en passiva van beide faillissementen, het in het belang was van de schuldeisers tot de samenvoeging te besluiten, met het oog op de verdeling van de activa.

Uit de rangregeling die door de curatoren werd opgesteld blijkt dat zij de activa hebben samengevoegd, maar de schuldeisers wel hebben opgesplitst naargelang het schulden betrof van B. dan wel van de gefailleerde vennootschap.

Geen rechtsmiddel werd aangewend tegen het vonnis in zover de failliete vennootschap niet verschoonbaar werd verklaard.

Er blijkt te dezen evenwel geen onplitsbaarheid te bestaan tussen enerzijds een beslissing tot verschoonbaarheid van de ene gefailleerde en anderzijds de beslissing tot niet-verschoonbaarheid van de andere gefailleerde, ondanks de uitgesproken vermenging van beide faillissementen.

Bij het uitoefenen van de rechtsmiddelen, eerst derdenverzet en vervolgens hoger beroep, moest appellant derhalve de N.V. K. niet in de procedure betrekken.

...

Met betrekking tot het persoonlijk faillissement van appellant dient zijn toelichting bij de aangifte van zijn faillissement te worden beklemd. Hierin verklaart appellant dat er nooit een scheiding is doorgevoerd tussen zijn persoonlijke schulden en bezittingen en die van de N.V. A., en dat hij de schulden van de N.V. met zijn persoonlijke gelden betaalde en andersom. Deze verklaring spreekt het argument tegen dat slechts bij vergetelheid de handelsinschrijving op zijn persoonlijke naam bewaard is gebleven en dat het slechts daardoor te verklaren is dat hij persoonlijk failliet werd verklaard.

Appellant blijkt reeds sinds 1990 actief te zijn geweest in de handel. Daar hij als handelaar geacht wordt voldoende kennis te hebben van het handelsleven, kan hij zich niet beroepen op slechte raad die hij gekregen zou hebben bij de oprichting en later de uitbating van de vennootschap. De constructie met overbrenging van de zetel van de vennootschap van Alken naar Kortrijk met naamswijziging en in-vereffeningstelling kort vóór het faillissement had tot kenmerkend doel de handel verder te zetten (al dan niet als B.V.B.A. T. en stemt aldus overeen met zijn hierboven vermelde toelichting bij de aangifte van zijn persoonlijk faillissement. Dit voortdurend (blijkens zijn voormelde verklaring) misbruik van de rechtspersoonlijkheid kan niet enkel worden toegerekend aan zagezegd slechte raadgevers.

Gelet op de samenvoeging van beide faillissementen kunnen de activa en de passiva van beide faillissementen niet los van elkaar worden beschouwd in de beoordeling van de verschoonbaarheid. Appellant verwijst dan ook onterecht

naar de verhouding van actief en passief van zijn persoonlijk faillissement (ongeveer 1 op 2).

Volgens de rangregeling van de curatoren bedroeg het actief van beide faillissementen samen 3.985.427 fr. en het passief 21.929.967 fr.

Blijkens de lijst van schuldeisers die een schuldvordering hebben ingediend wordt het passief niet gevormd door slechts enkele schuldeisers, maar zijn er meer dan vijftig verschillende schuldeisers. Het is derhalve niet zo dat het passief gevormd wordt door enkele onvoorzichtige kredietverleners, maar blijkbaar werd de handel voortgezet op kosten van de schuldeisers.

De omstandigheid dat ingevolge het faillissement van twee schuldenaars een schuldvordering van ongeveer 4.000.000 fr. oninbaar was geworden, is niet van aard de financiële moeilijkheden van de gefailleerden en voormeld passief te verklaren.

Nu appellant persoonlijk failliet werd verklaard, kan hij er zich niet nuttig op beroepen maandelijks 5.000 fr. aan de curatele te hebben gestort, welk bedrag in het licht van het bestaande passief volstrekt ontoereikend is om als ernstige aanzuivering te worden beschouwd en om thans als argument te worden uitgespeeld voor de verschoonbaarheid.

Ook de toelichting dat appellant na het faillissement reeds gedurende vijf jaren werkzaam is in andere vennootschappen zonder noemenswaardige moeilijkheden, is op zichzelf onvoldoende om hem verschoonbaar te verklaren. De redenen waarom appellant niet verschoonbaar wordt verklaard, hebben immers betrekking op zijn handelwijze vóór het faillissement, en zijn handelwijze na het faillissement is niet van aard om deze redenen teniet te doen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

BESLAGRECHTER – 7 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Haex

Advocaat: mr. Vandervelpen

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke schuldenregeling – Gelijkeheidsbeginsel – Voorrechten

De collectieve schuldenregeling doet geen afbreuk aan het beginsel van art. 8 Hyp. W. De schuldenregeling dient derhalve rekening te houden met de voorrechten waarover bepaalde schuldeisers beschikken.

C. en B.

Gezien:

- de beschikking van 22 februari 1999, waarbij mr. S. Vandervelpen aangesteld werd als schuldbemiddelaar;
- de beschikking van 2 juli 1999 waarbij de termijn bepaald in art. 1675, 11, § 1, Ger. W., verlengd werd tot 30 september 1999;
- het ontwerp van minnelijke aanzuiveringsregeling opge maakt op 28 mei 1999;
- het tweede ontwerp van minnelijke aanzuiveringsregeling opge maakt op 2 juli 1999;

- het proces-verbaal van vaststelling van gebrek aan minnelijke regeling, neergelegd op 4 augustus 1999;
- de oproeping van alle belanghebbenden bij gerechtsbrief van 5 augustus 1999.

Het enige verschil tussen beide voormelde voorstellen van aanzuiveringsregeling is dat in het eerste van 28 mei 1999 rekening werd gehouden met de voorrechten van de stad Diest en de administratie der directe belastingen, die volgens het voorstel vooraf, na betaling van de schuldbemiddelaar betaald zouden worden, althans in hoofdsom.

De N.V. C. houdt de stelling aan dat de belastingen niet bevoorrecht zijn in het raam van de wet op de collectieve schuldbemiddeling, reden waarom zij niet instemden met het eerste voorstel. Deze stelling wordt niet gemotiveerd.

De administratie der belastingen roept het voorrecht van de schatkist in (art. 422 e.v. W.I.B. 1992).

Overeenkomstig art. 1675/7 Ger. W. doet de beschikking van toelaatbaarheid een toestand van samenloop ontstaan tussen de schuldeisers. Het ontstaan van de samenloop heeft echter op zichzelf geen invloed op de voorrechten of zekerheden, die onverminderd blijven bestaan en waaraan de wet betreffende de collectieve schuldenregeling geen afbreuk doet.

Ook het voorschrift van art. 1675/12 Ger. W. dat de rechter, bij het opleggen van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling, de gelijkheid onder schuldeisers moet eerbiedigen, doet geen afbreuk aan de bestaande voorrechten.

Het behoort dan ook het eerste ontwerp, dat aan de voorwaarden van de wet beantwoordt en dat door alle andere schuldeisers aanvaard werd of geacht moet worden aanvaard te zijn, op te leggen aan alle betrokken schuldeisers.

Dit voorstel houdt in dat na verloop van de voorgeschreven termijn alle schulden zullen voldaan zijn in hoofdsom, wat impliceert dat de moratoire intresten, vergoedingen en kosten worden kwijtgescholden.

Wel komt het, teneinde de kosten te beperken, aangegeven voor de betalingen van minder dan 1.000 fr. per maand niet maandelijks uit te voeren, maar zesmaandelijks.

Het ereloon en de kosten van de schuldbemiddelaar werden overeenkomstig de voorschriften correct begroot op 30.000 fr. tot op heden.

...

NOOT – Zie in dezelfde zin: Rb. Leuven, 9 november 1999, *R.W.*, 2000-2001, 274; Rb. Turnhout, 9 december 1999, *R.W.*, 2000-2001, 275; Rb. Tongeren, 23 december 1999, *R.W.*, 2000-2001, 275; Rb. Turnhout, 25 november 1999 en Rb. Leuven, 18 januari 2000, elders in dit nummer opgenomen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

BESLAGRECHTER – 25 NOVEMBER 1999

Voorzitter: de h. Peeters

Advocaten: mrs. Van Denabeele, Sassen en Verhaegen

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke schuldenregeling – 1. Gelijkheidsbeginsel – Voorrechten – 2. Afwijking van drempels beslagbaarheid – Motivering

1. De collectieve schuldenregeling doet geen afbreuk aan het beginsel van art. 8 Hyp. W. De schuldenregeling dient derhalve rekening te houden met de voorrechten waarover bepaalde schuldeisers beschikken.

2. In het raam van de gerechtelijke fase kan worden afgeweken van de artikelen 1409 tot 1412 Ger. W., gelet op de aanzienlijke kwijtschelding van de schulden en de geringe waarde van de overige activa.

T.

Gezien het verzoekschrift ingediend door V. op 10 mei 1999, tot het verkrijgen van de collectieve schuldenregeling;

...

In het ontwerp van minnelijke aanzuiveringsregeling, aan de schuldeisers bezorgd, stelt de schuldeiser voor, met akkoord van verzoekster-schuldenaar, dat gedurende vijf jaar aan verzoekster betalingen worden verricht derwijze dat 50% van alle schulden worden voldaan, met na vijf jaar kwijtschelding van het saldo der schulden en tevens vrijstelling van de verkoop van de inboedel van het appartement, gelet op de geringe waarde. Door de ontvangkantoren van B.T.W. en Directe Belastingen en door de V.Z.W. P. werd bezwaar ingediend tegen voornoemd voorstel, om reden dat niet akkoord kan worden gegaan met een gedeeltelijke kwijtschelding van schulden in kapitaal.

Gelet op de doelstelling van de wet, namelijk herstel van de financiële toestand van de schuldenaar door deze in staat te stellen in de mate van het mogelijke zijn schulden te voldoen en hem een menswaardig leven te waarborgen, is het aangewezen een gerechtelijke aanzuiveringsregeling op te leggen.

Bij het opleggen van een gerechtelijke regeling dient rekening te worden gehouden met de voorrechten van de schuldeisers. Er mag op gemotiveerde wijze worden afgeweken van de beslagbaarheidsgrenzen bepaald in de artikelen 1409-1412 Ger. W., zonder evenwel te raken aan het bestaansminimum, dat op dit ogenblik 20.113 fr. per maand bedraagt.

Er wordt dan ook een regeling opgelegd waarbij van verzoeksters inkomsten gedurende vijf jaar maandelijks 7.000 fr. ter beschikking wordt gesteld. Hiermee worden de in aanmerking genomen schulden ten bedrage van 1.091.350 fr., waaraan toe te voegen de kosten en erelonen van schuldbemiddeling, afgekort, rekening houdende met de voorrechten.

De betalingen zullen dan ook enkel ten goede komen, na aanzuivering van de kosten en erelonen van schuldbemiddeling, eerst aan mr. G. Van Denabeele *qq.*, curator van het faillissement B.V.B.A. B., ten bedrage van het bevoorrechte bedrag van zijn vordering, zijnde 35.238 fr., vervolgens aan de R.S.Z. ten bedrage van het bevoorrechte bedrag van zijn vordering, zijnde 81.618 fr., dan aan de V.Z.W. P. ten bedrage van het bevoorrechte bedrag van haar vordering, namelijk 138.748 fr., ten slotte aan het Ministerie van Financiën, Ontvangkantoor der Belastingen Herentals en Ontvangkantoor B.T.W. Turnhout, pondsgewijze rekening houdende met het bevoorrechte bedrag van hun vorderingen, d.w.z. respectievelijk 221.319 fr. en 154.224 fr. (47.737 fr. + 97.487 fr.).

Er wordt een afwijking toegestaan op de artikelen 1409-1412 Ger. W.; gelet op de aanzienlijke kwijtschelding der

schulden, rekening houdende met de geringe waarde der inboedel, wordt de verkoop hiervan niet gehouden.

...

NOOT – Betreffende punt 1, zie in dezelfde zin: Rb. Leuven, 9 november 1999, *R.W.*, 2000-2001, 274; Rb. Turnhout, 9 december 1999, *R.W.*, 2000-2001, 275; Rb. Tongeren, 23 december 1999, *R.W.*, 2000-2001, 275; Rb. Leuven, 7 september 1999 en 18 januari 2000, elders in dit nummer opgenomen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

BESLAGRECHTER – 18 JANUARI 2000

Voorzitter: mevr. Deconinck

Advocaten: mrs. Lambrecht loco Hoschet, Davidts loco Cerfontaine en Lemmens

Collectieve schuldenregeling – Gerechtelijke schuldenregeling – 1. Gelijkeheidsbeginsel – Voorrechten – 2. Looptijd regeling – Beoordelingselementen

1. *De collectieve schuldenregeling doet geen afbreuk aan het beginsel van art. 8 Hyp. W. De schuldenregeling dient derhalve rekening te houden met de voorrechten waarover bepaalde schuldeisers beschikken.*

2. *De looptijd van de regeling moet in redelijkheid worden bepaald, naar de omstandigheden van het geval en de mogelijkheden van de schuldenaar om de schulden aan te zuiveren.*

C. en U.

Verzoekers zijn in de schulden geraakt door vroegere niet afbetaalde leningen die overbleven na uitwinning en door voortdurend hoog oplopende medische kosten voor de regelmatige behandelingen en opeenvolgende hospitalisaties van beide verzoekers.

Op dit ogenblik ontvangen verzoekers een invaliditeitsuitkering (mijnheer) en een werkloosheidsuitkering (mevrouw) voor een totaal bedrag van ongeveer 47.927 fr. per maand.

De huur van de sociale woning die verzoekers betrekken, bedraagt 7.170 fr. per maand. De totale schuldenlast bedraagt 2.189.883 fr.

Verzoekers hebben de woning die gehypothekeerd was verkocht en de hypothecaire schuldeiser gedeeltelijk terugbetaald met de opbrengst.

De roerende goederen werden tweemaal uitgewonnen in de laatste vijf jaar. De bescheiden huisraad, die werd geïnventariseerd door de schuldbemiddelaar, is voor het grote deel niet voor beslag vatbaar, en wat voor beslag vatbaar is, zal de kosten van verkoop niet dekken.

...

Met de inkomsten die verzoekers nu hebben van ongeveer 47.000 fr. per maand, en rekening houdende met de zeer hoge maandelijkse medische kosten, is het niet mogelijk voor de rechtbank om, met de beperkte maatregelen bepaald in art. 1675/12 Ger. W., een gerechtelijke aanzuiverings-

regeling op te leggen die zou leiden tot de volledige afbetaling van de schulden in kapitaal. De rechtbank stelt vast dat in die omstandigheden overgegaan dient te worden tot de uitwinning en tot de kwijtschelding bepaald in art. 1675/13 Ger. W.

