

Lunch & learn 2022

WWW.LYDIAN.BE



Table of contents

• Introduction	Hugo Keulers, Jan Hofkens	4
• Artificial intelligence: from buzzword to practice	Bastiaan Bruyndonckx, Liese Kuyken	6
• Is a real estate lease entered into by a contracting authority subject to public procurement rules? Current developments in the case law of the European Court of Justice.	Jens Debièvre, Felix Feyt	16
• The impact of covid-19 on insurance business in Belgium	Hugo Keulers	22
• “The new BCAC – two years and a pandemic later”	Peter De Ryck, Louise Berrier	25
• Gegevensbescherming en hr – impact van beslissingen Geschillenkamer bij ontslag	Isabel Plets	34
• Nieuwe B2B-bepalingen inzake onrechtmatige bedingen: impact op de verzekeringssector	Sandra Lodewijckx, Tine Meurs	46
• Naar een circulaire bouw- en vastgoedsector in België?	Wouter Neven, Dario Petosa, Victor Vanbeylen	56
• Outsourcing: hoe de meest voorkomende blunders vermijden?	Yves Lenders, Jan Hofkens, Kato Aerts, Tim Van Landeghem	60
• Working From Anywhere Future: telewerk na corona	Jan Hofkens, Sophie Vissers	70
• De bouwstenen van het nieuwe goederenrecht	Wouter Neven, Bruno Stroobants, Karlien Meert, Charlotte Cornet	78
• Direct lending	Tom Geudens, Caroline Hoste, Dries Leirs	84
• Preparing and submitting evidence of genuine use in a trademark litigation	Annick Mottet, Olivia Santantonio	100
• Openbaar domein en domeingoederen in het nieuwe goederenrecht: Verankerung zonder definitieve afbakening?	Wouter Neven, Jens Debièvre, Matthias Castelein	104
• COVID-19 op de werkvloer: een z(t)aak voor werkgevers en verzekeraars?	Eveline Ankaert	112
• Investment Funds in Belgium: choose the right type!	Tom Geudens, Matthias De Cock	122
• Buurman, wat doe je nou?	Wouter Neven, Tom van Stiphout	127
• Actualia inzake aanvullende pensioenen	Alexander Vandenbergen, Jurgan De Vreese, Lies Daniëls	132
• Surviving as a business after the COVID-19 pandemic: the (renewed) judicial reorganisation as cure-all?	Yves Lenders, Kim van Zummeren	136
• Internationale tewerkstelling in het post-covid- en post-brexittijdperk	Kato Aerts, Philip De Roo	142



Introduction

We are pleased to offer you our third Lunch & Learn booklet which covers a series of articles by our lawyers on topics addressed during 2021 e-zines and webinars.

2021 was a very important year for our firm; we celebrated our 20th anniversary and obtained the ISO 27001 Standard on Information Security.

At Lydian, we take pride in continuously updating our clients on major legal developments. Whatever your business, knowledge is key and makes the difference. After all, you can only respond proactively to changes only when armed with the right skills and penetrating insights.

In 2022 our ambition remains to keep you updated on significant legal developments of interest to you. Our lawyers are always available to respond to any questions and queries you may have.

This Lunch and Learn edition also offers us the opportunity to thank you for your trust and confidence which has allowed our firm to be successful. It is our ambition to remain your trusted advisor in the future.

If there is a particular topic of Belgian law of interest to you, we would be happy to explore it with you in greater depth. At one of our upcoming webinars or lunch seminars in 2022 perhaps? You will find our calendar of events at: www.lydian.be/events.



Hugo Keulers

Managing Partner 2021

T +32 (0)11 26 00 40

E hugo.keulers@lydian.be



Jan Hofkens

Managing Partner 2022

T +32 (0)2 787 90 38

E jan.hofkens@lydian.be



Artificial intelligence: from buzzword to practice

The rapid development and deployment of AI, its increasing use in almost any aspect of our lives and the new regulatory framework presents businesses around the world with numerous challenges. The European legislator has sought to harmonize the protection of citizens from this rapidly evolving technology and the encouragement of research and industrial capacity in this regard by adopting a ground-breaking proposal for an AI Regulation.

Introduction

What may have sounded surreal decades ago, is today ubiquitous. Artificial Intelligence (AI) is invading our daily lives at a fast pace. Nowadays, credit card applications use algorithms to evaluate our creditworthiness. Algorithms evaluating data from physical activity trackers such as Apple Watch® and Fitbit® decide upon the health insurance premiums due. Voice assistants integrated in smartphones and tablets and using Natural Language Processing (NLP) assist us in our daily tasks such as checking the weather forecast and consulting our calendars. Autonomous vehicles are

appearing in the streets. In the office, IP lawyers make use of software predicting the chances of success of a claim for trademark infringement. Police departments make use of real-time predictive policing to determine the areas to be patrolled on a given day at a given time. In the US, algorithms assist courts in making decisions on the granting of parole to prisoners or the granting of bail to detainees. When we arrive home after a hard day of work, Netflix's recommender system suggests movies and series based on our past movie consumption. When checking social media before going to sleep, our timeline is determined by algorithms of the likes of Facebook® and Twitter® and sophisticated algorithms 'serve' us advertisements based upon our search history and online behaviour. The number of examples is limitless.

For some it may still be a vague concept from Silicon Valley, others are already used to it. Yet artificial intelligence is already all around us and it is certain that the role of this technology will only increase in the future.

1. Hey Alexa, what is Artificial Intelligence exactly?

Before we go deeper into the legal framework of artificial intelligence and what to expect as a company in this rapidly evolving society, it seems useful to briefly explain the concept of artificial intelligence.

How to define 'Artificial Intelligence' is subject to a fierce debate between 'minimalists' and 'maximalists'. Minimalists such as Alan Turing argued that machines are 'intelligent' as soon as they can fool a human person into thinking that the machine is a human person. Hence, for a machine to be intelligent, it would be sufficient to mimic human intelligence. Maximalists contend that machines should be able to 'think' as humans before they can be considered 'intelligent'. For the purposes of this short article, we refer to John McCarthy, the person who first coined the term, to mean *"the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically*

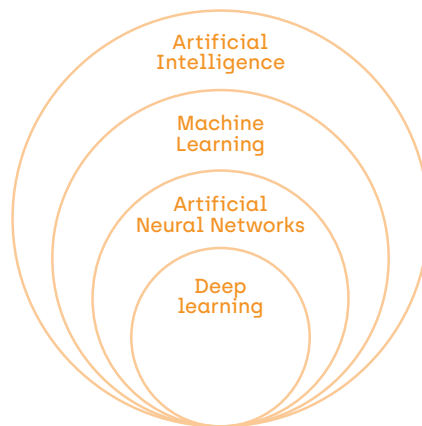
observable.” He further defines “intelligence” as “*the computational part of the ability to achieve goals in the world. Varying kinds and degrees of intelligence occur in people, many animals and some machines*”.¹

It is important to note that AI is not a new field of science. It has been around since 1942, when Isaac Asimov defined his “*Three Laws of Robotics*”. After a long ‘AI Winter’, AI has made enormous progress in recent years. Today’s phenomenal advances in AI are mainly due to two factors, namely (i) the availability of enormous quantities of data and (ii) the availability of large processing power, two elements that play a vital role in AI.

Another definition is given in the Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence, published by the European Commission (EC) on 21 April 2021 (hereinafter the *AI Regulation*).² “AI systems” are therein broadly defined as software that is developed with machine learning, logic, and knowledge-based or statistical approaches, and that “can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content,

predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with”.

1.1 Machine Learning



Within AI, there are different subfields that can be distinguished that are overlapping. In this way, Machine Learning is a subfield of artificial intelligence. Deep Learning is a subfield of machine learning, and neural

networks make up the backbone of deep learning algorithms.

A lot of today’s excitement is about Machine Learning (ML). ‘Machine Learning’ refers to instances where a machine learns from input data fed into the machine and arrives at conclusions or predictions *that it was not specifically programmed to arrive at*. Within Machine Learning, one can broadly distinguish three types of learning: supervised learning, unsupervised learning and reinforcement learning:

- **Supervised learning** refers to algorithms learning based on labelled data. The classic example is an algorithm that can distinguish pictures of cats from pictures of dogs. Such a model is trained by feeding numerous labelled (“*cat*”, “*dog*”) pictures of cats and dogs to the model to train the model to be able to ‘recognise’ cats and dogs when presented with new pictures. Supervised learning is used for classification and regression. Classification refers to models able to map data to a class or a category (e.g., cats vs. dogs). Supervised learning is also used

¹ <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>.

² Cfr. *infra*.

for regression. In regression learning, the output of the model is a figure and a range around that figure. An example of a regression learning system is a model that predicts second-hand car prices based on historical sales data.

- **Unsupervised learning** refers to models that learn to recognise patterns based on unlabelled data. Unsupervised learning is used for clustering input data into groups with similar traits. Unsupervised learning is used, for example, in recommender systems on e-commerce websites (*"People who bought this book also bought ..."*) and streaming platforms (*"Because you listened to ..., you may also like ..."*).
- **Reinforcement learning** probably resembles the most the way humans learn. It refers to learning that is based solely on incentivising the model if it gets it right and penalising the model if it gets it wrong. The model will thus use 'trial and error' and learn solely from the effect of its behaviour. Reinforcement learning has, for example, been used to teach machines how to play simple computer games (e.g., Pong) without telling the machine how it should play the game. There are exciting movies

on YouTube showing how a machine starts playing a game, gradually becomes better, and ultimately reaches a level that humans cannot.

1.2 Deep learning and neural networks

The recent progress in AI is to a large part also due to the progress made in the development and use of Artificial Neural Networks (ANNs), that make up the backbone of deep learning algorithms. The extensive use of ANNs presents an important shift in the approach to Machine Learning from knowledge-driven learning to data-driven learning. In the past, computer programs were able to function because programmers basically translated human knowledge into logical instructions (if ... then...), which enabled the program to perform the task for which it was written. Data-driven learning however consists of feeding the algorithm – the ANN – enormous quantities of labelled data to allow the algorithm to perform certain tasks *without it being specifically programmed for such tasks*. The shift towards data-driven Machine Learning produces several issues, such as the so-called 'black box' problem (i.e., the lack of explainability of how the algorithm comes to certain results/outputs).