Gezien de vaststelling dat de gezondheidsproblemen dermate belangrijk zijn dat een verbetering van deze situatie en dus van de inkomsten niet te verwachten is op korte en middellange termijn, is het niet menswaardig een regeling op te leggen die langer zou duren dan de door de wetgever bepaalde minimumduur van drie jaar.

Het is immers de bedoeling van de wetgever de verzoekers, met naleving van een aantal inspanningen, binnen *redelijke termijn* uitzicht te geven op een *«fresh start»*. De redelijkheid van de termijn moet worden beoordeeld naar de omstandigheden van de verzoekers en hun mogelijkheid om een inspanning te leveren.

De looptijd van de gerechtelijke regeling wordt bepaald op drie jaar vanaf 26 maart 1999. De uitwinning is niet mogelijk om redenen hierboven vermeld.

Rekening houdende met de specifieke situatie in dit dossier, zal de schuldbemiddelaar een bedrag van 45.000 fr. per maand ter beschikking stellen van de verzoekers als leefgeld. Alle inkomsten boven 45.000 fr. per maand zullen door de schuldbemiddelaar worden aangewend voor de pondsgewijze uitbetaling van de schuldeisers, rekening houdende met de wettelijke redenen van voorrang.

Kwijtschelding zal worden verleend voor de schulden die niet terugbetaald zullen zijn op 25 maart 2002, behoudens terugkeer van verzoekers tot beter fortuin voor het einde van de gerechtelijke aanzuiveringsregeling.

...

NOOT – Betreffende punt 1, zie in dezelfde zin: Rb. Leuven, 9 november 1999, *R.W.*, 2000-2001, 274; Rb. Turnhout, 9 december 1999, *R.W.*, 2000-2001, 275; Rb. Tongeren, 23 december 1999, *R.W.*, 2000-2001, 275; Rb. Leuven, 7 september 1999 en Rb. Turnhout, 25 november 1999, elders in dit nummer opgenomen.

VREDEGERECHT TE SINT-TRUIDEN

16 FEBRUARI 1999

Rechter: de h. Nollet

Advocaten: mrs. Beelen en Orij

Pacht – Opzegging voor gezinsdoeleinden – 1. Herleiding van de opzegging tot de maximum toelaatbare oppervlakte – 2. Schending van dading gesloten in het raam van een eerdere opzegging – Gevolg voor van verpachter uitgaande opzegging – 3. Feitelijke continuïteit tussen de woning en het onroerend goed, voorwerp van de opzegging

1. *Een opzegging voor gezinsdoeleinden voor een verpacht perceel van 75 are is niet nietig, maar wordt herleid tot de maximum toelaatbare oppervlakte.*

2. *Te dezen werd na een eerdere opzegging van de pacht ten overstaan van de vrederechter een dading gesloten waarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud werd bepaald dat de*

overblijvende oppervlakte verpacht bleef, op welk beding door de verpachter niet eenzijdig kan worden teruggekomen. De dading ontnemt de verpachter niet elke mogelijkheid tot later opzegging, maar verzekert de pachter wel dat niet op korte termijn of bij verrassing een nieuwe opzegging zal worden gedaan.

3. *Voor de geldigheid van de opzegging van een pacht voor gezinsdoeleinden volstaat het dat er een feitelijke continuïteit is tussen de woning en het perceel waarvoor de opzegging wordt gedaan.*

C. e.a. t/ N. e.a.

Volgens een op 11 maart 1981 schriftelijk bevestigde overeenkomst, verpachten eisers aan verweerders een grond met laagstamaanplanting, groot alsdan ongeveer 1 ha.

Het perceel grenst aan de straat over een breedte van 43 m; links is de grens loodrecht naar beneden; rechts is er een naar rechts uitdijende weg, wat het perceel verbreedt. Links van dit verpacht goed is er een ander perceel grond, eveneens eigendom van eisers en omvattende langs de straatzijde een bouwkaavel met hun woning erop en erachter een weide van bijna 2 ha. Tussen dit bebouwd deel en het verpachte perceel is er een zone van ongeveer 9,50 m breed, als inherent deel van de bedoelde weiden en die een ruime verbinding vormt tussen de straat en die verder achterliggende weiden.

Op 26 april 1996 en kennelijk hernomen op 21 augustus 1996, hebben eisers aan de pachters opzeg gedaan ten einde de aan de straat grenzende zone van de pachtgrond als bouwgrond te bestemmen; ze beogen een nieuwe woning op te richten naast de bestaande; het betreffende perceel omvat de volle straatbreedte (43 m), en is 43 m diep (eerste opzeg) en later 50 m (tweede opzeg); in totaal 25 are bouwperceel.

Kennelijk hadden verweerders bezwaar; blijkens het proces-verbaal van oproeping ter verzoening verschijnen ze herhaald tot regeling; na een onderhands vastgelegd principesakkoord van 29 oktober 1996, wordt op 7 november 1996 voor de vrederechter een definitief akkoord getekend. De grond komt vrij onder de voorwaarden hierna vermeld. Er rest de pachters 75 are.

Nadat de nieuwe woning gebouwd is en eisers verhuisd zijn (hun eerste woning wordt verkocht, met behoud van de weiden), doen eisers bij brief van 27 december 1997 aan verweerders opzeg van pacht en dit voor gezinsdoeleinden. De pachters weigeren; de eigenaars dagvaarden in geldig-verklaring, na een verzoeningspoging.

De pachters doen gelden: de eis is onontvankelijk, omdat de opzeg is gegeven voor 75 are i.p.v. 20 are (nietige opzeg); minstens ongegrond, omdat het motief (gezinsdoeleinden) niet is geconcretiseerd in de opzegbrief, daar eisers in realiteit het opgezegde perceel enkel willen voegen aan de beschikbare weide waarop verscheidene paarden worden gehouden; dat de opzeg strijdig is met de overeenkomst gesloten na opzeg van het bouwperceel; dat de opzeg niet billijk is; zij vragen voorbehoud inzake de diepte van het bouwperceel; met toepassing van art. 46 Pachtwet wordt 250.000 fr. bijzondere vergoeding gevorderd, minstens een deskundige.

De verpachters bevestigen de opzeg: uit de opzegbrief blijkt duidelijk dat niet meer dan wat de wet toestaat wordt beoogd, dat de betwisting inzake de opzeg rond het bouw-

perceel is opgelost en vreemd is aan de nieuwe opzeg, dat inzake het begrip «gezinsdoeleinden» een loutere verklaring volstaat, dat zij op de bedoelde weide slechts één paard hebben, terwijl een verdere «paardenactiviteit» niet wordt beoogd; de tegeneis niet ontvankelijk is bij gebrek aan voorafgaande oproeping ter verzoening; een vergoeding is slechts betaalbaar bij het verlaten van het goed; bij uitbreiding van de eis vorderen ze 20.000 fr. schadevergoeding wegens onterechte genotsonttrekking.

...

Ten gronde dient allereerst te worden vastgesteld, en afwijkende van de argumentatie van verweerders, dat de opzeg zoals gedaan, niet als nietig voorkomt in zoverre daaruit zou blijken dat eisers hun opzeg voor meer dan 20 are zouden hebben geformuleerd; de geldigverklaring kan dan worden beperkt tot de maximum toelaatbare oppervlakte.

De opzeg dient evenwel als ongegrond te worden afgevoerd om minstens de volgende redenen:

Na opzeg voor het bouwperceel zelf en duidelijk binnen een alsdan gevoerde discussie, werd ten overstaan van de vrederechter een regeling getroffen; behoudens de aanvaarding van de opzeg tegen einde 1996 voor een diepte van 43 m en tegen einde 1997 tot 50 m, betalen de verpachters een vergoeding van 250.000 fr. (art. 46), verbinden de verpachters zich tot onderhoud en verharding van de hierboven omschreven rechtse langsweg, en buitendien is in een onderscheiden en evenwaardige alinea nadrukkelijk bepaald: «de overblijvende oppervlakte van het perceel blijft in pacht... tegen 8.500 fr. per jaar».

Het komt Ons als niet ernstig betwistbaar voor dat dit gelijkstaat met een dading, inhoudende de vastlegging van duidelijke rechten en plichten, met als inherent gegeven, de als belangrijk geachte bijzondere *beklemtoning* van het behoud der pachtrechten over het volle resterende perceel. Op zo'n formeel beding kunnen de verpachters zeker *niet eenzijdig* terugkomen, op straffe dit akkoord aan te tasten. Overigens kunnen zeker de verpachters afstand doen van bepalingen van de Pachtwet die in hun belang zijn ingesteld, dit alleszins na aanvang van de overeenkomst en zoals hier, officieel ten overstaan van de vrederechter in het raam van een te regelen geschil (H. d'Udekem-d'Acoz, *Pacht*, nr. 5. Sevens, *A.P.R.*, *Pacht*, nr. 22, p. 26 boven; Stassijns, *A.P.R.*, *Pacht*, nr. 34, p. 38 midden, met rechtspraak).

Zelfs indien dit beding niet kan impliceren dat aan eisers elke mogelijkheid tot terugname kan zijn ontnomen, dan nog dient te worden aanvaard dat de partijen minstens de bedrijfszekerheid van de pachters hebben willen accentueren, en verzekeren dat dezen zich minstens niet op korte termijn, of «bij verrassing», aan enige nieuwe opzeg dienden te verwachten; anders heeft dit beding, waarvan de partijen de opname in het akkoord nodig hebben geacht, geen enkele zin; dit onder de vaststelling dat de eisers de hypothese van opzeg voor familiedoelinden hadden kunnen voorzien en daarvoor voorbehoud maken, *quod non*; wellicht speelde de niet onaanzienlijke bouwoppervlakte van 25 are enig rol?

Opdat een opzeg wegens gezinsdoeleinden geldig is inzake de *ligging* van het beoogde perceel, volstaat het dat er een *feitelijke continuïteit is tussen, zoals hier, de woning en het beoogde goed*; het vereiste van «dadelijk grenzen» is zelfs niet meer absoluut; (Stassijns, *A.P.R.*, *Pacht*, nrs. 184 e.v.; Gotzen, «Vernieuwde pachtwet», *R.W.*, 1988-89, 940; *Parl.*

St., Senaat, 1986-87, nr. 586/2 p. 32; Vred. Geraardsbergen, 16 december 1996, *T. Not.*, 1998, 93).

Te dezen kan men niet voorbij aan het gegeven dat eisers onmiddellijk aansluitend beschikken over 2 ha achterliggende gronden, thans dienstig als weide (met een enig paard voor gezinsontspanning, naar hun eigen stelling) en die met het bouwperceel een manifeste feitelijke continuïteit heeft, dit gezien de tussenliggende doorgang over 9,40 m en onder de vaststelling dat eisers deels op deze doorgang reeds een kleine paardenstal hebben geplaatst en dit in het raam van de door henzelf beklemtoonde loutere familiale activiteiten; thans een aanvullend perceel eisen vormt dan een oneigenlijke toepassing van de wet, dit inzonderheid onder de vaststelling dat de wetgever doelaflleidingen wenste te voorkomen; overigens, bij hypothese, indien eisers bij afwezigheid van de thans aan verweerders verpachte grond, de bedoelde weide zouden hebben verpacht, zou de opzeg van een deel van deze weide voor gezinsdoeleinden kennelijk als aanvaardbaar voorkomen. Eisers hebben dus reeds wat ze nu nogmaals vragen.

De parlementaire voorbereidingsstukken (*Parl. St.*, Kamer, 1984-85, 1 mei 1985, bespreking wetsvoorstellen, bijlage in Gotzen, *Nieuwe Pachtwet*, K.U.L., 1989, p. 163) zij verder duidelijk: «verscheidene sprekers menen... dat de nodige garanties moeten worden geboden om te voorkomen dat dit recht willekeurig of uit loutere kwaadwilligheid wordt uitgeoefend; een te ruime toepassing dreigt immers het landbouwareaal te verkleinen...».

Op zicht van de concrete constellatie (eerdere opzeg voor bouw met navolgende akkoord houdende bevestiging van pacht, de beschikbaarheid van twee ha vlakbij en dit aansluitend op de woning), dient de pachter in bescherming te worden genomen, in het licht van het door de wetgever bedoelde gevaar, dat zich te dezen blijkt te ontwikkelen; overigens komt *in concreto* het belang van de verpachters als niet in verhouding voor met het nadeel van de pachters; inzonderheid daar waar de wetgever een beperkte toepassing van het *opzegmotief* duidelijk heeft geaccentueerd (*Parl. St.*, Senaat, 1986-87, 5 juni 1987, in R. Gotzen, *o.c.*, p. 219).

De hoofdeis, ook zoals uitgebreid, is ongegrond. De tegeneis is zonder voorwerp.

aangepast door voornoemde wet, te worden toegepast op alle verzoeken tot wijziging van de onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen na echtscheiding door onderlinge toestemming, ongeacht of de neerlegging van het verzoekschrift tot echtscheiding of de uitspraak ervan dateert van vóór of na 7 juli 1997.

2. *Het ouder worden van het kind kan als zodanig niet worden gekwalificeerd als een omstandigheid «buiten de wil van de partijen»; de specifieke onderwijssituatie van het kind is dit mogelijkwijze wel.*

3. *Het materieel en moreel belang van het kind heeft voorrang boven de partijautonomie en de verbindende kracht van de overeenkomst.*

De B. t/ De R.

Overwegende dat de gedingvoerende partijen gehuwd geweest zijn (...) en hun huwelijk bij onderlinge toestemming werd ontbonden. De wederzijdse rechten en plichten van de partijen werden geregeld bij akte van notaris (...) te (...) van 23 oktober 1985.

...

Overwegende dat de voormelde notariële akte tevens het volgende bepaalt: (...): «*Onderhoud en opvoeding van de kinderen.* De vader zal maandelijks als bijdrage in de kosten van opvoeding en onderhoud aan elk der kinderen een bedrag betalen van vijfduizend (5.000) frank. Dit bedrag is betaalbaar de eerste van elke maand en voor het eerst op één september laatstleden en zal jaarlijks en van rechtswege op één september van elk jaar aangepast worden aan de schommelingen van de index der kleinhandelsprijzen... Het onderhoudsgeld, geïndexeerd zoals hierboven gezegd, wordt bedongen voor een minimumtermijn van twee jaar, te rekenen vanaf heden. Na verloop van deze termijn zal het maandelijks onderhoudsgeld worden aangepast volgens de behoeften en de leeftijd van de kinderen bij gemeen overleg tussen partijen. Ingeval de partijen het niet eens zijn, zal het bedrag worden bepaald door de bevoegde rechter. Dit onderhoudsgeld is verschuldigd totdat de kinderen hun eigen inkomen of vervangingsinkomen hebben of op een andere wijze, onder meer door het huwelijk, hun zelfstandigheid verwerven. Alle overige onderhouds- en opvoedingskosten van het kind zijn ten laste van de verzoekster.