2. Legal and Ethical Issues

AI in and of itself presents several legal and ethical issues. These have already been documented in various publications and are centred around six themes: (i) fairness and non-discrimination, (ii) transparency and explainability, (iii) accountability, (iv) privacy, (v) safety and reliability and (vi) fair competition.

Fairness and non-discrimination – Fairness and non-discrimination refers to the various documented instances where AI systems have been proven to be biased or discriminate against people. Indeed, the idea that leaving decisions to AI systems that work based on logic and mathematics removes the risk of biased decisions has been proven inaccurate. In August 2019, for example, Apple ran into major problems when users noticed that its automated credit scoring system seemed to offer smaller lines of credit to women than to men applying for an Apple card. Algorithmic bias results from the fact that algorithms are programmed using real-life data, data which are often biased as they are the result of human decision. The risk of an algorithm being biased is not removed by simply not coding sensitive data (such as race, religion, gender, etc.)

into the algorithm, since algorithms tend to find data that are a proxy for such sensitive data (e.g., domicile).

Transparency and explainability – The issue of transparency and explainability, sometimes also referred to as the issue of replication, is linked directly to the explosive use of Machine Learning and ANNs. In many instances, even though it may be correct, the output of data-driven machine learning simply cannot be explained (the so-called ‘Black Box’). It is the inability of a human to replicate an incorrect decision made by an algorithm and the reason why an algorithm made a given decision. Because AI is increasingly being used in decision-making (e.g., credit application, parole granting, grading students), it is important that those undergoing such decisions understand the reasons for such a decision.

Accountability – Accountability refers to the issue of human control and human oversight and is linked to the autonomy that many AI systems exhibit. Such autonomy may cause an AI system to take decisions that deviate from what was intended by the producers

and expected by the users. Autonomous vehicles causing a fatal accident with a pedestrian because of a wrong decision illustrate this problem well.

Privacy – The issue of privacy concerns the fact that many AI systems use personally identifiable information – personal data – to function. Take the example of movie recommender systems, which use your personal viewing history as a basis to recommend similar movies or (in the US) court systems which predict the chance of you being a repeat offender based on your personal characteristics. The privacy issue is already partly dealt with in the General Data Protection Regulation (GDPR), which requires, amongst others, transparency on the use of personal data and grants humans a right not to be subjected to automated decisions (including profiling) based upon personal data processing.

Safety and reliability – The importance of safety and reliability of AI systems, including protection against cyber risks, arises because of the increased reliance of humans on AI. Autonomous vehicles are probably the

best example of the need for robust AI systems, which are reliable and guarded from external manipulation.

Fair competition – Finally, the issue of fair competition regards the access to data and AI systems. Both are at risk. Given the enormous investment required to develop advanced AI systems, a risk exists that such systems will only be within the reach of very large corporations. Even a not-for-profit organisation such as OpenAI, whose stated mission is “*to ensure that artificial general intelligence benefits all of humanity*”³, is currently subject to criticism for lack of openness, transparency, and access to technology. A similar risk exists regarding data, the raw material that is required in large quantities to train and test algorithms. At present, large pools of data are often in the exclusive hands of the likes of Facebook, Google, Amazon, etc. The lack of access to high-quality data may be an obstacle for competitors to develop competing AI-enabled products and services.

³ <https://openai.com/about/>.

3. Artificial Intelligence, high on the EU's agenda

At the level of the European Union, there has been a lot going on in relation to artificial intelligence and the hot topic caught the attention of lawmakers. One of the key priorities of the European Commission in the coming years is to make Europe fit for the digital age. For several years, the European Commission (EC) has been researching the topic further and on 21 April 2021 it published the long-awaited Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence⁴ (hereinafter the *AI Regulation*) on the basis of the White Paper⁵ on Artificial Intelligence that was published in 2020. At the same time, the EC proposed a new Machinery Regulation, designed to ensure the safe integration of AI systems into machinery.

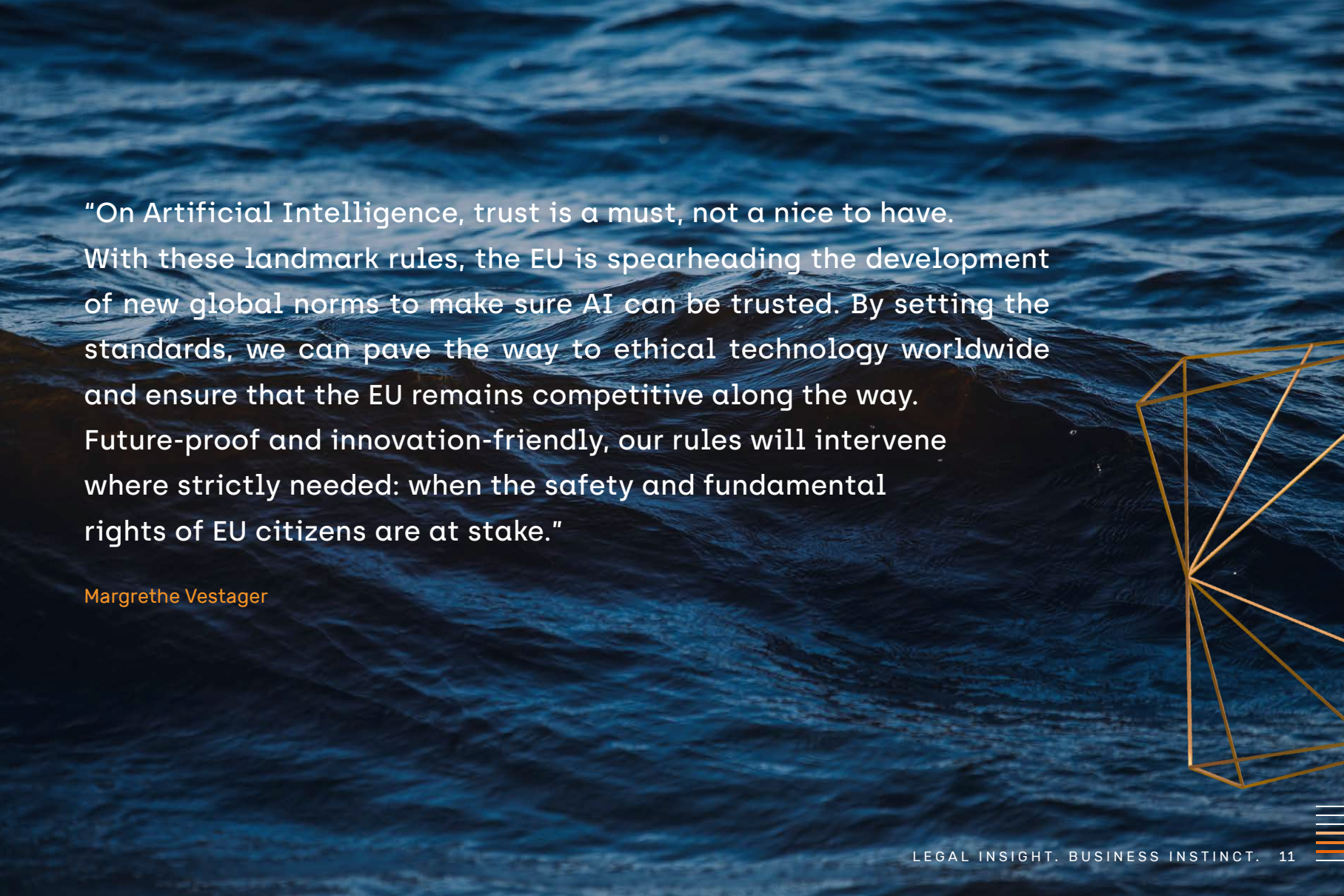
The aim of the Artificial Intelligence Regulation is twofold: first of all, to provide a legal framework for the use and the placement on the market of artificial intelligence systems by providing a harmonised legal framework throughout the European Union and

secondly to support innovation and to make sure that the European Union maintains a leading role in artificial intelligence.

At the same time, the EC proposed a new Machinery Regulation, designed to ensure the safe integration of AI systems into machinery. When adopted, the proposed AI Regulation is likely to follow in the footsteps of the GDPR and become the *de facto* worldwide standard for regulating AI.

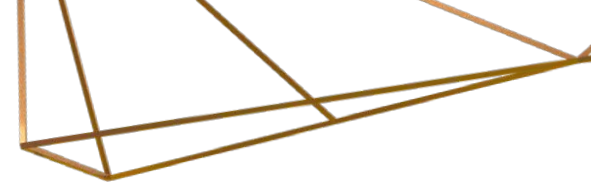
⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>.

⁵ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.



"On Artificial Intelligence, trust is a must, not a nice to have. With these landmark rules, the EU is spearheading the development of new global norms to make sure AI can be trusted. By setting the standards, we can pave the way to ethical technology worldwide and ensure that the EU remains competitive along the way. Future-proof and innovation-friendly, our rules will intervene where strictly needed: when the safety and fundamental rights of EU citizens are at stake."

Margrethe Vestager



4. Contents of the Artificial Intelligence Regulation

4.1 Broad scope of application

The proposed AI Regulation applies to a wide range of actors, including (i) *providers* placing on the market or putting into service AI systems in the EU irrespective of whether they are established in the EU or in a third country; (ii) *users* of AI systems established within the EU, under whose authority and responsibility the AI system is used; and *EU institutions, offices, bodies, and agencies* when they are providers or users of AI systems.

The broad scope of application is extended further by the extraterritorial effect of the proposed AI Regulation, meaning that actors (providers and users) established in a third country will also be subject to the proposed AI Regulation to the extent the AI systems affect persons located in the EU.