Overwegende dat eisende partij thans de vermeerdering van het voormelde onderhoudsgeld voor het kind P. vordert tot 15.000 fr. per maand, geïndexeerd en zulks vanaf de maand september 1998. De voormelde vermeerdering wordt gevraagd op grond van de omstandigheid dat het onderhoudsgeld destijds werd bepaald op een ogenblik toen zoon P. nog maar vijf jaar oud was en dat de kosten van kledij, levensonderhoud, studies, ontspanning inmiddels in sterke mate zijn verhoogd, te meer daar zoon P. sedert september 1998 de hogere studies «Sociaal-Agogisch Werk» heeft aangevangen met alle kosten vandien (inschrijvingsgeld, reiskosten, kosten didactisch materiaal, huisvestingskosten te Brussel).

Overwegende dat ten aanzien van de vordering van eisende partij allereerst en in het algemeen dient te worden beklemtoond dat het Hof van Cassatie, naar aanleiding van een vraag tot wijziging van een overeenkomst over de onderhoudsbijdrage, steeds een verregaand respect heeft be-

VREDEGERECHT TE WESTERLO

25 FEBRUARI 2000

Rechter: de h. Carens

Advocaat: mr. Van Doorselaere

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Onderhoudsbijdrage ten behoeve van de kinderen – Mogelijkheid tot wijziging na echtscheiding – Toepassing van art. 1288, laatste lid, Ger. W., als aangepast bij de wet van 20 mei 1997 – 1. Toepassing in de tijd – 2. Nieuwe omstandigheden buiten de wil van partijen – Ouder worden van het kind – Specifieke onderwijssituatie – 3. Toepassing van het criterium «belang van het kind»

1. *Sedert 7 juli 1997, datum van inwerkingtreding van de wet van 20 mei 1997, dient art. 1288, laatste lid, Ger. W., als*

toond voor de verbindende kracht van deze overeenkomst en onder meer heeft beslist dat art. 1134, eerste lid, B.W. wordt geschonden wanneer de verbindende kracht van de aan de echtscheiding voorafgaande overeenkomst opnieuw ter discussie wordt gesteld (Cfr. b.v. Cass. 14 april 1994, *R.W.* 1994-95, 434; Vred. Gent III 17 oktober 1990, bevestigd door Rb. Gent 17 mei 1993, beide gepubliceerd in *T. Vred.*, 1994, 169 e.v.).

Overwegende dat het Hof van Cassatie nog in een recent arrest (Cass. 21 maart 1997, *R.W.*, 1997-98, 1074) zijn voorheen (Cfr. b.v. Cass. 12 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 2017) reeds herhaaldelijk ingenomen standpunt integraal bevestigde, nl. dat de in de voorafgaande familierechtelijke overeenkomsten afgesproken onderhoudsbijdrage voor de kinderen, de ouders jegens elkaar verbindt en na echtscheiding niet kan worden gewijzigd, tenzij vaststaat dat een van de ouders, gelet op zijn vermogen én die bijdrage, niet meer in de mogelijkheid verkeert om het kind *het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding te verschaffen*. In een vroeger arrest had het Hof van Cassatie deze stellingname nog algemener geformuleerd (Cass. 20 december 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 337 en *R.W.*, 1991-92, 1392) nl.: «Bij echtscheiding door onderlinge toestemming is de onveranderlijkheid van de tussen de echtgenoten gesloten overeenkomst over een respectieve bijdrage in het onderhoud en de opvoeding van hun kind ondergeschikt aan het belang van het kind voor wie de bijdrage is bedoeld, *en alleen aan het belang van dat kind*; daaraan kan *geen afbreuk* worden gedaan door het feit dat de ouder die zich tot de bijdrage verplicht heeft andere verplichtingen heeft of krijgt, al raken deze de openbare orde».

Overwegende dat deze constante en bijzonder stringente toepassing door het Hof van Cassatie van het onveranderlijkheidsprincipe en het zeer verregaande respect van het Hof van Cassatie voor de verbindende kracht van de overeenkomsten, aanleiding heeft gegeven tot kritiek in de rechtsleer, waarna ook de wetgever zelf een initiatief heeft genomen om de restrictieve rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de aanpassing van de onderhoudsbijdrage te kunnen «omzeilen». Zulks gebeurde allereerst door de invoering in art. 1288 Ger. W. van een nieuw laatste lid, luidende als volgt: «Wanneer nieuwe en onvoorziebare omstandigheden de toestand van de kinderen ingrijpend wijzigen, kunnen de beschikkingen bedoeld in het 2de en 3de van het voorgaande lid na de echtscheiding worden herzien door de bevoegde rechter». In de praktijk werd echter vastgesteld dat de interventie van de wetgever geen verandering vermocht tot stand te brengen in de restrictieve rechtspraak van het Hof van Cassatie, aangezien de toepassing van het door de wetgever gehanteerde criterium «onvoorziebaarheid» in de praktijk meebracht dat nagenoeg elke wijziging onmogelijk werd omdat er in de meeste gevallen veeleer sprake is van een *gebrek aan vooruitziendheid*, eerder dan van *onvoorziebaarheid* (Cfr. Frank Buysens, «Wijziging, na echtscheiding door onderlinge toestemming, van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen», *R.W.*, 1997-98, 1066-1067).

Overwegende dat de wetgever nochtans heeft vastgehouden aan zijn intentie een duidelijke en ondubbelzinnige versoepeling van de voorwaarden voor een herziening na echtscheiding onderlinge toestemming te realiseren, wat resulteerde in een nieuwe aanpassing van art. 1288

Ger. W. bij de wet van 20 mei 1997 betreffende de procedures tot echtscheiding. Het voorheen bestaande vereiste van «onvoorziebaarheid» werd geschrapt, zodat een einde werd gemaakt aan iedere discussie omtrent de interpretatie van dit begrip, en het laatste lid van art. 1288 Ger. W. luidt thans als volgt: «Wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen, kunnen de beschikkingen bedoeld in het 2de en het 3de van het voorgaande lid na de echtscheiding worden herzien door de bevoegde rechter». Essentieel hierin is dat de aangevoerde nieuwe omstandigheden niet langer onvoorziebaar moeten zijn, maar dat het voldoende is dat ze zich voordoen «buiten de wil van de partijen, dus onafhankelijk zijn van de wil van de partijen» en dat deze een ingrijpende invloed hebben. De commentatoren hebben na de Wet van 20 mei 1997 vooral de nadruk gelegd op het overwegend belang van het criterium dat de nieuwe omstandigheden zich moeten voordoen *buiten de wil van de partijen* (Cfr. Frank Buysens, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 1069 en J. Gerlo, «Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht», *T.B.B.R.* 1998, p. 37, nr. 23).

Overwegende dat de wet van 20 mei 1997 geen specifieke bepalingen inzake overgangsrecht bevat, zodat de versie 20 mei 1997 van art. 1288, laatste lid, Ger. W. moet worden toegepast op alle verzoeken tot wijziging, ongeacht of de neerlegging van het verzoekschrift tot echtscheiding of de uitspraak ervan dateert van vóór of na 7 juli 1997 (datum van inwerkingtreding van de wet van 20 mei 1997) (Cfr. Frank Buysens, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 1070).

Overwegende dat eisende partij *in casu* in hoofdzaak als rechtsgrond van haar vordering inroept enerzijds de leeftijd van zoon P. in vergelijking met de datum van de regelingsakte en anderzijds de gestegen kosten, voornamelijk ingevolge de studies van zoon P.

Overwegende dat, in zoverre eisende partij het voortschrijden der jaren als rechtsgrond van haar vordering inroept, dient te worden aangemerkt dat het feit dat een kind ouder wordt niet kan worden gekwalificeerd als een nieuwe omstandigheid die zich voordoet buiten de wil van de partijen, in de zin van voormelde wetsbepaling (Cfr. *supra*). Het gaat hier integendeel over een op voorhand bekende, evolutieve wetmatigheid, die perfect had kunnen worden ondervangen door het opnemen van een *daadwerkelijke herzieningsclausule* in de familierechtelijke overeenkomst, *quod non* (Cfr. Vred. Westerlo 24 september 1998, *A.J.T.*, 1998-99, 718). Er kan niet genoeg worden beklemtoond dat het, met het oog op het vermijden van latere discussies en ingevolge het blijvende verregaande respect van het Hof van Cassatie voor de verbindende kracht van de overeenkomsten, zowel vóór als na de wet van 20 mei 1997, zeer aanbevelenswaardig blijft om in de familierechtelijke overeenkomst *herzieningsclausules* op te nemen (Cfr. Frank Buysens, *o.c.*, p. 1066, nr. 3, en 1070, nr. 13). Als «daadwerkelijke herzieningsclausule» kan enkel worden gekwalificeerd, een herzieningsclausule waarin zeer nauwgezet en welomlijnd de omstandigheden en modaliteiten worden gespecificeerd volgens welke een eventuele wijziging van de bijdrage zou kunnen plaatsvinden. De algemene formulering (hiervoren geciteerd) die *in casu* terzake in de regelingsakte werd opgenomen, is geen daadwerkelijke herzieningsclausule, bij afwezigheid van afdoende precisering.

Overwegende dat in de lijn van de hiervoren geschetste stelling van het Hof van Cassatie inzake de verbindende kracht van de overeenkomst, ook dient te worden beklemtoond dat een familierechtelijke overeenkomst in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming steeds een «totaalakkkoord» is over diverse aangelegenheden waaromtrent «een consensus» wordt bereikt. De wijziging van een enkel onderdeel kan onevenwichten doen ontstaan en het hele bouwwerk doen instorten. Het is duidelijk dat de omvang van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen de resultante is van *verschillende* factoren, *in casu* b.v. de omstandigheid dat in de voorliggende regelingsakte ook was bepaald dat na echtscheiding geen uitkering tot levensonderhoud diende te worden betaald door huidige verwerende partij aan huidige eisende partij en de omstandigheid dat het onroerend goed van de huwgemeenschap volledig werd toebedeeld aan huidige eisende partij, zonder dat deze enige opleg verschuldigd was.

Overwegende dat dientengevolge, gelet op al het voorgaande, het principieel niet mogelijk is het overeengekomen bedrag van 5.000 fr. hoofdsom per maand voor het kind P. te verhogen op grond van de leeftijd die dit kind thans heeft bereikt. Deze conclusie is de strikt juridische gevolgtrekking van de huidige draagwijdte van art. 1288, laatste lid, Ger. W.

Overwegende dat eisende partij zich eveneens beroept op de huidige onderwijssituatie van het kind P. Op dit onderdeel is de situatie anders. Terwijl het feit van het ouder worden van het kind niet kan worden gekwalificeerd als een nieuwe omstandigheid die zich voordoet buiten de wil van de partijen en die dus geen aanleiding kan geven tot wijziging (cfr. *supra*), geldt zulks niet wat de huidige onderwijssituatie van dit kind betreft. Deze huidige onderwijssituatie kan met andere woorden wel worden gekwalificeerd als een ten opzichte van 23 oktober 1985 nieuwe omstandigheid, zich voordoende buiten de wil van de partijen, er wel onmiddellijk aan toevoegend dat bij deze laatste stellingname door Ons ambt rekening wordt gehouden met het standpunt verdedigd door de commentatoren ten aanzien van de aanpassing van art. 1288 Ger. W. door de wet van 20 mei 1997.

Overwegende dat de commentatoren er namelijk op gewezen hebben dat de correctie van 20 mei 1997, van de bestaande ongelukkige terminologie, nog steeds als «onvolkomen» dient te worden beschouwd (Cfr. Frank Buysens, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 1070).

...

Overwegende dat de laatstvermelde auteur meer bepaald heeft gesteld dat bij de laatste terminologische wijziging van art. 1288, laatste lid, Ger. W., op geen enkel ogenblik is gerefereerd aan het criterium «het belang van het kind», terwijl dit toch het essentiële criterium bij uitstek is aan de hand waarvan de wijzigingsverzoeken na echtscheiding door onderlinge toestemming, zouden moeten worden beoordeeld. Daarbij heeft hij aangestipt dat het toch aangegeven zou geweest zijn om de terminologie van art. 1288, laatste lid, Ger. W. in overeenstemming te brengen met art. 387bis B.W., waarin alleen *het belang van het kind* als voorwaarde voor wijzigingen aan de overeenkomsten met betrekking tot het ouderlijk gezag wordt gesteld (cfr. Frank Buysens, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 1070). Ook reeds voorheen

hebben andere auteurs ervoor gepleit terzake «het belang van het kind» steeds centraal te stellen (cfr. A. Verbeke, «Aanpassing van de overeenkomst over de onderhoudsbijdrage voor de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming», *R.W.*, 1988-89, 1316, nr. 12 en H. Steennot, «Het belang van het kind», *R.W.*, 1974-75, 1729 e.v.).

Overwegende dat, terwijl auteur A. Verbeke in zijn voormelde bijdrage (*R.W.*, 1988-89, 1316, nr. 12 met de verwijzingen in voetnoten 34 en 35) ongenueanceerd stelde dat een vermindering van de bedongen bijdrage niet verenigbaar lijkt met en te gronden op het belang van het kind en dat «de overeengekomen bijdrage dus in het beginsel niet zal kunnen worden *verlaagd*», daarentegen een vermeerdering van de bedongen bijdrage uiteraard *wel* verenigbaar is met «het belang van het kind» zeker wanneer, zoals *in casu*, deze bedongen bijdrage (5.000 fr. hoofdsom per maand) onaanvaardbaar minimaal is geworden, gelet op de leeftijd en de onderwijssituatie van het kind.

Overwegende dat art. 203, § 1, B.W. bepaalt dat de ouders dienen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen naar evenredigheid van hun middelen, en dat, indien de opleiding niet voltooid is, deze verplichting doorloopt na de meerderjarigheid van het kind. Art. 203bis bepaalt verder dat onverminderd de rechten van het kind, elk van de ouders van de andere ouder diens bijdrage in de voormelde verplichting kan vorderen. De verplichting ex art. 203, § 1, B.W. is van openbare orde.

Overwegende dat «het belang van het kind» als een algemeen rechtsbeginsel moet worden gezien, d.w.z. als een beginsel dat door de rechter steeds in acht moet worden genomen, ongeacht of de wet dit uitdrukkelijk voorschrijft of niet (cfr. A. Van Gysel, «L'intérêt de l'enfant, principe général de droit», *T.B.B.R.*, 1988, 186-206).

Overwegende dat het materieel en moreel belang van het kind zelfs voorrang heeft boven de partijautonomie en dus de verbindende kracht van de overeenkomst. Deze overeenkomst over de onderhoudsbijdrage voor het kind moet wijken voor het belang van het kind, maar enkel en alleen voor het belang van het kind (Cfr. A. Verbeke, *o.c.*, *R.W.*, 1988-89, 1314, nrs. 6-7-8).

...

EUROPESE RECHTSPRAAK «RECHTEN VAN DE MENS» IN KORT BESTEK

Coördinatie: Instituut van de Rechten van de Mens, K.U. Leuven

Met deze aflevering van de kroniek worden voor het eerst arresten besproken, gewezen door het «nieuwe» Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit Hof, samengestelde volgens de bepalingen van het 11de Protocol bij het E.V.R.M., heeft op 1 november 1998 de plaats ingenomen van het «oude» Hof. Met ingang van die datum is ook de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens afgeschaft.

E.H.R.M. 21 januari 1999

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Journalist – Publicatie van gegevens over belastbaar inkomen van industrieel – Informatie van algemeen belang

1. In september 1989 heerste er een sociaal conflict bij Peugeot in Frankrijk. De arbeiders eisten loonsverhoging, maar het management, onder leiding van Jacques Calvet, weigerde dit. In die context kon het weekblad «Le Canard enchaîné» de hand leggen op kopies van de belastingaanslagen van Calvet van de laatste drie jaren. Volgens de verklaring van de betrokken journalist, Claude Roire, waren deze hem in een anonieme enveloppe toegestuurd. Het tijdschrift publiceerde een artikel van Roire, geïllustreerd met uittreksels uit de belastingdocumenten. In het artikel werd erop gewezen dat het salaris van Calvet tussen 1986 en 1988 met 45,9% was gestegen, terwijl het gemiddelde salaris van de arbeiders van Peugeot in dezelfde periode slechts met 6,7% was omhooggegaan. Met andere woorden, de harde positie die de baas innam als het om het loon van zijn werknemers ging, gold niet voor zijn eigen inkomen.

Het strafrechtelijk onderzoek naar de verantwoordelijke voor het ontvreemden van het document uit de gebouwen van de belastingdiensten bleef zonder resultaat. Claude Roire werd echter, samen met Roger Fressoz, de directeur publicatie van het tijdschrift, veroordeeld voor het omgaan met documenten die door middel van een misdrijf verkregen waren. Zij kregen een boete opgelegd van respectievelijk 5000 en 10000 FF.

2. Bij het E.H.R.M. voerden zij aan dat deze veroordeling een schending uitmaakte van hun vrijheid van meningsuiting. Het Hof gaf hen gelijk.

Zoals gewoonlijk ging het in de redenering van het Hof in hoofdzaak om de vraag of deze beperking van de vrijheid van meningsuiting evenredig was in het licht van het nagestreefde doel, met name de bescherming van de goede naam en de rechten van anderen en het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke informatie.

Het is een constante in de rechtspraak van het Hof, dat de vrijheid van de pers om het publiek te informeren over zaken van algemeen belang bij uitstek beschermd wordt onder art. 10 E.V.R.M. Hier is immers niet enkel het recht van de journalist in het geding om vrij zijn standpunt te uiten, maar ook het recht van het publiek om informatie te ontvangen.

Daarom is het van groot belang dat het Hof oordeelde dat de informatie over het inkomen van Calvet geen privaat karakter had, maar een kwestie was van algemeen belang. Het artikel was volgens het Hof niet bedoeld om de goede naam van Calvet te schenden, maar wel om bij te dragen aan een openbaar debat over een kwestie van algemeen belang (§ 50).

Maar gaat de persvrijheid dan boven de strafwet? Soms wel. Dat spreekt vanzelf: wetten kunnen de rechten van het E.V.R.M. op rechtmatige wijze beperken, maar slechts als ze voldoen aan de in het E.V.R.M. bepaalde beperkingsvoorwaarden, met name aan de proportionaliteitseis. In dit opzicht biedt art. 10 E.V.R.M. een ruimere bescherming aan de vrijheid van meningsuiting dan art. 19 G.W., volgens welk «de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten» is

«gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die (vrijheid) worden gepleegd». In de redenering van de Grondwet wordt de vrijheid van meningsuiting begrensd door de strafwet. In de redenering van het E.V.R.M. daarentegen is de strafwet onderworpen aan de voorwaarden van art. 10, § 2, E.V.R.M. Hoewel een journalist niet in het algemeen boven de strafwet staat, moet in elk concreet geval worden nagegaan of de beperking die de strafwet oplegt wel evenredig is met het doel dat ze nastreeft.

In casu vindt het Hof dat dit niet het geval is. De documenten die de verzoekers gepubliceerd hadden, waren weliswaar vertrouwelijk, maar de informatie die ze bevatten was dat niet. In Frankrijk kan elke belastingbetaler immers een lijst raadplegen waarop het te betalen bedrag aan inkomstenbelasting van elke bewoner van zijn streek te lezen is. Bovendien wordt het inkomen van mensen die aan het hoofd staan van grote ondernemingen regelmatig gepubliceerd in financiële tijdschriften. Aangezien het dus niet om vertrouwelijke informatie ging, konden de verzoekers niet worden veroordeeld louter wegens de publicatie van de dragers van die informatie. Het Hof oordeelde dat art. 10 E.V.R.M. het aan de journalisten overlaat te beslissen of het al dan niet nodig is om dergelijke documenten te publiceren om de geloofwaardigheid van hun relaas te verzekeren. Journalisten hebben namelijk het recht om informatie te verspreiden over kwesties van algemeen belang, op voorwaarde dat ze te goeder trouw handelen, op basis van accurate feiten, en dat ze betrouwbare en exacte informatie leveren in overeenstemming met de morele code van de journalistiek (§ 54).

De relevantie van de documenten voor het onderwerp, en de eerbiediging van de journalistieke ethiek zijn met andere woorden belangrijker dan de vraag of de documenten al dan niet wettig waren verkregen. Met de verwijzing naar de «journalistieke ethiek» duidt het Hof vooral op het checken van feiten; het publiceren van gestolen documenten of van documenten die zijn verkregen met schending van een vertrouwelijkheidsverplichting, is blijkbaar niet in strijd met deze ethische code.

(Zaak Fressoz en Roire t/ Frankrijk)

Eva Brems

E.H.R.M. 21 januari 1999

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Strafvordering – Recht van verdachte om zich ter terechtzitting te laten vertegenwoordigen door een raadsman – Verhouding tot verplichting van beklaagde om persoonlijk ter terechtzitting te verschijnen – Verstek en verzet

1. Het E.H.R.M. verduidelijkte op 21 januari 1999 de draagwijdte van het recht om zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat (art. 6.3.c. E.V.R.M.). Niet alleen bevestigde het Hof met dit arrest zijn eerder standpunt met betrekking tot dit recht, het preciseerde tevens de verhouding tussen dit recht en de verplichting van de beklaagde persoonlijk ter terechtzitting te verschijnen.

2. Van Geyseghem werd door de Correctionele Rechtbank te Brussel op verzet veroordeeld voor het importeren van drugs. Zij tekende hoger beroep aan. Ook op de zitting

voor het Hof van Beroep te Brussel was zij niet aanwezig. Zij tekende verzet aan tegen het arrest bij verstek, maar op de eerste zitting van deze verzetprocedure was enkel haar raadsman aanwezig.

Volgens art. 185 Sv. diende zij in principe in persoon te verschijnen. Vertegenwoordiging was echter mogelijk in debatten die enkel betrekking hadden op een exceptie en de grond van de zaak dus niet raakten. De raadsman van Van Geyseghem beriep zich op dit recht op vertegenwoordiging en stelde dat hij de verjaring van de strafvordering zou bepleiten. Het hof van beroep stond echter niet toe dat de advocaat zijn cliënte vertegenwoordigde, en verklaarde het verzet ongedaan overeenkomstig art. 208 Sv., op grond dat Van Geyseghem niet persoonlijk was verschenen.

De voorziening in cassatie werd verworpen, omdat de stelling dat de verjaring van de strafvordering was ingetreden, niet kon worden gezien als een exceptie die vreemd was aan de grond van de zaak.

3. Eerst en vooral herhaalde het E.H.R.M. dat de verschijning van een beklaagde van kapitaal belang was. Op die manier kon de waarachtigheid van de verklaringen van de beklaagde worden nagegaan. Ook konden die verklaringen worden vergeleken met die van het slachtoffer en van de getuigen. Bijgevolg mocht de wetgever onrechtvaardigde afwezigheden ontmoedigen (E.H.R.M., 23 november 1993, Poitrimol t/ Frankrijk, *Publ. Cour*, Reeks A, nr. 272, § 35) (§ 26).

Vervolgens verwees het Hof naar twee eerdere arresten tegen Nederland. Het was cruciaal voor de eerlijkheid van het strafrechtssysteem dat een beklaagde adequaat werd verdedigd. Dit belang primeerde. Het recht op bijstand van een raadsman kon de beklaagde niet worden ontnomen op de enkele grond dat hij niet verscheen ter terechtzitting (E.H.R.M., 22 september 1994, Lala t/ Nederland, *Publ. Cour*, Reeks A, nr. 297-A, §§ 33-34, en Pelladoah t/ Nederland, *Publ. Cour*, Reeks A, §§ 40-41) (§ 26).

Naar Nederlands recht waren beslissingen in hoger beroep niet vatbaar voor verzet. In de zaak Van Geyseghem oordeelde het E.H.R.M. expliciet dat deze onmogelijkheid geen doorslaggevend argument was in de motivering van de arresten Lala en Pelladoah. Dat beslissingen in hoger beroep naar Belgisch recht wel vatbaar waren voor verzet, leidde *in casu* dus niet tot een andere rechtspraak (§ 27).

Het Hof nuanceerde de hiervoor vermelde stelling dat afwezigheid ter terechtzitting mocht worden ontmoedigd door de wetgever. Een beklaagde een sanctie opleggen voor zijn afwezigheid door hem het recht op vertegenwoordiging te ontfangen, deed afbreuk aan art. 6 E.V.R.M. Minder verregaande middelen, zoals het bevelen van de persoonlijke verschijning, waarin art. 185, § 3, Sv. trouwens voorzagen, leken eerder aangewezen (§ 27).

Dat Van Geyseghem verschillende gelegenheden had gehad om zich te verdedigen, was geen argument om haar het recht op vertegenwoordiging te ontnemen. Dat recht had ze, vond het Hof, temeer omdat haar raadsman de verjaring van de strafvordering wenste in te roepen, een middel dat een belangrijk element van verdediging uitmaakte (E.H.R.M., 13 mei 1980, Artico t/ Italië, *Publ. Cour*, Reeks A, nr. 37, § 34) (§ 28).

4. Het Hof van Cassatie reageerde alert. Reeds op 16 maart 1999 besliste het dat voorrang moest worden verleend aan art. 6 E.V.R.M. (Cass., 16 maart 1999, *J.T.*,

2000, 124; zie ook Cass., 8 juni 1999, P.97.1104.N. onuitgeg.), dat rechtstreekse werking heeft. Jammer genoeg betrof ook deze zaak een verzetprocedure in hoger beroep. Nu rijst immers de vraag of de beklaagde ook in andere fasen van het strafproces het recht op vertegenwoordiging heeft, en dus niet meer in persoon hoeft te verschijnen. Het lijkt dat een beklaagde dit recht heeft, niet alleen wanneer een exceptie wordt ingeroepen, maar ook wanneer het debat de grond van de zaak aangaat.

Men kan zich ook afvragen of het E.H.R.M. hetzelfde zou beslissen in een zaak die aan een jury dient te worden voorgelegd. Art. 244 Sv. bepaalt dat tegen een beschuldigde die niet verschijnt op de zitting voor het hof van assisen, opgetreden wordt als tegen een weerspannige aan de wet. Indien hij zich niet aanmeldt na daartoe te zijn aangemaand, mag de afwezige beschuldigde niet worden vertegenwoordigd door een raadsman (art. 468 Sv.).

Ofschoon het E.H.R.M. het recht op vertegenwoordiging een absoluut karakter lijkt toe te kennen, is dit tot nu toe nog niet met zoveel woorden gesteld. Een dergelijk verregaande stelling gaat in elk geval radicaal in tegen de geldende Belgische strafprocesrechtelijke gewoonten.

(Zaak Van Geyseghem t/ België)

Ann Dierickx

E.H.R.M. 18 februari 1999

Art. 3 Eerste Protocol E.V.R.M. – Recht op vrije keuze van parlementaire vertegenwoordigers – Rechtstreekse verkiezingen voor het Europese Parlement – Rechtsmacht van het E.H.R.M.

1. Door het niet organiseren in Gibraltar van rechtstreekse verkiezingen voor het Europese Parlement begaat het Verenigd Koninkrijk een schending van het recht op vrije keuze van parlementaire vertegenwoordigers, gearandeerd bij art. 3 Eerste Protocol bij het E.V.R.M. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens leidt deze aansprakelijkheid af uit de soevereine instemming door het Verenigd Koninkrijk met een aantal gemeenschapsrechtelijke bepalingen van constitutionele aard.

2. Matthews verzocht op 12 april 1994 bij de bevoegde instanties van Gibraltar, een voor buitenlandse betrekkingen van het Verenigd Koninkrijk afhankelijk gebied, om geregistreerd te worden als kiezer voor de Europese Parlementsverkiezingen. Op 25 april 1994 gaf het registratiebureau te kennen dat in Bijlage II van de Akte van 20 september 1976 tot verkiezing van de vertegenwoordigers in de Vergadering door middel van rechtstreekse algemene verkiezingen, de organisatie van deze verkiezingen door het Verenigd Koninkrijk beperkt werd tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk zelf. Aangezien deze akte verdragsrechtelijke status genoot, was ze niet aanvechtbaar voor het Hof van Justitie en werd verzoekster bijgevolg geconfronteerd met een klaarblijkelijke leemte in de grondrechtenbescherming. Matthews diende klacht in bij het E.H.R.M. en stelde dat de totale afwezigheid van enige mogelijkheid om deel te nemen aan de Europese Parlementsverkiezingen als burger van Gibraltar (met de Britse nationaliteit) een manifeste schending uitmaakte van haar recht op vrije keuze van de parlementaire vertegen-

woordigers, gegarandeerd bij art. 3 Eerste Protocol bij het E.V.R.M.