4.2 Prohibited and high-risk AI Systems

Minimal or no risk



Permitted with no restrictions

Limited risk



Permitted but subject to information / transparency obligations

High risk



Permitted but subject to compliance with AI requirements and ex-ante conformity assessment

Unacceptable risk



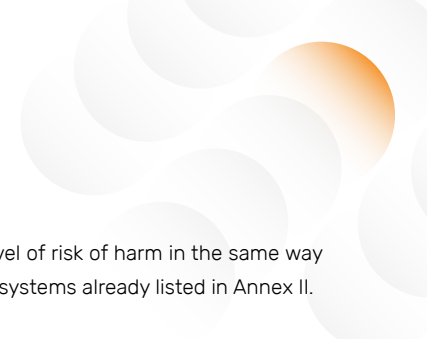
Prohibited

The AI Regulation **prohibits certain AI practices** that are considered a clear threat to the safety, livelihoods, and rights of people, including:

- AI systems that manipulate human behaviour, opinions or decisions through choice architectures or other elements of a user interface or exploiting information or prediction about an individual or group

of individuals to target their vulnerabilities or special circumstances. In each case, these practices will fall within the scope where it results in a person behaving or taking a decision to their detriment;

- AI systems used for indiscriminate surveillance applied in a generalised manner to all natural persons without differentiation. This may include the monitoring or tracking of individuals through direct



interception or gaining access to communication, location, meta data or other personal data collected in a physical or virtual environment where it is performed on a large-scale; and

- AI systems that evaluate or classify the trustworthiness of natural persons based on their social behaviour or known or predicted personal or personality characteristics, leading to detrimental or unfavourable treatment.

The above prohibition does not apply when such practices are authorised by law and are carried out by public authorities or on behalf of public authorities to safeguard public security and subject to appropriate safeguards.

Furthermore, the AI Regulation includes **several high-risk AI systems** which are not prohibited but the use of which is subject to **strict conditions**. High-risk AI systems are listed in Annex II of the AI Regulation and include:

- AI systems used to dispatch or establish priority in the dispatching of emergency first response services;

- AI systems used to determine the access to education or vocational training;
- AI systems during the recruitment, promotion, or termination process;
- AI systems that evaluate the creditworthiness of persons;
- AI systems used by public authorities to evaluate the eligibility for public assistance benefits and services;
- AI systems used in a law enforcement context to prevent, investigate, detect, or prosecute a criminal offence or adopt measures impacting on the personal freedom of an individual or to predict the occurrence of crimes or events of social unrest with a view to allocating resources devoted to the patrolling and surveillance of the territory;
- AI systems used for immigration and border control, including to verify the authenticity of travel documentation and to examine asylum and visa applications; and
- AI systems intended to be used to assist judges at court.

The EC is empowered to adopt delegated acts to update the list in Annex II by adding new high-risk AI systems, where it has identified that other AI systems

generate a high level of risk of harm in the same way as the high-risk AI systems already listed in Annex II.

Under the proposed AI Regulation, providers of high-risk AI systems must comply with several strict requirements, including:

- to use detailed and specific risk management systems and to subject the AI system to a conformity assessment;
- to only use high quality data that does not incorporate intentional or unintentional biases and is representative, free from errors and complete;
- to conduct post-market monitoring of the operation of the system and notify the relevant national regulator of any serious incident or malfunctioning;
- to register the AI system in a public register;
- to keep records and logs, and be transparent to users about the use and operation of the AI system;
- to ensure human oversight through appropriate technical and/or organisational measures; and
- to ensure the robustness, accuracy, and security of the AI system.



Users of high-risk systems will be subject to somewhat more limited obligations. They must ensure use of the technology in accordance with the instructions for use and take appropriate technical and organisational measures to address risks created by the AI system. Users must also monitor the operation of the system and keep records of the description of the data used.

The proposed AI Regulation also imposes specific obligations upon (i) authorised representatives of providers, (ii) importers, (iii) distributors of high-risk AI systems and (iv) other third parties involved in the AI value chain.

If businesses use AI systems with a limited risk (e.g., where there is a risk of manipulation, for instance via the use of chatbots) or minimal risk (e.g., all other AI systems that are not of limited, high or unacceptable risk), these are subject to minimal requirements. Limited risk uses of AI face minimal transparency requirements and minimal risk uses can be developed and used without additional legal obligations. However, makers of “limited” or “minimal” risk AI systems will be encouraged to adopt non-legally binding codes of conduct.

5. Measures in support of innovation

Interestingly and in line with the European Commission’s ambition to make the European Union a worldwide leader in AI, while the proposed AI Regulation aims to lay down a regulatory framework for AI, it also contains measures in support of innovation. Such measures include (i) AI regulatory sandboxing schemes, (ii) measures to reduce the regulatory burden for Small and Medium Enterprises (SMEs) and start-ups and (iii) the establishment of digital hubs and testing experimentation facilities.

6. Sanctions

Non-compliance with the rules laid down in the proposed AI Regulation would give rise to GDPR-inspired administrative fines up to 20,000,000 euros or, in the case of an undertaking, up to 4% of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher.

Also, like the GDPR, national supervisory authorities will be competent for monitoring and enforcing compliance with the proposed AI Regulation. A European Artificial Intelligence Board (EAIB) composed of representatives of the national supervisory authorities, a representative

of the European Data Protection Supervisor (EDPS) and a representative from the European Commission will be established. The EAIB’s main task would be to supervise the consistent application of the proposed AI Regulation.

7. Only a “proposal”, possibly subject to amendments

The AI Regulation that was published is not yet final and can still be subject to amendments.

This may be necessary, as there have been comments/ complaints about this legislation from various quarters. For example, some say that the criteria to determine the level of risk carried out by an AI system remain unclear. On the other hand, clear rules on allocation of liability are also expected. Moreover, it is argued that the AI Regulation, even though it is intended to complement the GDPR, provides very little clarity regarding the processing of personal data by any other AI systems than high-risk AI systems. Therefore, the relation between those important regulations should be clarified.

Other issues that arise from the AI Regulation might be subject to further clarification from the European and national authorities, such as the clarification of criteria which can be used to assess the amount of the fine to be concretely issued in each case, as only maximum fines are provided.

In any case, the AI Regulation is not yet applicable and is only the start of a lengthy legislative process in which adaptations are still likely. Subsequently, it will be applicable one or two years after its adoption. Therefore, the applicability of this AI Regulation is not expected before 2024.

Conclusion

Artificial intelligence has become a ubiquitous concept in our daily lives, something that will only increase in the future. As businesses increasingly adopt the use of artificial intelligence, its deployment continues to raise legal and ethical questions, which regulators seek to tackle. The AI Regulation aims to protect citizens from this rapidly evolving technology, but without seeking to impede the developments of European companies. The AI Regulation can therefore be considered a ground-breaking piece of legislation with an extra-territorial scope, thereby impacting a wide range of organisations. As the AI Regulation is not yet final, it will be interesting to follow up on the coming legislative developments and businesses are advised to closely monitor this legislative process in order to address the challenges for their operations.



Bastiaan Bruyndonckx

Partner

T +32 (0)2 787 90 93

E bastiaan.bruyndonckx@lydian.be



Liese Kuyken

Associate

T +32 (0)2 787 91 34

E liese.kuyken@lydian.be



Is a real estate lease entered into by a contracting authority subject to public procurement rules? Current developments in the case law of the European Court of Justice

In the recent judgment of 22 April 2021 (C-537/19), the European Court of Justice ruled (once again) on the contours within which the conclusion of a lease contract for a building that is yet to be constructed by a contracting authority, subject to public procurement rules, must fall in order to qualify as a public works contract. In its judgment, the Court nuanced its earlier case law on the subject in a way that is particularly relevant to Belgian public procurement and lease practices.

1. Scope of public procurement rules: General

A public contract, which is subject to public procurement rules, is a contract for pecuniary interest concluded between one or more tenderers and one or more contracting authorities and having as its object the execution of works, the supply of products or the provision of services. However, in principle, the public procurement rules do not apply to the mere acquisition of land, existing buildings or other immovable property.

2. What about the lease of a building (yet to be constructed)?

In principle, the leasing of existing buildings and other immovable property by a contracting authority, irrespective of the financial conditions, falls outside the remit of the (European) public procurement rules.

It is more difficult in the case of the lease of buildings which have yet to be constructed (*'future real estate'*). Such contracts are often accompanied by a market consultation and give the contracting authority a greater opportunity to determine how the building it leases should be constructed and fitted out.

In the past, such leasing contracts of future real estate have been reclassified by the (Belgian and European) courts as public works contracts, subject to public procurement rules.

The reasoning behind this reclassification is that the real purpose of the contract is the ordering of a building adapted to the needs of the contracting authority, rather than the leasing of a building constructed and fitted out by the lessor. A functional interpretation of

the contract is thus retained by the courts, irrespective of the qualification given to the contract by the parties.

This represents a significant legal risk for both lessor and lessee, as dissatisfied competitors may (successfully) argue that the lease was concluded in disregard of public procurement rules and should therefore be declared null and void. This can have far-reaching economic consequences for all parties involved. Avoiding such an important legal uncertainty is therefore key for real estate projects aimed at big government clients.

3. The European Court of Justice's interpretation on the scope of the public procurement rules

The European Court of Justice has already had to rule on the qualification issue in earlier groundbreaking judgments, in particular the *Müller* judgment (C-451/08, 25 March 2010) and the *Impresa Pizzarotti* judgment (C-213/13, 10 July 2014). In the latter judgment, the Court ruled that a "planned" leasing contract qualified as a public works contract because the planned construction had to meet the requirements of the

contracting authority involved, which, the Court stated, *“has taken measures to define the characteristics of the work or, at the very least, has had a decisive influence on its design”*. In other words, the subject of the contract was mainly the construction of the building, which was a necessary condition for its subsequent lease to the contracting authority. This could be concluded, said the Court, from the precise requirements imposed by the contracting authority on the envisaged works. The earlier *Müller* judgment had already used the contracting authority's (economic) interest in the realisation of the construction work as a yardstick (whereby it is not necessary that the contracting authority itself wishes to act as a lessee, e.g., contracts signed by the Federal Buildings Administration or the Flemish Facility Management Department for other administrations).