3. De regering verdedigde zich met een vierledige argumentatie. Zij stelde allereerst dat de relevante bepalingen van primair gemeenschapsrecht (besluit 76/787 van de Raad en de bovenvermelde bijbehorende Akte, en het Verdrag van Maastricht) aangenomen waren binnen het kader van de Europese Gemeenschap. Omdat de Europese Gemeenschap geen partij was bij het E.V.R.M. zou een toetsing van handelingen van haar instellingen buiten de rechtsmacht van het E.H.R.M. vallen. Bovendien kon geen enkele van die bepalingen unilateraal gewijzigd of herroepen worden door het Verenigd Koninkrijk (§ 26). Het Hof antwoordt dat bedoelde bepalingen *in se* instrumenten van internationaal recht betreffen, waarmee de Britse regering geheel vrij heeft ingestemd. Aangezien deze akten door hun constitutioneel karakter niet toetsbaar zijn door het Hof van Justitie, is het Verenigd Koninkrijk uitiem verantwoordelijk *ratione materiae* onder art. 1 van het E.V.R.M. en in het bijzonder onder art. 3 van het Eerste Protocol, voor de gevolgen van die akten (§§ 33-35).

De regering (alsook de Commissie) argumenteerde ten tweede dat het toepasselijk verklaren van art. 3 Eerste Protocol op supranationale representatieve organen een door de opstellers van het protocol ongewilde uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 3 zou betekenen (§ 36). Hierop herhaalt het Hof dat een beperkte interpretatie van het protocol zou indruisen tegen het «levende» karakter ervan en dat art. 3 in essentie bedoeld is om een «effectieve politieke democratie» te verzekeren (2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt t/ België, *Publ. Cour.*, Reeks A, nr. 113, § 47, en 30 januari 1998, Verenigde Communistische Partij van Turkije e.a. t/ Turkije, 30 januari 1998, *Reports* 1998-I, § 45) (§§ 39 en 42).

Ten derde wierp de Britse regering op dat het Europese Parlement de twee meest fundamentele bevoegdheden van een wetgevende instantie ontbeerde: de bevoegdheid om een wetgevend initiatief te nemen en de bevoegdheid om vervolgens over die initiatieven een beslissing te nemen. In zijn toenmalige conceptie zou het Europese Parlement niet onder de noemer «wetgever» vallen (§ 45). Het Hof beklemtoont echter het *sui generis*-karakter van de Europese Gemeenschap. Na de bevoegdheden van het Europese Parlement en de uitbreiding ervan door het Verdrag van Maastricht nauwkeurig onder de loep te hebben genomen, besluit het Hof dat het Europese Parlement voldoende betrokken was bij het wetgevend proces en de algemene democratische controle op de activiteiten ontplooid binnen de Europese Gemeenschap, om te kunnen spreken van een «wetgevende macht» in de zin van art. 3 Eerste Protocol (§§ 48 en 54).

Als vierde en laatste argument voerde de regering haar appreciatiemarge aan, voor het nemen van maatregelen binnen het toepassingsgebied van art. 3 Eerste Protocol (§ 60). Het Hof beaamt dat de verdragsstaten een ruime beoordelingsvrijheid hebben in het opleggen van voorwaarden voor de uitoefening van het stemrecht gegarandeerd bij art. 3, maar herhaalt zijn gevestigde principes terzake (het verbod om het recht zodoende uit te hollen, het vereiste van een legitiem doel en het respecteren van het proportionaliteitsbeginsel; zie het bovenvermelde arrest Mathieu-Mohin en Clerfayt t/ België, § 52) (§§ 63 en 65).

4. De zaak Matthews is de eerste waarin het E.H.R.M. heeft besloten tot een schending van art. 3 Eerste Protocol. In vijf andere zaken werd een dergelijke schending opgeworpen, maar slechts driemaal werd de vermeende schending ook onderzocht (en verworpen). Het ging daarbij telkens om individuen die waren geconfronteerd met beperkende voorwaarden om zich kandidaat te stellen voor nationale parlamentsverkiezingen (Mathieu-Mohin en Clerfayt t/ België van 2 maart 1987, Gotonas e.a. t/ Griekenland van 1 juli 1997 en Ahmed e.a. t/ Verenigd Koninkrijk van 2 september 1998). Dit is de eerste zaak voor het Hof vanuit het perspectief van de kiezer, en ook de eerste zaak met betrekking tot het Europese Parlement.

5. Sinds het arrest Nold (H.v.J., 14 mei 1974, 4/73, Nold KG/Commissie, *Jur.* 1974, 491) beschouwt het Hof van Justitie het E.V.R.M. als een geprivilegieerde inspiratiebron voor de bepaling van de binnen de communautaire rechtsorde te beschermen grondrechten. Het Verdrag van Maastricht bevatte voor het eerst een expliciete verwijzing naar het E.V.R.M. (art. 6 (2) [*ex art. F (2)*]). De rechtsmacht van het Hof van Justitie werd door het Verdrag van Amsterdam uitgebreid tot onder meer dit art. 6 (2). Toch vallen een aantal hiaten op in de grondrechtenbescherming van de EU-onderdanen door het Hof van Luxemburg. Zo heeft het Hof van Justitie maar een beperkte rechtsmacht over de maatregelen door de Europese instellingen genomen in het raam van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (de zgn. «derde pijler») en helemaal geen rechtsmacht over handelingen gesteld in het raam van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (de «tweede pijler»). Ook kan het Hof van Luxemburg geen constitutionele communautaire normen toetsen op hun verenigbaarheid met het E.V.R.M. Aan dit laatste gebrek is met het arrest Matthews tegemoetgekomen door het Hof van Straatsburg.

(Zaak Matthews t/ Verenigd Koninkrijk)

Marlies Desomer

E.H.R.M. 18 februari 1999

Art. 9 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van geweten en godsdienst – Eedaflegging van parlementsleden op bijbel – Ongeoorloofde beperking van vrijheid van godsdienst

1. Parlementsleden verplichten een eed af te leggen op de bijbel is een beperking van de vrijheid van godsdienst, die niet noodzakelijk is in een democratische samenleving, en bijgevolg strijdig met art. 9 E.V.R.M. Tot dat besluit kwam een grote kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een zeldzame zaak over de vrijheid van godsdienst en geweten.

2. De drie klagers werden in mei 1993 verkozen voor het parlement van de republiek San Marino. Ze vroegen kort daarna toestemming aan de regeringsleider van San Marino om de eed af te leggen zonder verwijzing naar een religieuze tekst. De eed voor parlementsleden ving immers volgens de wet aan met de woorden: «Ik, ..., zweer op de heilige evangelies...». De klagers legden de eed aanvankelijk schriftelijk af met weglating van de verwijzing naar de bijbel. Een resolutie van het parlement beval hen echter de eed opnieuw af te leggen, ditmaal met verwijzing naar de bijbel, zo niet zouden ze hun parlementszetel verliezen. Dat deden

de klagers, maar tegelijk beklagden ze zich erover dat een schending werd begaan van hun recht op vrijheid van godsdienst en geweten. Ze dienden kort daarop een klacht in bij de Europese Commissie. In haar advies zou de Commissie unaniem besluiten dat art. 9 E.V.R.M. geschonden was.

3. Voor het Europese Hof voerden de klagers aan dat de uitoefening van een fundamenteel politiek recht, namelijk het recht om zitting te hebben in het parlement, onderworpen was aan de openbare belijdenis van een bepaalde godsdienst, en dat de eedformule dus strijdig was met art. 9 E.V.R.M. De regering argumenteerde dat de bewoordingen geen religieus, maar een historisch en sociaal belang hadden.

Het Hof herneemt in de eerste plaats de algemene principes die het heeft geëxpliciteerd in het arrest Kokkinakis t/ Griekenland (25 mei 1993, *Publ. Court.*, Serie A, nr. 260-A, § 31). De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst is een van de grondvesten van een democratische samenleving als bedoeld in het E.V.R.M. Het pluralisme dat onlosmakelijk verbonden is met een democratische samenleving, hangt ervan af. In haar religieuze dimensie is die vrijheid een van de meest vitale aspecten die de identiteit van gelovenden en hun levensopvatting vorm geven. Ze is echter ook een kostbaar bezit voor atheïsten, agnostici, sceptici en vrijzinnigen («the unconcerned»). De vrijheid houdt onder meer de vrijheid in al dan niet gelovig te zijn en al dan niet te praktiseren (§ 34).

Volgens het Hof vormt de verplichting om een eed op de bijbel af te leggen een beperking van de voornoemde vrijheid. Ze moet bijgevolg bij wet zijn bepaald, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en een legitiem doel nastreven. Het Hof oordeelt dat de beperking niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Van de klagers een eed op de bijbel vragen, betekent immers zoveel als verkozen vertegenwoordigers van het volk vragen getrouwheid te zweren aan een bepaalde godsdienst. Een dergelijk vereiste is strijdig met art. 9 E.V.R.M. Het is overigens inconsequent om van een parlamentslid te verwachten dat hij in de uitoefening van zijn mandaat verschillende maatschappijvisies vertegenwoordigt, terwijl hij vooraf een engagement voor een bepaalde geloofsovertuiging moet uitspreken (§§ 39-40).

4. Het E.H.R.M. heeft maar in een beperkt aantal zaken klachten onderzocht die zijn gebaseerd op art. 9 E.V.R.M. Tot einde 1999 heeft het slechts in vier andere zaken dan de besproken (alle tegen Griekenland) ook een schending van art. 9 E.V.R.M. vastgesteld. Telkens ging het om strafrechtelijke veroordelingen in strijd met de vrijheid van godsdienst (wegens bekeringsijver: Kokkinakis t/ Griekenland van 25 mei 1993, en Larissa t/ Griekenland van 24 februari 1998 wegens het openen van een gebedshuis zonder toestemming: Manousakkis t/ Griekenland van 26 september 1996, *Reports*, 1996-IV; en wegens het zich wederrechtelijk toeëigenen van de functies van een bediende van een eredienst en het dragen van diens uniform in het openbaar: Serif t/ Griekenland van 14 december 1999).

In de zaak Buscarini stelt het Hof voor het eerst de schending van art. 9 E.V.R.M. vast, zonder dat sprake is van een strafrechtelijke veroordeling. Het Hof heeft in deze zaak sterk beklemtoond dat de eedaflegging op de bijbel door *parlementsleden* strijdig is met de vrijheid van godsdienst. Het is minder duidelijk of een eedaflegging door

anderen dan parlamentsleden op dezelfde manier strijdig zou worden bevonden met art. 9 E.V.R.M.

5. In België heeft de eed die door parlamentsleden moet worden afgelegd nooit enige verwijzing naar de bijbel of God bevat (zie art. 1 Decreet 20 juli 1831 «concernant le serment à la mise en vigueur de la monarchie constitutionnelle représentative», *Bull. off.*, IV, 1831, nr. 187, 864). De wet van 27 mei 1974 tot wijziging van de eedformule en van de plechtige verklaringen in gerechtelijke en bestuurlijke aangelegenheden heeft de zinsnede «zo helpe mij God» geschrapt uit de eedformule in gerechtelijke of administratieve aangelegenheden.

(Zaak Buscarini e.a. t/ San Marino)

Wouter Vandenhoele

E.H.R.M. 18 februari 1999

*Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Recht op toegang tot de rechter
– Jurisdictionele immuniteit van internationale instelling
– Geoorloofde beperking*

1. Op 18 februari 1999 deed het E.H.R.M. uitspraak in twee zaken tegen Duitsland (Waite en Kennedy; Beer en Regan), die beide betrekking hadden op de onmogelijkheid voor de verzoekers om voor de Duitse arbeidsgerechten een ontvankelijke vordering in te stellen tegen het Europese Ruimte-Agentschap.

2. De verzoekers waren allen werknemers die door hun werkgevers ter beschikking waren gesteld van het Europese Ruimte-Agentschap, een internationale instelling opgericht bij een verdrag van 1975. Zij oefenden meer bepaald werkzaamheden uit bij het «European Space Operations Centre» in Darmstadt. Op een bepaald ogenblik stelden zij een vordering in tegen het Europese Ruimte-Agentschap, strekkende tot de erkenning van het feit dat zij op grond van de Duitse arbeidswetgeving het statuut van werknemer van het Agentschap zelf verworven zouden hebben.

Voor de arbeidsgerechten beriep het Europese Ruimte-Agentschap zich op de immuniteit van jurisdictie, die uitdrukkelijk in het verdrag van 1975 was overeengekomen. Dit verweer werd door de Duitse gerechten aanvaard; de vorderingen van de verzoekers werden dan ook telkens als onontvankelijk afgewezen.

3. In hun klachten voor de Europese Commissie, en later voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, beriepen de verzoekers zich op art. 6, § 1, E.V.R.M. Zij waren van oordeel dat de toepassing van de regel van de immuniteit meebracht dat hun recht van toegang tot een rechter geschonden was.

4. Het Hof gaat ervan uit dat art. 6, § 1, E.V.R.M. van toepassing is op de geschillen tussen de verzoekers en het Europese Ruimte-Agentschap (arrest Waite en Kennedy, § 49; arrest Beer en Regan, § 39).

5. Het stelt voorts vast dat de verzoekers aanvoeren dat de Duitse gerechten ten onrechte hebben beslist dat het Agentschap immuniteit geniet. Volgens het Hof is de interpretatie van het nationale recht, met inbegrip van de toepasselijke regelen van internationaal recht, primair een zaak voor de nationale rechters (arrest Waite en Kennedy, §§ 55-57; arrest Beer en Regan, §§ 45-47).

6. Vervolgens komt het Hof tot de kern van de zaak: is de rechtsmacht van de nationale rechter, beperkt tot het onderzoek van de vraag of er al dan niet immuniteit van jurisdictie is, voldoende opdat de verzoekers het recht op een rechter hebben genoten (arrest Waite en Kennedy, § 58; arrest Beer en Regan, §§ 48)?

In dit verband stelt het Hof vast dat het toekennen van privileges en immuniteiten aan internationale instellingen een essentieel middel is om die instellingen te beschermen tegen eenzijdige maatregelen van individuele staten. De immuniteitsregel streeft derhalve een wettig doel na (arrest Waite en Kennedy, § 63; arrest Beer en Regan, § 53).

Rest dan de vraag of het aangewende middel nog wel in een redelijk evenredigheidsverband staat tot het nagestreefde doel. De staten die partij zijn bij een verdrag waarbij een internationale instelling wordt opgericht, blijven immers een zekere verantwoordelijkheid dragen, in het bijzonder wat betreft de eerbiediging van de grondrechten (arrest Waite en Kennedy, § 67; arrest Beer en Regan, § 57). Een belangrijk gegeven in deze zaken is de omstandigheid dat het verdrag waarbij het Europese Ruimte-Agentschap is opgericht, voorziet in een specifieke, onafhankelijke beroepsinstantie, bevoegd om o.m. arbeidsgeschillen tussen het Agentschap en zijn werknemers te beslechten. Voor het Europese Hof kan het recht van toegang tot een rechter niet zover gaan dat internationale instellingen zich noodzakelijk moeten onderwerpen aan een nationaal systeem van geschillenbeslechting. In dat licht bekeken, biedt de interne beroepsprocedure binnen het Agentschap voldoende mogelijkheden voor de verzoekers, en is de uitsluiting van de rechtsmacht van de Duitse rechtbanken geen disproportionele maatregel (arrest Waite en Kennedy, §§ 68-73; arrest Beer en Regan, §§ 58-63). Eenparig besluit de grote kamer van het Europese Hof dan ook dat art. 6, § 1, E.V.R.M. niet is geschonden.

6. Met de arresten Waite en Kennedy, en Beer en Regan, zoekt het Hof naar een evenwicht tussen de belangen van internationale instellingen en de verantwoordelijkheid van nationale staten. Internationale instellingen zijn zelf niet onderworpen aan het toezicht van het E.H.R.M., maar de staten die zulke instellingen oprichten, moeten bij het opstellen van de werkingsregels de bepalingen van het E.V.R.M. eerbiedigen (zie in dezelfde zin het arrest Matthews, eveneens van 18 februari 1999, besproken in deze kroniek).

Al met al geeft het Hof met de besproken arresten blijk van een positieve houding tegenover de internationalisering van de rechtsverhoudingen. De immuniteit van internationale instellingen wordt gezien als een geoorloofde uitzondering op het grondrecht op een beslissing door een (nationale) rechter, omdat – en in zoverre – de immuniteit een bijdrage kan leveren tot de effectiviteit van de internationale samenwerking, waarvan het Hof het groeiende belang vaststelt (arrest Waite en Kennedy, § 63; arrest Beer en Regan, § 53). Aldus kunnen de besproken arresten ook worden gezien als een toepassing van de regel dat het E.V.R.M. evolutief geïnterpreteerd moet worden, zij het dat zulks in de besproken gevallen leidt tot een beperking van de grondrechten van het individu.

(Zaak Waite en Kennedy, en Beer en Regan t/ Duitsland)

Paul Lemmens

E.H.R.M. 21 februari 1999

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Belediging van ambtenaren – Geldboete – Bescherming van de openbare orde – Geoorloofde beperking

1. Door het opleggen van een boete voor het beledigen van ambtenaren bij de uitoefening van hun functie schendt Polen het recht op vrije meningsuiting niet. Tot dit besluit kwam een grote kamer van het E.H.R.M. in een van de vele zaken over art. 10 E.V.R.M.

2. Twee agenten probeerden enkele straatverkopers van een plein te verwijderen. Janowski, journalist van beroep, kwam de verkopers te hulp. Hij maakte de agenten duidelijk dat er geen wettelijke basis voor hun optreden was, maar dat hun acties daarentegen in strijd waren met de vrijheid van handel. In de daaropvolgende verhitte discussie noemde Janowski de agenten «lummels» en «uilskuiken». Een aantal toestaanders was getuige van de heftige woordenwisseling. Later werd Janowski veroordeeld tot twee jaar voorwaardelijke gevangenisstraf en tot het betalen van een hoge geldboete. In hoger beroep werd de straf gereduceerd: geen gevangenisstraf en een lichtere boete.

3. Met een krappe meerderheid (acht tegen zeven) kwam de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens tot het besluit dat art. 10 E.V.R.M. geschonden was. In het rapport van de Commissie stond te lezen dat ambtenaren in hun officiële taken in gelijke mate als politici blootgesteld moeten kunnen worden aan controle, debat en kritiek. Dit geldt zeker voor diegenen die de openbare orde en rust moeten verzekeren: om hun taak naar behoren te kunnen uitvoeren, moeten de burgers vertrouwen in hen hebben. Indien ambtenaren optreden zonder wettelijke basis, kunnen ze kritiek verwachten. De Commissie gaf toe dat de termen «lummels» en «uilskuiken» beledigend waren, maar het ging om een mening «ad hoc» geformuleerd. Gezien de omstandigheden was de geuite kritiek daarom toelaatbaar.

4. De zaak werd voorgelegd aan het Europese Hof, zitting houdende in grote kamer. In zijn beoordeling herinnert het Hof aan de principes die voortvloeien uit de rechtspraak inzake art. 10 E.V.R.M. Het recht op een vrije meningsuiting vormt een hoeksteen van de pluralistische, democratische maatschappij, ook wanneer die mening schokkend beledigend is. Beperkingen van deze vrijheid moeten strikt worden geïnterpreteerd en moeten bij wet zijn bepaald, een legitiem doel nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische maatschappij. De «noodzaak» impliceert een «pressing social need». Staten hebben wel een zekere beoordelingsmarge, maar het Hof kan steeds nagaan of de beperking niet te ver gaat. Meer bepaald gaat het Hof na of de maatregelen proportioneel zijn ten opzichte van het nagestreefde doel en of de ingeroepen motieven voor de maatregelen als relevant en voldoende kunnen worden beschouwd.

Wanneer het Hof de voornoemde principes op de zaak Janowski toepast, acht het de drie voorwaarden voor de toelaatbaarheid van een beperking van de vrijheid van meningsuiting vervuld. Allereerst is er geen sprake van een belemmering van de persvrijheid, aangezien Janowski is opgetreden als een gewoon particulier en niet in zijn hoedanigheid van journalist. Zijn opmerkingen maakten evenmin deel uit van een openbaar debat over aangelegenheden

van publiek belang. Hierin verschilt deze zaak van de zaak Thorgeir Thorgeirson t/ IJsland (25 juni 1992, *Publ. Court*, Serie A, nr. 239, § 67). De journalist Thorgeirson had op zeer kritische wijze de wantoestanden bij de politie beschreven, maar zijn veroordeling wegens belediging van ambtenaren werd door het Hof strijdig bevonden met art. 10 E.V.R.M. Het betrof daar immers een zaak van algemeen maatschappelijk belang.

Volgens het Hof is de strafrechtelijke veroordeling proportioneel met het nagestreefde doel, namelijk de bescherming van de openbare orde, en is Polen dus binnen zijn beoordelingsvrijheid gebleven. Het Hof erkent dat ambtenaren in bepaalde omstandigheden wel meer kritiek moeten kunnen verdragen dan een gewoon privé-persoon. Toch gaat dit niet zover als de kritiek die politici moeten dulden: niet elk woord en elke handeling van een ambtenaar moeten onderzocht en eventueel bekritiseerd worden. Ambtenaren moeten vertrouwen genieten bij de bevolking, en juist om die reden kan het nodig zijn hen bij het uitvoeren van hun taken tegen smaad te beschermen. Aangezien het om ambtenaren gaat, kan de redenering van het Hof in onder meer het arrest Oberschlick t/ Oostenrijk (1 juli 1997, *Rep. 1997-IV*, §§ 31-35) niet worden gevolgd. In die zaak, waarin de journalist Oberschlick de FPÖ-leider Haider een «idiot» had genoemd en daarvoor strafrechtelijk was veroordeeld, had het Europese Hof een schending van art. 10 E.V.R.M. vastgesteld. In die zaak ging het bovendien om de persvrijheid en om een open discussie over een aangelegenheid van publiek belang.

Eerder voorzichtig komt het Hof tot het besluit, met twaalf stemmen tegen vijf, dat art. 10 E.V.R.M. in de zaak Janowski niet is geschonden: «even if there were some circumstances arguing the other way, sufficient grounds existed for the decision ultimately arrived at by the national courts». De omstandigheid dat Janowski op een publieke plaats, in het bijzijn van derden en in krachtige termen de ambtenaren in functie had beledigd, geeft voor het Hof de doorslag. Men kan zich echter afvragen waarom de tussenkomst van de pers beledigingen wel mogelijk maakt, terwijl diezelfde beledigingen uitgesproken door een particulier in een verhitte discussie strafrechtelijke gevolgen mogen meebrengen.

5. In de Belgische rechtspraak blijkt tot nu toe dezelfde redenering als in het arrest Janowski gevolgd te worden. Ook in het Belgische recht wordt smaad aan ambtenaren strafbaar gesteld (art. 443 tot 452 Sw.: aanranding van de eer en de goede naam van personen). Uit een arrest van het Hof van Cassatie van 17 mei 1989 blijkt dat de eventuele onregelmatigheid van een daad van een politieagent geenszins de smaad wettigt tegen zijn persoon, tijdens de uitoefening van zijn functie (*Arr. Cass.*, 1988-89, 1095). Politici en politieke partijen moeten zich daarentegen wel bij ongepaste of zwaar overdreven kritiek neerleggen (bv.: Antwerpen 8 juni 1999, *AM* 1999, 387).

(Zaak Janowski t/ Polen)

Heidi Panken

E.H.R.M. 25 maart 1999

Art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M. – Recht op eigendom – Ongestoord genot van eigendom – Aantasting van eigendom door overheid – Legaliteitsvereiste – Verplichting

van overheid om zich te schikken naar rechterlijke beslissing of bevel

1. De heer Iatridis was sinds 1978 de huurder en uitbater van een openluchtcinema. Hij huurde de cinema van privé-personen, die in een langdurige juridische strijd waren verwikkeld met de plaatselijke overheid over de eigendom van de grond waarop de openluchtcinema zich bevond. Op 4 juli 1985 bracht de overheid Iatridis op de hoogte dat de grond waarop de openluchtcinema zich bevond, zou worden beschouwd als staatseigendom en dat de retentie ervan als onrechtmatig zou worden beschouwd. Op 17 maart 1989 werd hij uit de openluchtcinema gedreven.

Op verzoek van Iatridis werd het aan de uitdrijving ten grondslag liggende uitdrijvingsbevel door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Athene vernietigd. De rechtbank oordeelde dat niet bewezen was dat de grond eigendom was van de staat, dat de eigendomstitel niet het voorwerp uitmaakte van een betwisting en dat de eigendom werd bezet door een derde zonder titel.

De overheid weigerde vervolgens evenwel om Iatridis opnieuw in het bezit van de openluchtcinema te stellen. Volgen Iatridis hield deze weigering een schending in van het recht op eigendom, gewaarborgd bij art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M.

2. Eerst onderzocht het Straatsburgse Hof of er wel sprake was van eigendom in de zin van art. 1 Eerste Protocol E.V.R.M. Het Hof bevestigde hierbij zijn vaste rechtspraak dat «eigendom» in de zin van het protocol een autonome betekenis heeft en niet beperkt is tot de eigendom van lichamelijke goederen. Immers, ook bepaalde rechten en belangen die een vermogensbestanddeel vormen, zijn «eigendom» voor de toepassing van het protocol. Het Hof stelde vast dat Iatridis de cinema elf jaar lang had uitgebaat als houder van een formeel geldig huurcontract. Op basis hiervan had hij een cliëntèle opgebouwd, dat als een vermogensbestanddeel kon worden beschouwd. Bijgevolg was er sprake van «eigendom» (§ 54).

Vervolgens ging het Hof na onder welk van de drie normen vervat in art. 1 Eerste Protocol de aantasting van het eigendomsrecht diende te worden onderzocht. Aangezien Iatridis enkel houder was van een huurrecht, was zijn uitdrijving en de weigering om hem opnieuw in het bezit te stellen van de cinema geen onteigening (art. 1, eerste lid, tweede zin). De weigering tot wederinbezitting kon evenmin worden beschouwd als een reglementering van het gebruik van de eigendom (art. 1, tweede lid). De aantasting diende bijgevolg te worden onderzocht onder het algemeen principe van het ongestoord genot van de eigendom, zoals dit is vervat in de eerste zin van art. 1, eerste lid (§ 55).

3. Het Hof oordeelde dat het eerste en belangrijkste vereiste van art. 1 Eerste Protocol is dat elke aantasting van de eigendom door de overheid op een wettige wijze dient te gebeuren. Het Hof staaft dit door te verwijzen naar het specifieke legaliteitsvereiste voor onteigeningen en gebruiksreglementeringen (art. 1, eerste lid, tweede zin, en tweede lid Eerste Protocol E.V.R.M.).

Bovendien stelde het Hof dat het principe van de rechtsstaat («rule of law»), als een van de fundamentele principes van een democratische samenleving, inherent is in elk van de artikelen van het E.V.R.M. Het principe van de rechtsstaat vereist volgens het Hof dat de staat of elke andere publieke overheid zich schikt naar de gerechtelijke bevelen en beslissingen (§ 58).

4. De Griekse regering beweerde evenwel dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Athene geen uitdrijving van de overheid uit de openluchtcinema had bevolen. Een dergelijk bevel zou enkel kunnen worden verkregen op basis van een afzonderlijk verzoekschrift (§ 59).

Het Hof oordeelde dat het niet aan hem was om te oordelen of naar nationaal recht een afzonderlijk uitzettingsbevel nodig was. In elk geval, stelde het Hof, was de uitdrijving vanaf het ogenblik van de vernietiging van het uitdrijvingsbevel zonder wettelijke basis. De overheid was bijgevolg een bezetter zonder titel en diende de cinema in elk geval aan de verzoeker terug te bezorgen. Dit laatste werd overigens bevestigd door verschillende nationale instanties die op een bepaald ogenblik een advies over de zaak hadden gegeven (§ 61). Het Hof besloot aldus bij unanimité dat de aantasting manifest in strijd was met het Griekse recht en bijgevolg onverenigbaar was met het recht van de verzoeker op een ongestoord genot van zijn eigendom (§ 62).

5. In essentie bevestigt het Hof in deze zaak nogmaals dat de overheid gehouden is zich te schikken naar de gerechtelijke bevelen en beslissingen. Hierbij vermag de overheid niet de wet naast zich neer te leggen door zoals een onwillig privé-persoon de executieprocedures voor de uitvoering van haar wettelijke of contractuele verplichtingen af te wachten (zie ook E.H.R.M., 22 februari 1994, Raimondo, *Publ. Cour.*, Serie A, vol. 281-A, § 36; E.H.R.M., 14 december 1999, Antonakopoulos, *Recueil*, 1999, § 31; E.H.R.M., 28 maart 2000, Georgiadis, *Recueil*, 2000, § 32). Het Hof laat aan een lidstaat bijgevolg ook geen ruimte om zich te verschuilen achter de uitvoeringsimmunité van de overheid of allerlei procedurele spitsvondigheden, indien blijkt dat de overheid onwillig is om haar verplichtingen uit te voeren.