This case law of the European Court of Justice was followed in the case law of the Belgian Council of State (see Council of State 30 November 2017, N°.240.043 and 240.044 and Council of State 23 October 2018, N° 242.755).

4. The judgment of 22 April 2021 (case c-537/19): Re-evaluation of the case-law of the European Court of Justice?

What is interesting about this judgment is that it is not a preliminary ruling (i.e., on a question from a national court concerning the interpretation of national law in accordance with the directive) but a ruling in a so-called infringement procedure, in which the European Commission prosecutes a Member State, in this case Austria, for a violation of the European public procurement rules.

The Commission took the view that the contracting authority, a housing association, intended to award a public works contract by concluding a long-term lease of a future building. The Commission argued that:

- The housing association had an influence on the planning of the works that went beyond the usual requirements of a lessee regarding the date of availability,
- No building permit had yet been issued at the time the contract was concluded (so the housing association shared in the project risk and, as such, had an economic interest),

- The housing association had imposed many precise specifications that went beyond the usual requirements of a lessee regarding the condition of the property to be leased,
- The housing corporation supervised the works,
- The lease was concluded for at least 25 years (thus covering most of the economic life of the building), and
- The building would be used exclusively by the housing corporation.

The main counter-argument of the housing corporation was based on the fact that the lease entailed a standard office building, whereby the main points of negotiation were the leasing fee and operating costs and the subdivision of the space, the occupancy of the offices and the basic equipment. The housing corporation pointed out that these items are usual negotiating points in such leasing agreements, i.e., that it had acted entirely in accordance with the standard market practice.

In its ruling, the European Court of Justice demonstrated its ability to be pragmatic:

- As regards the decisive influence on the design and realisation of the building, the Court considered that there must be an actual influence on the architectural design or on the concrete planning of the building. In this case, the Court found that at the time of the negotiation of the lease agreement, the planning of the construction works already existed and the housing association had no influence on this planning or on the design. Participation in the interior design can only be seen as having a decisive influence on the design if these fitting-out works are distinguished by their specificity (e.g., a laboratory) or size. The possibility for the lessee to influence the planning of the project on the basis of his requirements is also insufficient if this possibility has not been used.
- With regard to the realisation of the building in accordance with the contracting authority's precisely defined requirements, the Court found that the housing association had formulated many detailed wishes, but that the key question was whether these requirements went beyond what can be expected

of a lessee. The fact that the housing corporation had imposed various standards, for example with respect to the energy performance of the building, was considered normal for a lessee, as these are aimed at the sustainability of the leased property.

- The fact that the lease was entered into for a long period of time without the possibility of notice was not considered unusual by the Court, especially since in this case it had a favorable effect on the lease.
- The Court places the accompanying supervision by means of a specialized firm, appointed by the housing corporation, within the permitted measures of a lessee to ensure the timely availability of the leased premises. According to the Court, this also allows for pro-active (temporary) extension of current leases in case of delay.
- The absence of a building permit does not raise concerns either. The Court considers that, within the existing market practice, a fully completed project in terms of design is not necessary in order to enter into commitments as a lessee. The absence of a permit is not automatically proof of a decisive influence of the lessee on the design. This must be demonstrated in concrete terms.

In short: the Court ruled that the lease of a future building does not necessarily fall within the scope of the public procurement rules and that a very concrete verification of the contract and the circumstances in which it is entered into needs to be done.

Risks in the event of non-compliance with the scope of the public procurement rules

The recent judgment of the European Court of Justice does not conclude that when a public authority goes looking for a suitable building project to lease, it is exempt from any form of market consultation or competitive tendering. In a recent judgment of 22 January 2021, the Belgian Court of Cassation confirmed that the principle of equality and transparency arising from the freedom of establishment and services enshrined in the Treaty on the Functioning of the EU is of public order. As a result, contracts with a cross-border interest entered into by a public authority, which grant an exclusive economic right to a market player (but which are not public contracts), are subject to that principle of equality and transparency. Contracts

concluded in violation of these principles violate the rule of public order and are null and void. Anyone can invoke this nullity.

Specifically, whenever the lease has a value that can interest foreign promoters, developers, construction firms, etc., a public authority will have to give appropriate publicity to its desire to lease and will have to organize competition / market consultation around the lease. If not, it risks acting contrary to public order and exposing the lease to the nullity described above. But the lessor would also do well to pay attention to this. From a recent judgment of the Court of Justice (14 May 2020,C-263/19), it could be deduced that co-contractors of the public authorities who knowingly participate in the disregard of competition rules can be held jointly liable for this violation (and, for example, be ordered to pay damages).

Conclusion

The Belgian courts will have to take into account the “*flexibility*” offered by the Court with respect to leasing of future (office) buildings. After all, the Court is the original interpreter of the European public procurement directives. In our opinion, the risk of reclassification as a public works contract has been somewhat reduced by this judgment, since the Court considers a reasonable amount of participation by the lessee to be in line with the market practice. However, a concrete verification of the contractual stipulations and of the circumstances under which the contract is entered into, is still needed to counter the important legal risk of requalification of the lease as a public works contract. There is still work to be done...



Jens Debièvre

Partner

T +32 (0)2 787 90 65

E jens.debievre@lydian.be



Felix Feyt

Associate

T +32 (0)2 787 91 05

E felix.feyt@lydian.be





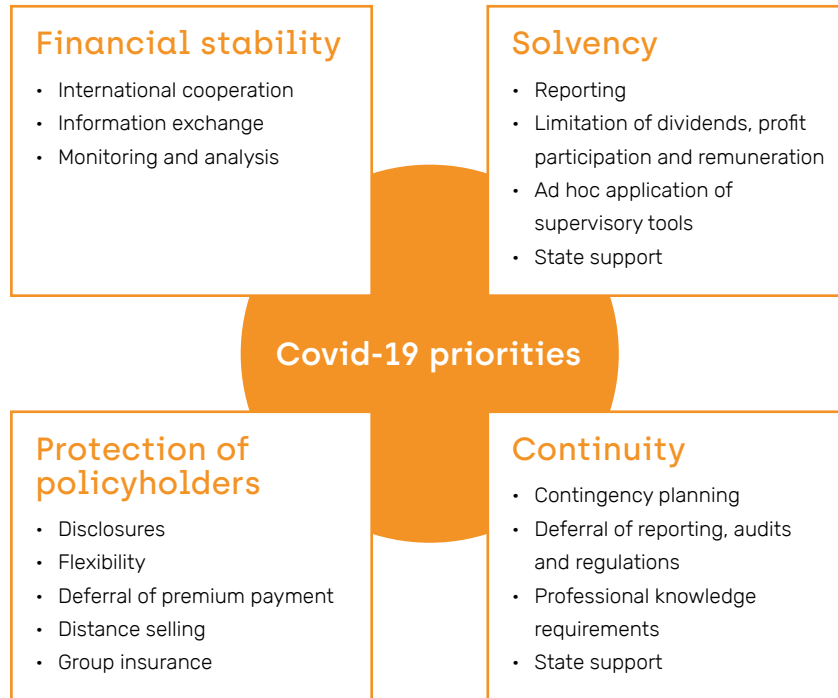
The impact of covid-19 on insurance business in Belgium

The COVID-19 pandemic has had a significant impact on the Belgian insurance market. The pandemic requires insurance undertakings and intermediaries to adapt to a changing regulatory environment and deal with forced operational changes such as changes in the distribution model and urgent outsourcing arrangements. Furthermore, COVID-19 is having an impact on portfolio and investment performance and affects both sides of the insurer's balance sheet.

1. Regulatory changes

Since the beginning of the COVID-19 outbreak, Belgian, EU and international insurance regulators have taken various measures to respond to the crisis.

Regulators prioritise measures related to the protection of financial stability, the solvency position of insurance undertakings, the continuity of their operations and the protection of policyholders.



The national competent authority, the National Bank of Belgium ('NBB') took various initiatives with regard to the Coronavirus, such as the establishment of the Economic Risk Management Group ("ERMG"). The NBB focuses its supervision and regulation on critical and essential tasks related to the impact of the Coronavirus. In particular, it has decided to:

- suspend the NBB Insurance Stress Test 2020;
- limit audits and prioritise audits with regard to risks related to the Coronavirus and compliance with laws and regulations;
- postpone the publication or application of certain circulars;
- collect qualitative and quantitative data regarding the impact of the Coronavirus on a weekly basis; and
- collect data regarding possible intentions to distribute profits to shareholders and policyholders.

Furthermore, the NBB has implemented EIOPA's various recommendations regarding COVID-19.

The Financial Services and Markets Authority ("FSMA") has published a newsletter regarding COVID-19 addressed to insurance intermediaries. Among others, the FSMA announced that it would not take any initiatives that could (further) hinder the business continuity of insurance intermediaries, such as comprehensive requests for information.

2. Fair treatment of consumers

In Belgium, the insurance industry has taken its own initiative to support policyholders affected by COVID-19. Assuralia, the umbrella organisation for (re)insurers operating on the Belgian market, has announced extraordinary measures to protect vulnerable consumers and companies. The NBB, the FSMA and the Belgian Government support this initiative.

In particular, the industry allowed a deferral of repayment for mortgage credit loans and loans to businesses and a deferral of premium for group insurance policies, fire insurance policies connected to a mortgage credit and other b2b insurances. On the other hand, the Belgian legislator and/or regulator have not forced insurers to pay pandemic (business

interruption) losses that are not insured under their policies.

3. Solvency and capital position

The NBB has implemented EIOPA's recommendations with regard to the solvency and capital position of Belgian insurers. It has urged (re)insurers to suspend all dividend distributions and share buy backs and to act in a prudent and conservative manner with regard to variable remuneration and profit participation.

4. Claims

As a general observation, Belgian business interruption policies seldom to never provide cover for pandemics or for communicable diseases. Also, business interruption cover usually depends on the condition of property or physical damage. Only in exceptional cases do policies contain a specific extension for communicable diseases. Currently, there are no legislative or regulatory initiatives taken to make business interruption cover mandatory. The NBB and/or FSMA have not initiated any legal proceedings similar to that of the UK Financial Conduct Authority ("FCA"). Moreover, it is questionable whether the Belgian regulators would have such power.