6. In de zaak Iatridis beslist het Hof voor het eerst dat ook voor een inmenging in het eigendomsrecht die niet valt onder toepassing van de specifieke bepalingen van art. 1, eerste lid, tweede zin, of tweede lid, van het Eerste Protocol, het legaliteitsvereiste geldt. Van het legaliteitsbeginsel is niet uitdrukkelijk sprake in de residuaire bepaling van art. 1, eerste lid, eerste zin. Met betrekking tot inmengingen in het eigendomsrecht die aan die residuaire bepaling getoetst moeten worden, had het Hof zich tot aan de zaak Iatridis beperkt tot een onderzoek van de vraag of de aantasting wel getuigde van een redelijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en de vereisten voor de bescherming van de fundamentele rechten van het individu (het proportionaliteitsbeginsel).

Hoewel de benadering van het Hof nieuw is, kan ze niet onverwacht worden genoemd. Het Hof heeft immers herhaaldelijk beklemtoond dat de vereisten van een democratische samenleving en de vereisten van de rechtsstaat inherent zijn in de onderscheiden artikelen van het Verdrag (zie overigens de preambule bij het Verdrag).

Bovendien kon uit de voorafgaande rechtspraak reeds impliciet worden afgeleid dat ook een aantasting die valt onder het toepassingsgebied van de residuaire norm van art. 1 Eerste Protocol dient te beantwoorden aan het vereiste van legaliteit (zie E.H.R.M., 23 september 1982, Sporrang and Lönnroth, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 52, § 68; E.H.R.M., 30 oktober 1992, Wiesinger, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 213, § 73-74; E.H.R.M., 16 september 1996, Akdivar e.a., *Recueil*, 1996-IV, § 88; E.H.R.M., 15 november 1996, Prötsch, *Recueil*, 1996-V, §§ 43-44; E.H.R.M., 18 december 1996, Loizidou (ten gronde), *Recueil*, 1996-VI, § 64).

7. De expliciete bevestiging dat de vereisten van een democratische samenleving, met inbegrip van het legaliteitsvereiste, eveneens vervat zijn in de eerste, residuaire norm van art. 1, Eerste Protocol E.V.R.M., wijst er nogmaals op dat het onderscheid tussen de drie normen van art. 1, Eerste Protocol E.V.R.M. marginaal is.

Traditioneel wordt beweerd dat de toelaatbaarheid van een onteigening (tweede norm) zich onderscheidt van het beginsel van het ongestoord genot van de eigendom (eerste norm) doordat de aantasting van de tweede norm behalve aan het proportionaliteitsvereiste ook dient te worden getoetst aan het finaliteitsvereiste (m.n. het algemeen belang), het legaliteitsvereiste en aan de algemene beginselen van het internationaal recht. Een gebruiksreglementering (derde norm) zou zich onderscheiden doordat de aantasting eveneens dient te worden getoetst aan het finaliteits- en het legaliteitsvereiste.

Er kon echter worden vastgesteld dat het Hof het vereiste dat een onteigening moet voldoen aan de algemene beginselen van het internationaal recht, nooit als een toelaatbaarheidsvereiste had ontwikkeld. Bovendien werd in de rechtsleer al langer aangenomen dat het finaliteitsvereiste, m.n. de legitieme doelstelling van de maatregel, geen afzonderlijk vereiste is, maar eerder een element in de proportionaliteitstest.

Nu het Hof ook uitdrukkelijk heeft gesteld dat een aantasting die onder het toepassingsgebied van de eerste norm valt, eveneens dient te voldoen aan het legaliteitsvereiste, wordt duidelijk dat het Hof voor elk van de drie normen in feite dezelfde test hanteert. Het Hof lijkt dit overigens te bevestigen in het recente arrest *Beyeler*, door te weigeren om te onderzoeken of er wel sprake is van een onteigening (tweede norm) en gemakshalve te besluiten om de aantasting te toetsen aan de vereisten van de eerste norm (E.H.R.M., 5 januari 2000, *Beyeler*, § 106).

(Zaak Iatridis t/ Griekenland)

Dries Van Eeckhoutte

IN MEMORIAM GEORGES FRANCK

Eredoken stafhouder Georges Franck werd geboren te Bromley (Engeland) op 16 september 1918, studeerde aan het O.L. Vrouw- en Sint-Jan-Berghmanscollege te Antwerpen, promoveerde op 1 augustus 1941 tot doctor in de rechten aan de K.U.L., werd op 19 oktober 1942 ingeschreven op de lijst van stagiairs bij de balie te Antwerpen, kwam daar op 26 november 1945 op het tableau, was voorzitter van de Vlaamse Confederatie bij de balie te Antwerpen in 1959-1960, was twaalf jaar lid van de raad van de Orde van zijn balie, was stafhouder in 1972-1974, deken van de Nationale Orde van Advocaten in 1978-1980 en erevoorzitter van de Vlaamse Confederatie van 1994 tot zijn overlijden op 26 november 2000.

Indien men een advocatenleven en de cursus honorum die een advocaat kan doormaken, zou samenvatten als een kopie boven een vonnis of een arrest, dan waren dit de bijzonderste feiten van dat leven daartoe dienstig.

Maar het allerbelangrijkste, waardoor dat leven van Georges Franck voor allen die hem kenden veel meer betekende dan welk principiële arrest ook, was dan niet vermeld:

Hoe hij als zoon van een legendarisch Antwerps advocaat Jules Franck, als stagiair bij een al even legendarisch patroon Ridder René Victor, zelf een legendarisch patroon zou worden voor een pléiade stagiairs en medewerkers.

Het monumentaal jubileumjaar dat hij als voorzitter van de Vlaamse Confederatie organiseerde, voorbeeld en toetssteen van alle volgende jaren en jubilea.

Zijn wijsheid, zijn bemiddelingsgave en autoriteit als stafhouder en reeds drie jaar later als deken, waar hij het tijdverlies in Byzantijnse betwistingen omtrent de reglementaire bevoegdheden van de Nationale orde betreunde, maar als een pragmaticus voor het eerst de contacten met de advocaten-parlementsleden legde en bevestigde, en opkwam voor de vrije keuze van raadsman in verzekeringszaken.

Zijn kennis van het handelsrecht en het zeerecht, en zijn faam als Cepina-arbiter, die hem telkens weer het vertrouwen van partijen en raadslieden bezorgden.

Maar Georges Franck was nog veel meer dan een advocaat, patroon, stafhouder en deken.

In zijn gastvrij huis aan het Nachtegalenpark beoefende hij de onbenoemde deugden van de gulheid en gastvrijheid, de welbespraaktheid en de humor, de liefde voor de cultuur en het epicurisme-met-vrienden.

Vriendschap was zijn credo, zijn akte van geloof, hoop en liefde, en desnoods van berouw, want lange conflicten doormaken lag hem niet.

Dat iemand die zijn confraters als zijn vrienden beschouwde, erevoorzitter moest worden van de Vlaamse Conferentie, lag dan ook voor de hand.

Het was een eretitel die hem veel waard was, en een functie die hij met tevredenheid en zijn gebruikelijke panache in zijn talrijke gelegenheidsspeeches («zonder papier») vervulde.

Sport ook was zijn leven: voetbal, fietsen, joggen, volleybal, golf, en niet te vergeten de autosport; de talrijke Ferrari's zinnebeelden van de mobiliteit van lichaam en geest van de jonge tachtigjarige die door het jeugdige dat hij zolang behield, ook dan nog als Georgie-boy werd betiteld.

In een ijzersterk welhaast nooit ziek lichaam installeerde de fatale ziekte zich als een dief in de nacht. Georges vocht terug en wou zich niet gewonnen geven. Zijn vrienden, de conferentie, de cliënten gingen voor, hoewel hij geëmotioneerd op het laatste diner voor de oud-voorzitters discreet afscheid nam, dankend voor de vriendschap die hij altijd aan de balie had gevonden.

Bij zijn dood denkt de balie en de rechtswereld terug aan een fijn jurist, een welbespraakt advocaat, een bevlogen stafhouder en deken, maar bovenal aan de confrater die van de confraterniteit vriendschap maken kon.

Jo Stevens

BOEKEN

M.J.G.C. RAAIJMAKERS, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, in PITLO, *Het Nederlands burgerlijk recht*, deel 2, 4e druk, Deventer, Gouda Quint, 2000, 553 p.

Deel 2 van de Pitlo-commentaar is door Raaijmakers grondig onder handen genomen. Nadat hij reeds de derde druk had helpen voltooien na het overlijden van Löwensteyn, heeft hij bij de vierde

druk volledig de vrije hand gekregen. De verandering blijkt meteen uit de titel, die voortaan «Vennootschaps- en rechtspersonenrecht» luidt in plaats van «Rechtspersonenrecht». Raaijmakers maakt aldus duidelijk dat hij de grenzen van Boek 2 («Rechtspersonen») van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (NBW) wil overstijgen om een volledig overzicht te bieden van het recht met betrekking tot wat hij de «rechtsdragers» van de onderneming noemt. De vennootschapstypes zonder rechtspersoonlijkheid (in Nederland behoren ook de VOF en de commanditaire vennootschap daartoe) vervullen deze taak van rechtsdrager van een onderneming evenzeer als de N.V. of de B.V., zodat Raaijmakers ze mee in zijn commentaar heeft betrokken.

De ondernemingsgerichte afbakening van het onderwerp brengt wel mee dat rechtspersonen die niet (of niet alleen) voor ondernemingsdoeleinden worden gebruikt, zoals verenigingen en stichtingen, in zekere zin een vreemde eend in de bijt worden. Raaijmakers past daar een mouw aan door de onderneming te definiëren als «het geheel van een door een rechtsdrager als ondernemer tot bepaalde commerciële of non-profitactiviteiten ingerichte duurzame organisatie van daartoe bestemde en dienstbaar gemaakte activa en passiva, (...) met oogmerk economisch voordeel te behalen of een niet op winst-(verdeling) gericht doel te dienen» (p. 1).

Deze definitie bevat ten eerste een opmerkelijke cirkelredenering: belangrijk is immers dat de rechtsdrager *als ondernemer* optreedt. Dat biedt geen antwoord op de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden een rechtsdrager zulks doet.

Ten tweede gaat Raaijmakers bijzonder ver in de uitbreiding van het begrip onderneming naar niet-lucratieve activiteiten, om toch maar alle rechtspersonen onder dak te brengen. Op die manier wordt de «onderneming» bijna een synoniem van «het ontplooiën van activiteit(en)», ongeacht de aard van die activiteiten.

Ten slotte geldt ook voor de ondernemingsgerichte opvatting van Raaijmakers wat Alain François in zijn recentelijk gepubliceerd proefschrift heeft opgemerkt over die zogenaamde functionele denkrichting: ze heeft de neiging om de vennootschap/de rechtspersoon als juridisch begrip en het moeilijk definieerbare sociaal-economische begrip «onderneming» in elkaar te laten verglijden (A. François, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, p. 116-117, nr. 81).

De interessante vernieuwingen ten opzichte van de vorige druk van dit tweede deel uit de Pitlo-commentaren bevinden zich in het eerste hoofdstuk. Daarin werkt Raaijmakers o.a. zijn visie op vennootschap, rechtspersoon en vermogen uit. Ook het tweede hoofdstuk is volledig nieuw, omdat de personenvennootschappen vroeger niet in dit boekdeel werden behandeld. Hier verdedigt Raaijmakers het standpunt dat de openbare maatschappij, d.w.z. de maatschap die als zodanig naar buiten treedt, in het Nederlandse recht reeds *de lege lata* rechtspersoonlijkheid geniet (§ 2.38 en 2.39): zij heeft o.a. een afgescheiden vermogen en geniet actieve en passieve procesbevoegdheid. Een dergelijk standpunt is natuurlijk slechts mogelijk omdat het Nederlandse recht geen equivalent heeft van art. 2-3 Venn. W. (thans art. 2 W. Venn.), dat uitdrukkelijk de rechtspersoonlijkheid onthoudt aan de maatschap.

In de overige hoofdstukken komen achtereenvolgens de verschillende rechtspersonen, de reorganisatie van rechtspersonen en vennootschappen, de geschillenregeling en enquête en de administratie-, informatie- en jaarrekenplichten aan bod. Raaijmakers biedt in al deze hoofdstukken een zeer verhelderend betoog, geïllustreerd met vele of actuele voorbeelden. Bovendien weet hij theoretische beschouwingen over de vele vraagstukken van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht ook steeds aan voor de praktijk nuttige elementen te koppelen (bv. de geldigheid van Directors & Officers Liability-polissen in het raam van de problematiek van de aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders).

Peter Baert

F.M. NOORDAM, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2000, 100 p.

Het socialezekerheidsrecht is berucht om zijn ingewikkeldheid die vaak afstoot. Nu zijn zowel in Nederland als ten onzent nogal wat inleidende boeken op de markt, maar die vallen ofwel veel te mager uit of bieden integendeel voor een eerste kennismaking veel te veel. Er is dus behoefte aan een helder, niet te uitvoerig overzicht van de

juridische aspecten, en juist in deze «tussenbehoefte» wil het gerecenseerd boek(je) voorzien. Stellen wij voorop dat de auteur met glans in zijn opzet is geslaagd. Twee verdiensten kunnen bijkomend in de verf worden gezet: de diverse wetten worden in een dynamisch perspectief gezien (wanneer zijn zij ingevoerd, welke waren hun oogmerken en in welke mate werden deze doeleinden gerealiseerd? – wat dit laatste betreft, biedt de auteur onder meer recent cijfermateriaal); daarenboven wordt de aandacht gevestigd (meestal aan het einde van elk hoofdstuk, maar ook als een rode draad doorheen de hele behandeling) op de actuele grondproblemen en de basisopties die met het oog op hun oplossing moeten worden genomen. Het werk heeft dus iets van J. Van Langendonck's onvolprezen boekje *De onzekere sociale zekerheid* (Leuven, Davidsfonds, 1984, 121 p.).

Twee thema's uit het moderne socialezekerheidsdenken, in Nederland, maar in feite in heel West-Europa, komen steeds terug: de activeringsfunctie van de sociale zekerheid (naast haar waarborgfunctie, gericht op inkomenszekerheid) en de privatiseringstendenzen.