Life and health insurers are generally paying indemnities in claims related to COVID-19.

Other types of policies, such as event cancellation insurance, generally contain exclusions for pandemics or, more generally, communicable diseases. We are aware of some coverage disputes. However, the amount of disputes is not as large and widespread compared to other jurisdictions and so far, there has not been any published case law on COVID-19 coverage disputes.

Nevertheless, it remains essential to examine policy wording on a case-by-case basis. In practice, the parties will rely on Belgian civil law rules to interpret the insurance policy. This may lead to semantic discussions or a need for expert witness statements. The Law of 4 April 2014 on Insurance provides that, in case of doubt, the interpretation that is most beneficial for the policyholder prevails. However, the latter interpretation rule does not apply to large risks.



Hugo Keulers

Managing Partner 2021

T +32 (0)11 26 00 40

E hugo.keulers@lydian.be

"The new BCAC – two years and a pandemic later"

Two years after the introduction of the Belgian Companies' and Associations' Code (BCAC), one pandemic and several legislative changes (such as the implementation of the Shareholder Rights Directive 2017/828) later, the present contribution is intended to look back on the BCAC, its impact and achievements in practice.

Introduction

Let's travel back to the reasons why the old Belgian Companies' Code (BCC) required a serious update. Mainly, the BCC was considered too complex and included too many (barely used or unused) company forms. Furthermore, certain provisions of the BCC were deemed too stringent and were considered an obstacle for flexible entrepreneurship. Finally, the evolutions on a European level still needed to be implemented in Belgian company law.

As can be said for most new developments in any (legal) field, the implementation of the BCAC in practice uncovered certain downsides and highlighted aspects where there was room for improvement. Besides that,

in these particular times, the COVID-19 pandemic has been an eye-opener which emphasized the importance of further modernization and digitalization as well as the role of companies and their directors in a sustainable society. Now that we have gained a bit over two years of experience in dealing with the BCAC and with the insights gained through the COVID-19 pandemic, this article will focus on three key elements, specifically the increased flexibility, the digitalization and the importance of sustainability in Belgian company law.

1. Flexibility

1.1 From private limited liability company to private limited company

The reformation of the private limited liability company (*besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* – BVBA / *société privée à responsabilité limitée* – SPRL) to the private limited company (*besloten vennootschap* – BV / *société à responsabilité limitée* – SRL) was definitely the '*pièce de résistance*' of the BCAC when it comes to offering greater flexibility.

The main benefit of the BV/SRL is the fact that it has legal personality and limited liability while

being a very flexible legal form since it falls outside the scope of certain European legislation (contrary to the public limited liability company (*naamloze vennootschap* – NV / *société anonyme* – SA). The BVBA/SPRL was heavily regulated under the BCC as a consequence of 'gold plating'. Although not strictly required, the Belgian legislator had applied such (stringent) European legislation to the BVBA/SPRL as well. Therefore, the BCAC provides the opportunity to abolish certain restrictions and formalities in order to achieve such flexibility. The Belgian legislator has created the possibility for parties to determine their own mutual relationship through contractual and statutory freedom. Consequently, the BCAC provides for numerous supplementary provisions which allow for the incorporation of a 'default' BV/SRL in which only the supplementary provisions of the BCAC are applied, while at the same time offering the possibility to incorporate a very tailor-made BV/SRL as well.

As a consequence, it appears that many more companies have been incorporated since the entry into force of the BCAC. In practice we see that most of these are indeed BV's/SRL's.¹ However, they are often

1 It should be noted that in our experience, however, we still find that the NV/SA is quite commonly used in M&A transactions and in particular in (leveraged) MBO / private equity transactions. This is primarily due to the fact that the rules for dividend distributions are less strict for NV/SA's as compared to BV/SRL's.

the so-called 'default' BV's/SRL's which as a result do not fully benefit from and do not implement the wide range of (flexible) possibilities introduced by the BCAC. Moreover, many of the existing BVBA's/SPRL's have not yet taken advantage of the possibility to formally convert to the new BV/SRL. As a result, one can ask whether the highly anticipated flexibility introduced by the BCAC cannot be construed as a missed opportunity.

Abolishment of the share capital

The most noteworthy change introduced by the BCAC with regards to the BV/SRL has been the abolishment of the concept of share capital.

The purpose of the share capital in the BVBA/SPRL was threefold: (i) ensuring that the company had a sufficient capital to start with, (ii) providing a buffer for the creditors and (iii) avoiding senseless or fraudulent incorporations. By abolishing the concept of share capital and thus the aforementioned safeguards that came with it, the threshold to incorporate a BV/SRL became much lower under the BCAC. This is reflected by the fact that most BV's/SRL's now have a lower initial

equity than the previous minimum amount of the share capital under the BCC (i.e., 18,550 euros).²

In order to strike a balance between the flexibility created by the BCAC and the abolishment of several safeguards provided for by the BCC in the past, certain additional mechanisms for creditor and shareholder protection were introduced by the BCAC, such as (but not limited to) the broadened requirements in relation to the financial plan as well as the double test for distributions (net assets test and liquidity test).

1.2 Balance between flexibility and creditor/ shareholder protection

It could be argued that the balance between greater flexibility and the desire to ensure sufficient creditor and shareholder protection has yet to be found in the BCAC. By trying to make up for the 'lost' protective mechanisms, new mechanisms were introduced which could be considered as an obstacle to the flexibility.

Creditor protection

Certain new mechanisms, such as the double distribution test (only for distributions by a BV/SRL

– for the NV/SA, no formal liquidity test is required but this can however be informally recommended in the context of good governance), miss their mark to a certain extent. For instance, the requirement for the management body to draft a special report in this respect was meant to protect creditors, but they cannot consult it, as it does not have to be filed with the clerk's office. Consequently, not only is the balance between flexibility and protection still to be sought, the implementation of certain protective mechanisms still presents some shortcomings.

Shareholder protection

Another particular element intended to increase shareholder protection is the procedure to be applied in case of the issuance or abolishment of different classes of shares or a modification of the rights linked to different classes of shares.

This procedure requires an amendment of the articles of association and as a result, the intervention of a notary. Besides that, the management body has to draw up a special report in which it justifies the proposed modifications as well as the consequences

² C. VAN DER ELST, "De invloed van het nieuwe WVV op het vermogen, de aandelenstructuur en de aandelenoverdracht van en bij nieuwe BV's: een empirisch onderzoek", TRV 2020, p. 349 – 361.

for the rights linked to the existing classes of shares. If accounting and financial data form the basis of the special report of the management body, the statutory auditor (for the BV/SRL), or if there is none, a registered auditor or external accountant (for the NV/SA) has to issue a special report in which it declares that such accounting and financial data are true in all material aspects and are sufficient to inform the general meeting which has to vote on the change of (rights linked to) the classes of shares.

Contrary to what is the case for certain other reporting requirements provided for by the BCAC (e.g., the special report required for the issuance of new shares in light of a contribution in cash), the shareholders cannot (unanimously) waive the requirement to draw up the aforementioned special reports relating to the classes of shares.

Besides that, the requirement for the intervention of the statutory auditor (or, as the case may be, registered auditor or external accountant) could also constitute a discussion point as the assessment of whether the 'accounting and financial data' form the basis of the special report of the management

body is certainly a grey zone. Management bodies may in some cases be tempted to intentionally not include accounting and financial data in their special report in order to avoid triggering the intervention of the statutory auditor. In this respect, the Legal Commission of the Institute of Registered Auditors ("*Instituut van de Bedrijfsrevisoren*" / "*Institut des réviseurs d'entreprises*") has issued a recommendation in which it generally states that the consequences for the shareholders will only in exceptional cases not be deemed to be of a financial nature.

Furthermore, the statutory auditor will have to assess whether the information included in the special report of the management body is sufficient to inform the shareholders. Therefore, if no accounting and financial data is included, while there should be, the report should be deemed incomplete. Consequently, the intervention of the statutory auditor (or as the case may be, the registered auditor or external accountant) will in our opinion be almost inevitable. Without the possibility to unanimously waive the special reporting obligations, the flexibility of this procedure then becomes very limited.

2. Digitalization

2.1 The digital incorporation of a legal entity

Since companies have entered into an era of lockdown and physical restrictions, several legislative initiatives were taken in order to resolve practical issues which emerged during the COVID-19 pandemic and therefore allow for the continuity of businesses. The new Law of 12 July 2021 relating to the modification of the BCAC and the Law of on the organisation of the notarial profession (the '*Law of 12 July 2021*') is one such initiative and implements the EU Directive 2019/1151 into Belgian legislation.

Amongst other changes, this law makes the digital incorporation of all legal entities possible as of 1 August 2021. The parties identify themselves and sign the authentic deed through their electronic ID-card or through the ID app '*itsme*', which will also be verified by the notary. They can also use the "*startmybusiness.be*" platform created by Fednot for the same purpose and with the same identification options. As a consequence, the possibility to digitally incorporate a legal entity will in principle no longer demand the physical presence of the parties, but can be done through a video conference with the notary. Nevertheless, the notary



still acts as the legal gatekeeper: in case of suspicion of fraud or an alleged problem of competence and/or authority, physical appearance will still be required. Digitally incorporating a legal entity could from now on in principle take only 10 working days or less.

2.2 The introduction of a mandate database

The Law of 12 July 2021 also introduces the creation of an electronic mandate database system.

What is the practice today?

Every legal entity is obligated to publish the appointment and dismissal of most of its representatives in the Annexes to the Belgian Official Gazette and register such representatives in the Crossroads Bank for Enterprises (CBE). However, the provisions relating to external representation as included in the articles of association (e.g., individual or joint representation), are not included in the CBE. Moreover, the information in the CBE is often outdated. In accordance with the BCAC, the publication of appointments and dismissals in the Annexes to the Belgian Official Gazette is required for the enforceability towards third parties. Therefore, the Annexes to the Belgian Official Gazette are in principle the only source that can be relied upon in this

respect. However, since this tool is not well-structured and thus not user-friendly, searching through it is generally considered as very burdensome.