Wat het eerste thema betreft – de *activering*, begrepen als de preventie van uitstoot uit de arbeidsmarkt en de reïntegratie van de uitgestoten (door arbeidsongeschiktheid of werkloosheid, maar meestal door een combinatie van beide risico's, zoals men weet) op deze markt – bleek de toestand in Nederland tot voor kort eerder hopeloos (ook al liep men er, bijvoorbeeld in de WAO die dateert van 1967 (!), ver voor op België): het traditionele beeld van de sociale zekerheid was dat van een uitkeringsfabriek, ontworpen door een tweederangsarchitect, terwijl «uitkeren» slechts een second-bestoplossing is, ondergeschikt aan preventie en reïntegratie. In de evolutie van de laatste jaren ziet de auteur echter lichtpunten: door de creatie van de CWI's (Centra voor Werk en Inkomen) worden samenwerkingsbanden gelegd tussen de Lisvs, de gemeenten en de (vele) instellingen voor arbeidsbemiddeling en reïntegratie (te vergelijken met onze «werkinkwinkels», vanuit de gedachte van het «enige loket»); de wet-REA (uit 1998) schiep het begrip van de arbeidsgehandicapte (niet noodzakelijk een arbeidsongeschikte) voor wiens activering de verantwoordelijkheid allereerst op de werkgevers wordt gelegd, vervolgens op de Lisvs en pas aan het einde (in een quasi-bijstandssfeer) op de gemeenten. Niet dat de auteur overdreven enthousiast is over deze (en andere) recente initiatieven: activering schakelt hij niet gelijk met alleen maar arbeidsactivering, maar kan ook de vorm aannemen van sociale activering, gericht op het voorkómen van sociale uitsluiting (bijvoorbeeld ten aanzien van uitkeringsgerechtigden die de juiste arbeidsinstelling missen of de juiste kennis en vaardigheden; en het aantal arbeidsplaatsen is nu eenmaal ontoereikend).

Bij het tweede grondthema – de *privatisering* – denkt de auteur aan het toeschuiven van taken naar particuliere verzekeraars en naar werkgevers. Vooral dit laatste is voor een Belgische lezer bevreemdend. Bij ons bestaat bij kortstondig ziekteverzuim vanouds een loondoorbetalingsplicht aan de zijde van de werkgever, in Nederland pas sinds 1996. Teneinde het aantal WAO-ers wat te drukken (10% van de beroepsbevolking!) worden de werkgevers ten dele financieel aansprakelijk gesteld voor de AO-lasten in hun onderneming (middels technieken als premiedifferentiatie en eigen-risicoplanen), en om de uitkeringen voor werklozen (3% van de beroepsbevolking) mede te helpen dragen, loopt het percentage van de WW-premie uiteen naargelang het werkloosheidsrisico in de betrokken sector eerder groot (b.v. uitleenbedrijven) dan wel klein is (b.v. de bankensector). Ook privatisering ten voordele van het commerciële verzekeringsbedrijf komt in het boek op twee plaatsen uitdrukkelijk aan bod: bij het overlijdensrisico (een risico dat particulier goed verzekeraar is, gesteld dat men zulks wil, wat door de toenemende arbeidsparticipatie van vrouwen steeds minder het geval zal zijn) en in het raam van een (één te maken) ziektekostenverzekering. Deze laatste zou op algemeen verplichte, sociale basis een basispakket van noodzakelijke gezondheidszorg moeten verlenen, en voorzieningen buiten dit basispakket moeten voortaan particulier worden verzekerd. Toch neemt de auteur wat deze tweedeling betreft wat gas terug (terecht, volgens ons): wie hoort uit te maken wat in het basispakket is begrepen, en moet de financiering inkomensafhankelijk zijn dan wel berusten op nominale premies? Van deze keuzen hangt af, wat in de toekomst voorrang krijgt: de op solidariteit gebaseerde voorzorg of een voorzorg die prioritair op individuele risico's is afgestemd.

Slotom: voor ons ligt een boek dat, meer nog dan het Nederlandse socialezekerheidsrecht uit te leggen (wat het ook al heel behoorlijk doet), vooral tot reflectie noopt over opties die elke regeling van sociale zekerheid te nemen heeft. Veel denkstof dus, helder en pittig samengebracht op relatief weinig pagina's.

Dries Simoens

MEDEDELINGEN

Seminaries: Ontwikkelingen inzake Europees financieel en economisch recht

Op woensdag 14 maart, 28 maart, 25 april en 16 mei 2001 organiseert het Centre for a Common Law of Europe van de K.U. Leuven telkens een lunch seminar dat kadert binnen een reeks over Current Developments of European Financial and Economic Law. Het volledige programma is te vinden op www.commonlawofeurope.be.

Inschrijvingen en inlichtingen: Centre for a Common Law of Europe, tel. 016/32.53.36, fax 016/32.53.14, e-mail ccle@law.kuleuven.be. Aanvraag tot punten ingediend bij de Vereniging van Vlaamse Balies.

Lunchvoordracht: Hyperlinking

Op 15 maart 2001 organiseert de Vereniging voor de Studie van het Mededingsrecht een voordracht door mr. A. Strowel met als onderwerp «Hyperlinking: schipperen tussen eerlijke praktijken en gevaarlijke banden».

Inlichtingen en inschrijvingen: Vereniging voor de Studie van het Mededingsrecht, tel. 02/778.62.00 en fax 02/778.62.22.

Studiedag: De hervorming van het jeugdbeschermingsrecht

De Facultés Universitaires Saint-Louis Recyclages en Droit, de Nationale Federatie van Jeugdmagistraten, het Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten en de Werkgroep Jeugdsanctierecht organiseren met de steun van de Koning Boudewijnstichting op 16 maart 2001 een studiedag te Brussel met als thema De Hervorming van het Jeugdbeschermingsrecht: inzet en praktijk.

Inlichtingen en inschrijvingen: Mevrouw N. Adams, tel. 02/211.79.58 en fax 02/211.79.97

Studiedag: Bestrafingen van internationaalrechtelijke misdaden

Op 23 maart 2001 organiseren het Instituut voor Internationaal Recht van de K.U. Leuven en Jura Falconis gezamenlijk een studiedag (van 9 tot 18 u.) te Leuven over «Bestrafing van internationaalrechtelijke misdaden: de Wet van 16 juni 1993 (als gewijzigd bij Wet van 10 februari 1999) en het internationaal recht».

Spreekers zijn: M. Vervenne, J. Wouters, L. De Smet, H. Panken, C. Van den Wyngaert, T. Van Boven, A. Winants, F. Naert, T. Vander Beken, S. Boelaert-Suominen, M. Bossuyt, E. David, J. Verhoeven, S. Vandeginste en E. Boutmans.

Het volledige programma is te vinden op www.internationaalrecht.be. Locatie: Faculty Club, Leuven.

Inschrijvingen en inlichtingen: Jura Falconis, tel. 016/32.52.82, fax 016/32.52.58, e-mail studiedagjura@falconis@hotmail.com. Erkend met 6 punten door de Vereniging van Vlaamse Balies.

Voorstellingsvideo herstelbemiddeling

De «Bemiddelingsdienst Arrondissement Leuven» heeft in december 2000 een voorstellingsvideo «Tussen' dader en slachtoffer – herstelbemiddeling in beeld» verspreid (duur: 32 minuten; kostprijs: 800 frank). Nadere informatie is verkrijgbaar bij deze dienst (Waversebaan 66, 3001 Leuven; tel. 016/21.19.81; fax: 016/21.19.28; e-mail: bal@leuven.be; <http://www.leuven.be>).

Studiedag georganiseerd door Jura Falconis en het Instituut voor Internationaal Recht van de K.U.Leuven:

23 maart 2001

Faculty Club Leuven

Voorzitter: Prof. Dr. Jan Wouters

BESTRAFFING VAN INTERNATIONAAL-RECHTELIJKE MISDADEN:

**DE WET VAN 16 JUNI 1993
(ZOALS GEWIJZIGD BIJ WET VAN 10 FEBRUARI 1999)
EN HET INTERNATIONAAL RECHT**

- 9.00 u. Welkomstwoord - **Prof. Dr. Marc Vervenne**, vice-rector Groep Humane Wetenschappen, K.U.Leuven
- 9.15 u. Algemene inleiding - **Prof. Dr. Jan Wouters**, Instituut voor Internationaal Recht, K.U.Leuven
- 9.30 u. De strafbaarstelling van internationaalrechtelijke misdaden (genocide, misdaden tegen de mensheid, oorlogsmisdaden) in de Wet en het internationaal recht
Mevr. Heidi Panken en **Leen De Smet**, Instituut voor Internationaal Recht, K.U.Leuven
- 10.30 De problematiek van universele jurisdictie - **Prof. Dr. Chris Van den Wyngaert**, Universiteit Antwerpen (UIA)
- 11.00 Het Internationaal Strafgerechtshof: taak en verhouding tot de Belgische Wet
Prof. Dr. Theo Van Boven, Universiteit Maastricht

- 11.30 Kanttekeningen bij de toepassing van de Wet in de praktijk
Dhr. Alain Winants, Substituut-Procureur-Generaal te Brussel, Praktijklector V.U.B.
- 12.00 Vragen en discussie
- 14.00 Immunité of niet voor internationaalrechtelijke misdaden?
Dhr. Frederik Naert, Instituut voor Internationaal Recht, K.U.Leuven
- 14.30 De Joegoslavië- en Ruandatribunalen: bevoegdheid en verhouding tot de nationale rechtscollèges
Prof. Dr. Tom Vander Beken, Universiteit Gent
- 15.30 De rechtspraak van de Joegoslavië- en Ruandatribunalen inzake internationaalrechtelijke misdaden: impact op het internationaal en Belgisch recht
Mevr. Sonja Boelaert-Suominen, Juridisch Adviseur Joegoslaviëtribunaal, Den Haag
- 16.00 Paneldebat: de Wet en het internationaal recht: complementair of tegenstrijdig?
Prof. Dr. Marc Bossuyt, Universiteit Antwerpen (U.I.A.)
Prof. Dr. Eric David, Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Joe Verhoeven, Université Catholique de Louvain - Université de Paris II
Dhr. Stefaan Vandeginste, Onderzoeksmedewerker Departement Rechten U.I.A., Lid Internationale Werkgroep Straffeloosheid - Amnesty International
- 17.00 Slottoespraak - **Dhr. Eddy Boutmans**, Staatssecretaris voor Ontwikkelingssamenwerking

Inschrijving is mogelijk door naam en adres te e-mailen naar studiedagjurafalconis@hotmail.com of te faxen naar 016/325282. De prijs bedraagt 5500 BEF voor niet VRG-alumni leden en 5000 voor VRG-alumni leden. Betaling is mogelijk op rekeningnummer 431-0762891-53 (KBC) met vermelding 'Vincent Mussche-Jura Falconis'.

6 juridische studiepunten in het kader van de permanente vorming

Nieuw

Chapters on Pharmaceutical Law

2000; ISBN 90-5095-086-8; 208 blz.; 2.995 BEF; 165 NLG

Editor: S. Callens

Auteurs : S. Callens, F. De Visscher - L. Hombroeckx - B. Janse - A. Mencik - T. Schoors - J. ter Heerdt - A. Vijverman

Dit unieke standaardwerk biedt een overzicht van de Europese richtlijnen w.b. producten uit de medische sector, van ontwikkeling tot verkoop. In dit boek leest u welke producten als 'medisch' worden beschouwd, wat de impact is van de belangrijke richtlijnen inzake research en ontwikkeling, de reglementering m.b.t. het op de markt brengen van medicamenten, en de richtlijnen w.b. de verpakkingen en de bijsluiters.

U vindt er bovendien een overzicht van de regels met betrekking tot distributie en import (in parallel) van medische producten, evenals de bescherming van vernieuwingen d.m.v. intellectuele

eigendomsrechten. Ook werden recente ontwikkelingen zoals de impact van Internet en e-commerce, en de verwerking van patiëntgegevens onderzocht. Verder wordt aandacht besteed aan het politiek belangrijk element van prijszetting en terugbetalingen. Het laatste hoofdstuk behandelt de verkoop van medische producten via de apotheek.

S. Callens is lid van de Brussels balie (kantoor CALLENS) en professor Gezondheidsrecht aan de medische faculteit van de KULeuven.

Bestel nu!



bel
03 / 680 15 50



fax
03 / 658 71 21



@
mail@intersentia.be



Intersentia uitgevers
Churchillaan 108
2900 Schoten

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN ANTWERPEN - GRONINGEN - OXFORD

GENERAL COUNSEL EUROPE

BRUSSEL/BELGIË

SHURGARD is een van de grootste namen in de sector van de self-storage, met meer dan 400 opslagcentra die zowel particuliere als professionele gebruikers een vlot toegankelijke, praktische en veilige opslagruimte garanderen. Het bedrijf is genoteerd op de NYSE, stelt wereldwijd meer dan 1.200 mensen tewerk (waarvan meer dan 220 in Europa) en boekt een jaaromzet van meer dan 180 miljoen \$. Om zijn verdere groei en expansie in goede banen te leiden, is SHURGARD momenteel op zoek naar een General Counsel voor Europa.

U zult rapporteren aan de Executive Finance Director en uw takenpakket ziet er als volgt uit:

- u krijgt de volledige verantwoordelijkheid voor alle juridische aangelegenheden in verband met de aankoop van gebouwen, van de bouwen milieuvergunningen tot de onderhandelingen over de aankoopovereenkomst;
- u verleent juridisch advies omtrent de financieringsstructuur voor nieuwe aankopen;
- u biedt passende ondersteuning inzake contracten, onderhandelingen en hypotheekexecuties;
- u superviseert de interne Corporate Lawyer bij andere juridische aangelegenheden zoals handelsmerken, aanleg van kapitaalreserves en bedrijfshuishouding.

De ideale kandidaat is in het bezit van een universiteitsdiploma rechten en heeft 7 tot 10 jaar ervaring, bij voorkeur in een grote vastgoedmaatschappij of een internationaal advocatenbureau waar de nadruk lag op contractwetgeving en vastgoedaangelegenheden. Hij of zij spreekt vlot Engels, Nederlands en Frans, is multicultureel aangelegd en werkt probleemloos samen met alle managementniveaus.

In ruil biedt SHURGARD hem of haar een bijzonder uitdagende functie aan, met grote verantwoordelijkheden op Europees niveau, een permanente wisselwerking met het senior management, een unieke multiculturele werkomgeving en een uiterst aantrekkelijk verloningspakket.

Belangstellende kandidaten sturen een gedetailleerd curriculum vitae in het Engels naar

Sophie.Feltrin@robertwalters.com
of **Valerie.Delor@robertwalters.com**,
onder referentie 757, op het volgende adres: **Robert Walters, Louizalaan 149 bus 33, 1050 Brussel**. Faxen kan naar het nummer **02.511.99.69**.

Web: <http://www.robertwalters.com>
Tel. **02/511.66.88**.

ROBERT WALTERS