The same problem arises when a third party wants to consult the coordinated version of the articles of association of a legal entity since it is again not straightforward to have a clear overview of the coordinated latest version of the articles of association based on the publications in the Annexes to the Belgian Official Gazette.

The Belgian legislator had already taken certain steps to remedy the latter by introducing the use of a database for the articles of association named “Costa”, which is maintained by the Royal Federation of Belgian Notaries, in which the articles of association of recently incorporated legal entities (as of May 2019) are included as articles of association that were recently modified. Consequently, only the coordinated version of the articles of association of a small part of the Belgian legal entities are easily accessible and it will take some time before the database will be fully populated. This database has therefore not reached its full potential

yet but can certainly be considered as an important step in the right direction.

What's new?

As from 1 August 2021, the provisions included in the articles of association relating to the representation of the legal entity *vis-à-vis* third parties, and the modification or partial or total cancellation thereof, will be kept in the same electronic database as the articles of association, which is freely accessible.

The law does not clearly mention whether the individual (legal) persons which will be appointed within a legal entity as members of the management body – therefore bearing legal representation powers – will also be included in the database. Since the Annexes to the Belgian Official Gazette are not well-structured and the information in the CBE is not always reliable, there is still a need for a structured and dependable tool to consult the up-to-date composition of management bodies. However, as the new database will be managed and populated by the notaries and the intervention of the notary is not always required to implement changes to the composition of the management body, one can assume that, in practice it will be difficult to create

a reliable database which entirely reflects accurate information in this respect. This is therefore a topic which in our view requires further remediation.

2.3 The digital general meeting

Finally, certain other digitalization initiatives were triggered by the COVID-19 pandemic. In the first months of the COVID-19 pandemic, the Royal Decree no. 4 of 9 April 2020 temporarily provided for the possibility to organise general meetings remotely in the absence of any explicit statutory provisions to this effect. Since the pandemic created a new reality, the Belgian legislator decided to implement a more structural legislative framework in this respect by way of the Law of 20 December 2020 regarding various and temporary structural provisions on justice in light of the combat against the spread of the coronavirus (the 'Law of 20 December 2020'). The Law of 20 December 2020 allows general meetings to be organised digitally/remotely without the requirement of the articles of association to explicitly provide for such a possibility (contrary to what was initially the case under the BCAC).

The organisation of digital meetings was of course particularly useful for listed companies which have

numerous shareholders, who have indeed made use of this possibility on a massive scale. The aforementioned can also be considered as a very positive trend from a corporate governance perspective. The Belgian Corporate Governance Code 2020 encourages companies to facilitate the participation of their shareholders in the general meeting by providing for the appropriate communication technology in this respect.³ Indeed, the digital/remote organisation of general meetings has resulted in an increased participation by the shareholders. Another positive impact of this initiative relates to the preservation of the environment: by avoiding unnecessary travel, the increased digitalization certainly contributes to the role which a company should have in creating a more environmentally-conscious and sustainable society.

3. Sustainability

3.1 Corporate Social Responsibility and the Sustainable Development Goals

It is always in times of hardship that eyes are opened and the current climate crisis has been no exception. It was therefore to be expected that businesses would, at some point, have to go back to the drawing board in order to re-shape their perspective on the leadership

of a company. Going from the first governance wave, which started around the 1930s, where the only role of the management was to organise its relationship with the shareholders in order to maximize profits, to the current perspective on business where the success and positioning of the company is considered to depend on numerous factors, it is safe to say that the past decades have led us to an era where the focus of businesses is slowly but surely switching. The focus on what used to constitute the ultimate goal of profit maximization by the shareholders is now geared towards an understanding of the needs of all stakeholders within, and even outside, the firm.

This transition has been long and not without hurdles as the interests at stake are very much of a contrasting nature but the past decade has seen a noticeable speeding-up of such process with numerous international and Belgian initiatives. In this respect, the United Nations established the 'Sustainable Development Goals' ('SDGs') in 2015 with the ambition to protect the planet, the people and ensure prosperity by 2030. Although first introduced in the early 1960s, the concept of Economic and Social Governance (ESG) has also enjoyed an increase

³ Art. 8.3 of the Belgian Corporate Governance Code 2020.

in attention stemming from the worsening of the current climate crisis.

In line with such principles, the management of a company now has to take into account its impact on the environment and the current change in climate, its clients and/or consumers, the local communities, its creditors, its distributors, its employees and their well-being, its sound use of data and the multiple intersections between all such stakes. Without taking these interests into account, not only will the stakeholders suffer in each of their own interests but the company prevents itself from creating long-term sustainable value and therefore keeping up with the market and its competitors.

All these considerations are encompassed by the notion of Corporate Social Responsibility which serves as an umbrella concept for all the new parameters to be taken into account by the management of companies in its decision-making. Although only stemming from soft law materials, these are ultimately meant to become compulsory in the longer run.

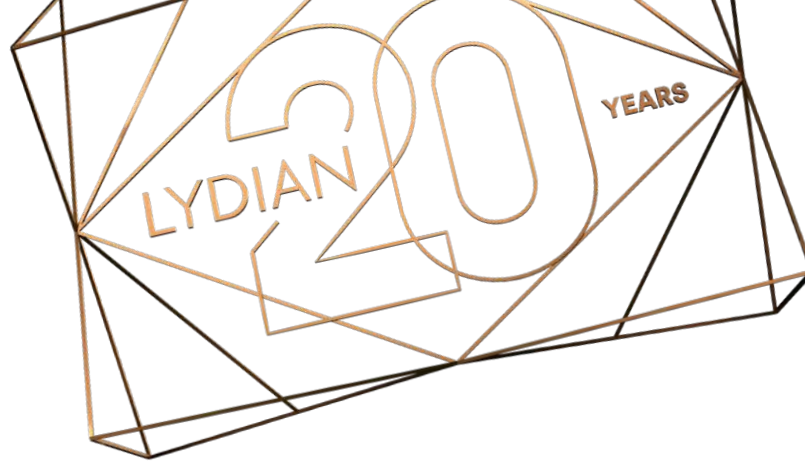
Below, we will focus on the main aspect where the text of the BCAC and sustainability have intersected and created substantive impact: the update from the 2009 to the 2020 Belgian Corporate Governance Code.

3.2 The 2020 Corporate Governance Code

One of the first initiatives to implement SDGs at national level was the Belgian Corporate Governance Code of 2009. After the adoption of the BCAC in 2019, an update of the Corporate Governance Code became inevitable in order to adapt it to the new legal framework in particular as the BCAC introduces major changes with regards to the governance of listed companies, which constitute the primary scope of application of the Corporate Governance Code.

Amongst other changes incurred by the adoption of the BCAC, the Corporate Governance Code has had to take into account the new possibility for listed companies to choose between a one-tier or two-tier management structure. In the one-tier structure, the management power single-handedly belongs to the board of directors. In the two-tier structure, a 'supervisory committee' is created in order to monitor the management board of the company, therefore

ensuring increased transparency and accountability on behalf of the management. In such a structure, the management body only holds 'residual powers' which constitute all the powers that have not been allocated to the supervisory committee. Furthermore, the supervisory committee is to be in charge of all aspects of general policy and strategy. Such a structure therefore allows for both increased transparency and accountability of the management. This is a more elaborate and stringent alternative to the previously existing possibility under the old BCC to create a management committee which was itself then supervised by the board of directors.



Conclusion

The introduction of the BCAC was long overdue and certainly addressed existing concerns under the BCC and created new possibilities to incorporate more flexible and tailor-made companies. Like every new initiative, implementation in practice uncovers unexpected issues as well as aspects which can be improved. Moreover, the timing of certain crucial events such as the COVID-19 pandemic added an additional layer of insights to the needs of corporate life. As a result, there is still some room for improvement to adapt it to the practical needs of companies, increase digitalization and to further take into account sustainability considerations. Undoubtedly new initiatives will be taken at international and European levels which will probably go beyond the realm of soft law – to the extent not already dictated by the market and a company's competitors.



Peter De Ryck

Partner

T +32 (0)2 787 90 20

E peter.deryck@lydian.be

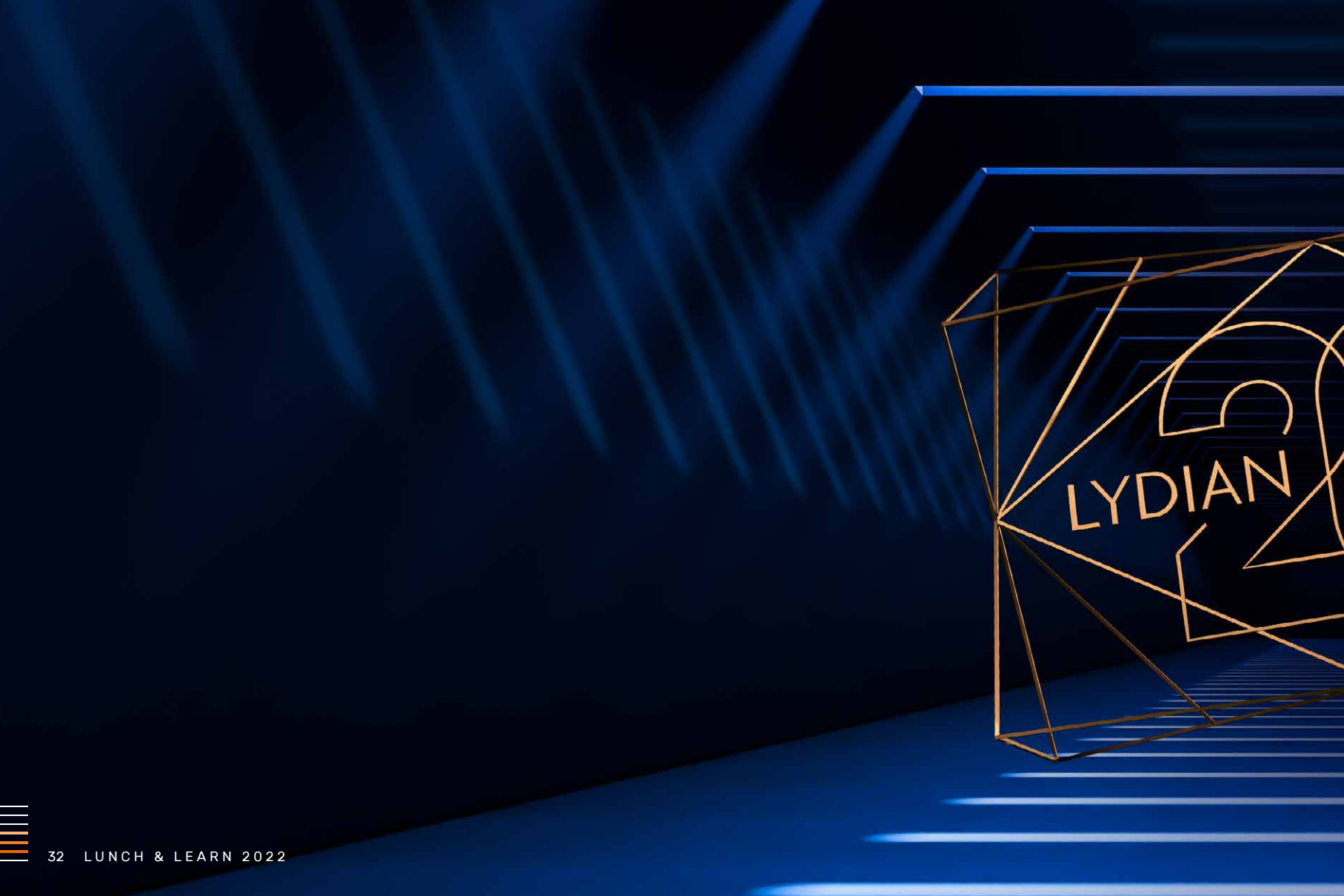


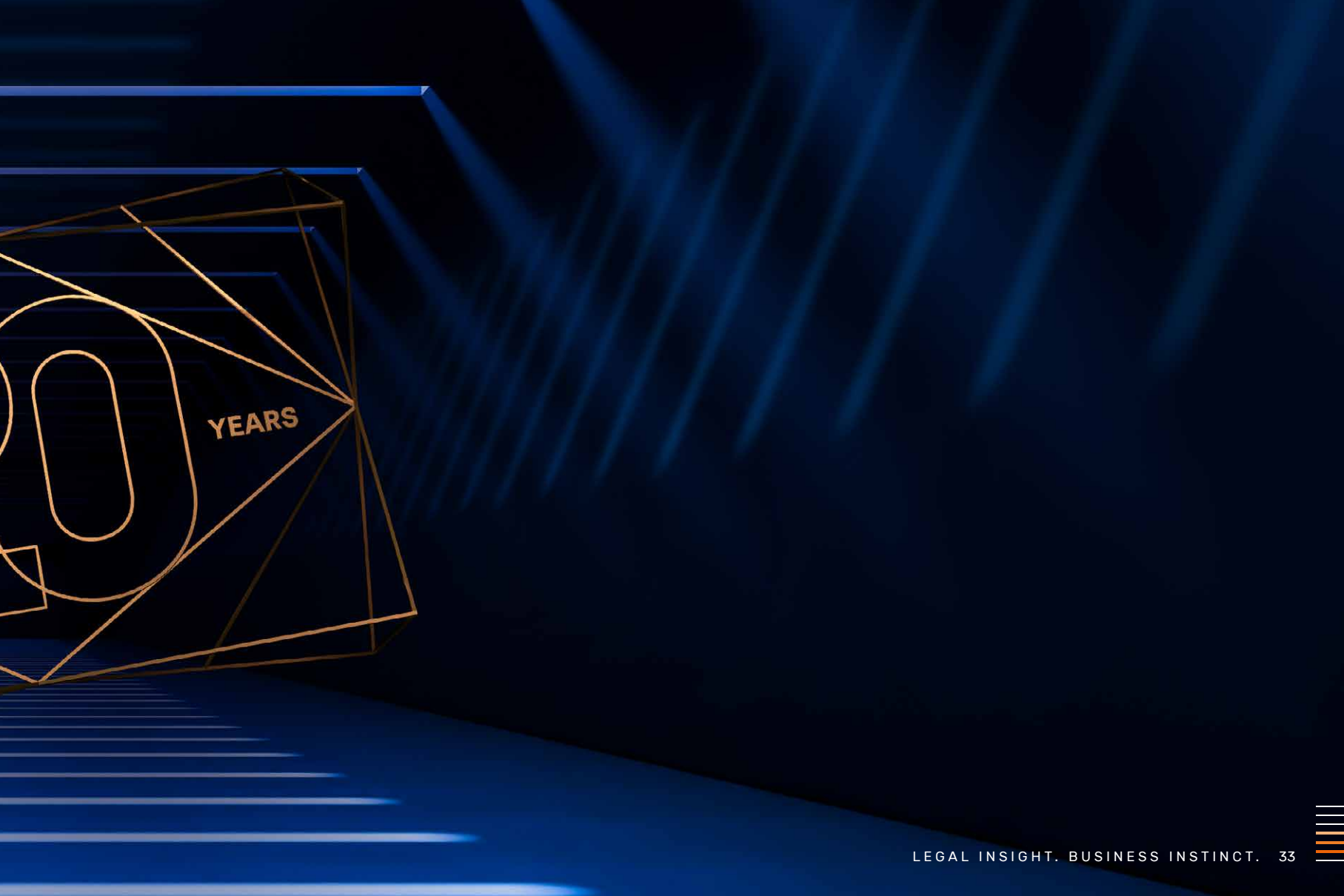
Louise Berrier

Associate

T +32 (0)2 787 90 00

E louise.berrier@lydian.be





YEARS



Gegevensbescherming en hr – impact van beslissingen Geschillenkamer bij ontslag

In hr-processen worden heel wat persoonsgegevens verwerkt. De meeste Belgische bedrijven passen de regels en verplichtingen daarrond redelijk goed toe, maar om te blijven is het interessant om op te volgen wat de Geschillenkamer ter zake beslist.

Het verwerken van persoonsgegevens start al in de rekruteringsfase (cv, referentieonderzoeken, uittreksel uit het strafregister), gaat verder tijdens de tewerkstelling (gezondheidsgegevens in de strijd tegen COVID-19, verwerking van loongegevens en gegevens rond opleiding, evaluatiebeoordelingen, gebruik van biometrische gegevens in toegangsmanagement,...) en gebeurt tot op het ogenblik van ontslag (gebruik van camerabeelden of e-monitoring om ontslag om dringende reden te verantwoorden, bijhouden van gegevens ex-werknemers).

Bij deze verwerkingen moeten natuurlijk de regels en verplichtingen worden nageleefd van de Europese verordening betreffende de bescherming van de natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer

van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (GDPR), net als de Belgische implementatieregels.

Uit de praktijk blijkt dat de meeste werkgevers in België toch al minstens een deel van deze verplichtingen hebben geïmplementeerd in hun organisatie (zie hieronder 1). Maar daarmee is de kous niet af. Werkgevers doen er goed aan om in het algemeen alles rond gegevensbescherming op te blijven volgen en in het bijzonder de nodige aandacht te besteden aan de beslissingen van de Geschillenkamer.

We kunnen in deze bijdrage¹ niet alle relevante beslissingen van de Geschillenkamer bespreken. We beperken ons dan ook tot de beslissingen die van belang zijn bij of naar aanleiding van het ontslag van werknemers (zie hieronder 2).

1. Naleving GDPR in hr: de basisvereisten

Sinds 25 mei 2018 (datum van de inwerkingtreding van de GDPR) moeten werkgevers alle hr-verwerkingen van persoonsgegevens organiseren conform de GDPR. Bij niet-naleving kunnen significante financiële sancties

opgelegd worden aan de onderneming. In de praktijk stellen we vast dat de meeste werkgevers minstens een deel van deze oefening hebben gedaan in hun organisatie. In a nutshell houden de basisvereisten het volgende in.

1.1 Audit en verwerkingsregister

Een **audit** van bestaande hr-processen wordt uitgevoerd (o.a. classificatie van categorieën persoonsgegevens, wettelijke check van rechtsgrond tot verantwoording van de verwerkingen, enz.), op basis waarvan het **verwerkingsregister** wordt opgemaakt met alle informatie over de verwerkingen van hr-persoonsgegevens. Bij elk nieuw hr-proces moet telkens worden nagegaan of het verwerkingsregister moet worden aangevuld of geactualiseerd.

1.2 Informatie van personeel

Werknemers in de ruime zin van het woord, dus ook sollicitanten, zelfstandige medewerkers, studenten, ... moeten voldoende **geïnformeerd** zijn over de verwerking van hun persoonsgegevens en over hun rechten op dat vlak. Denk aan onder meer het recht tot inzage en het recht tot verbetering. Het informeren van

¹ Deze bijdrage werd afgesloten op 14 september 2021.

werknemers gebeurt het best in een **data protection notice**, die bij voorkeur te consulteren is via bv. het intranet, en telkens kan worden aangevuld als dat nodig is. De informatie moet gebeuren in lijn met de taalwetgeving in hr (Nederlands in Vlaanderen, Frans in Wallonië en Frans of Nederlands in Brussel).

1.3 Wettelijke grondslag verwerking

De verwerking van persoonsgegevens voor hr-doeleinden wordt best zo veel mogelijk gebaseerd op andere wettelijke rechtsgronden dan de toestemming van de werknemer. Er kan vaak een beroep worden gedaan op de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, de wettelijke verplichtingen of het legitiem belang van de werkgever. Toestemming als wettelijke rechtsgrond voor verwerking in hr-processen wordt best gezien als een zeer uitzonderlijke rechtsgrond en beperkt tot de gevallen waar geen enkele andere rechtsgrond mogelijk is (bv. gebruik foto's van werknemers, diversiteitsbeleid).

Naast juridische argumenten zijn er ook pragmatische argumenten om het gebruik van toestemming zo veel mogelijk te vermijden. Want dat laatste is arbeidsintensief en bovendien kan het nut of het belang

van bepaalde hr-projecten serieus kelderen als door het weigeren of het intrekken van de toestemming door sommige werknemers blijkt dat het project niet kan worden toegepast op het voltallige personeel. Toestemming van de werknemer kan evenwel nuttig zijn vanuit het transparantiebeginsel, maar dan uitsluitend omdat de werkgever aan de hand van de toestemming (of nog beter kennisname) kan bewijzen dat de werknemer wel degelijk is geïnformeerd over de gegevensverwerking (*informed consent*).

1.4 Doorgifte persoonsgegevens

Zeker ondernemingen die tot internationale groepen behoren, geven voor allerlei hr-doeleinden vaak persoonsgegevens van werknemers door buiten de landsgrenzen. Als dat binnen de EU gebeurt, is dat geen probleem. Worden persoonsgegevens echter doorgegeven buiten de EU, dan moet ervoor gezorgd worden dat de regels van doorgifte worden nageleefd.

1.5 Samenwerking met hr-dienstverleners

Met hr-dienstverleners zoals een sociaal secretariaat, een groepsverzekeraar, een rekruteringsbureau, een externe dienst voor preventie en bescherming op het

werk, moeten duidelijke **contractuele afspraken** worden gemaakt. In geval van verwerkers, zoals een sociaal secretariaat, gaat het over een aparte verwerkersovereenkomst. De werkgever moet ook processen hebben die hem toelaten te bewijzen dat de effectieve verwerkingsactiviteiten door de hr-dienstverlener van tijd tot tijd worden opgevolgd en gecontroleerd.

1.6 Nodige resources

De werkgever moet ervoor zorgen dat de **nodige middelen en personeel** – zeker een contactpersoon en eventueel een *Data Protection Officer* (DPO) – beschikbaar zijn om tegemoet te kunnen komen aan de wensen van werknemers die hun rechten wensen uit te oefenen en om te handelen in geval van een datalek of een andere inbreuk op de gegevensbescherming.

1.7 Sensibilisering en opleiding

Het is aan te raden dat alle werknemers, en in het bijzonder zij die persoonsgegevens van anderen verwerken, **gesensibiliseerd** worden en **opleidingen** krijgen over het belang van een correcte gegevensbescherming.

1.8 Voldoende processen

Werknemers hebben de mogelijkheid om hun rechten op grond van de GDPR uit te oefenen. Werkgevers moeten ervoor zorgen dat ze **adequaate en tijdig kunnen antwoorden** wanneer werknemers hun **inzagerechten uitoefenen**. Daarnaast moeten voldoende **organisatorische en IT-technische maatregelen** worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens van werknemers zo goed mogelijk worden beschermd.

1.9 Betrokkenheid van overlegorganen

Op basis van de GDPR geldt er **geen informatie- en consultatieverplichting** tegenover overlegorganen zoals de ondernemingsraad of het comité voor preventie en bescherming.

Mogelijks kunnen de overlegorganen wel betrokken worden bij de verwerking van persoonsgegevens van werknemers op basis van een andere regelgeving. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer het gaat om de installatie van camera's (cao nr. 68) of wanneer er sprake is van een maatregel die de arbeidsorganisatie of arbeidsvoorwaarden wijzigt, of

van de invoering van een nieuwe technologie met belangrijke gevolgen voor de arbeidsvoorwaarden bv. de invoering van een nieuw kassasysteemsoftware die aanleiding geeft tot aanpassing van de werkverdeling of arbeidsduurregeling van de werknemers (cao nr. 39). In elk geval blijft de betrokkenheid van de overlegorganen beperkt tot een **informatie- en consultatieverplichting** en kan het overlegorgaan geen beslissing van de werkgever blokkeren die een verwerking van persoonsgegevens van werknemers als gevolg heeft.

2. Opvolging beslissingen geschillenkamer

2.1 Wie is de Geschillenkamer en wat doet zij?

Hr-managers en hr-legal professionals kennen allemaal de arbeidsrechtbanken en -hoven, maar zijn misschien minder vertrouwd met de Geschillenkamer.

De Geschillenkamer is één van de zes organen van de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA), de vroegere Privacycommissie². Als administratief geschillenorgaan van de GBA behandelt de Geschillenkamer klachten en neemt zij beslissingen. Buiten de gekende

administratieve geldboetes van de GDPR beschikt de Geschillenkamer over een waaier van mogelijkheden en kan zij zowel repressief als curatief te werk gaan. De Geschillenkamer is een bestuurlijke overheid en geen rechtbank, ook al doet de procedure binnen de Geschillenkamer wel enigszins denken aan een procedure voor een rechtbank.

Tegen de beslissingen van de Geschillenkamer kan binnen de dertig dagen beroep worden ingesteld bij het Marktenhof. Het Marktenhof is een specifieke afdeling binnen het Hof van Beroep te Brussel, en al langer bevoegd voor (vaak zeer juridisch-technische) rechtszaken tegen marktregulators zoals de FSMA, de CREG, de NBB of het BIPT.

Het aantal beslissingen van de Geschillenkamer gaat in stijgende lijn: in 2019 waren het er 17, in 2020 82 en in september 2021 stond de teller al op 94. Sommige van deze beslissingen zijn genomen in een arbeidsrechtelijke context en daarom relevant voor het arbeidsrecht en hr. Hieronder lichten we een aantal van die beslissingen toe. Zoals eerder aangehaald, beperken

² De andere vijf organen zijn het directiecomité, het algemeen secretariaat, de eerstelijnsdienst, de inspectiedienst en het kenniscentrum.

we ons tot de beslissingen die een impact hebben bij of naar aanleiding van het ontslag van werknemers.

2.2 Beslissingen Geschillenkamer met impact op ontslag werknemers

2.2.1 Mededeling ontslag werknemer aan personeel: Geschillenkamer 63/2021 van 1 juni 2021

Twee ex-werknemers van een woonzorgcentrum formuleren een klacht omtrent de communicatie over hun ontslag en de omstandigheden daarvan (twee e-mails) die de werkgever zou gestuurd hebben naar de andere werknemers.

De Geschillenkamer stelt eerst dat de communicatie van de werkgever over het ontslag van een werknemer een verwerking van de persoonsgegevens is die kadert binnen de beëindiging van de arbeidsverhouding. De beëindiging maakt deel uit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, die als wettelijke grondslag geldt (artikel 6.1 b) GDPR).

De kamer oordeelt dat het passend is om in het kader van het personeelsbeleid de medewerkers te informeren over het loutere feit dat een einde werd gesteld aan de

overeenkomst met een werknemer, gelet op de impact op de dagelijkse organisatie. Maar het is volgens de kamer niet passend als de communicatie verder gaat en vermeldt dat de beslissing tot stopzetting van de samenwerking werd genomen na drie schriftelijke verwittigingen en bijsturingsgesprekken.

De werkgever krijgt een berisping.

Tip voor hr

Een werkgever kan wel degelijk zijn personeel informeren over het ontslag van een andere werknemer. Mondelinge communicatie is geen enkel probleem (want valt niet onder de GDPR), maar een werkgever mag ook schriftelijk communiceren over het ontslag van een werknemer.

De exit-communicatie moet wel beperkt zijn tot wat strikt noodzakelijk is voor een passend hr-beleid. Dat betekent dat enkel kan worden gecommuniceerd over het feit dat er een ontslag is geweest en dat de werknemer vanaf een bepaalde datum geen deel meer uitmaakt van het personeel. De redenen en de omstandigheden van het ontslag mogen daarentegen niet worden vermeld: dat het ontslag plaatsvindt na verwittigingen en bijsturingsgesprekken is niet relevant voor derden en mag dus niet worden meegedeeld.

2.2.2 Beheer van informatie op company website/ sociale media: Geschillenkamer 62/2021 van 26 mei 2021

Een ex-werknemer stelt vast dat een drietal maanden na zijn ontslag nog steeds melding wordt gemaakt van bepaalde persoonsgegevens (identiteit en functie) op de website van de werkgever en dat hij ook nog zichtbaar is op een groepsfoto op sociale media van de werkgever. Omdat hij geen gehoor krijgt bij zijn ex-werkgever om deze persoonsgegevens te verwijderen, dient hij een klacht in bij de GBA.

De Geschillenkamer oordeelt dat van zodra er sprake is van een einde van de arbeidsovereenkomst, er geen enkele reden meer is om de persoonsgegevens van de werknemer nog te behouden op de website en sociale media. Dat heeft als gevolg dat een werkgever de persoonsgegevens van de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst automatisch en spontaan moet verwijderen van zijn website en van sociale media. Een termijn van één maand maximum is daarvoor adequaat.

De Geschillenkamer wijst er wel op dat wanneer de verwijdering van de gegevens niet automatisch gebeurt, maar na een vraag tot gegevenswissing door de betrokkene, de werkgever moet zorgen voor het wissen van de gegevens zonder onredelijke vertraging. Dat kan anders zijn voor een kmo die niet beschikt over een eigen internetbeheerder, dan voor een grotere onderneming die dat wel heeft. Ook de functie van de werknemer kan daarbij een impact hebben. Maar in elk geval neemt de Geschillenkamer ook hier de termijn van één maand maximum als redelijk aan, toch minstens om binnen die termijn de instructie te geven om de gegevens te wissen of aan te duiden dat de wissing zal gebeuren ten laatste op een nabijgelegen datum.

De werkgever krijgt een waarschuwing.

Tip voor hr

Werkgevers moeten uit eigen beweging en zo snel als mogelijk (i.e. maximaal één maand na het ontslag van een werknemer) de persoonsgegevens (identiteit, functie en foto) van een werknemer die niet meer in de onderneming werkt verwijderen van de bedrijfswebsite en sociale media. Ook intern moet deze informatie natuurlijk verwijderd worden. Ondernemingen moeten ervoor zorgen dat er (automatische) processen zijn die verzekeren dat dit correct en tijdig wordt opgevolgd.

2.2.3 Beheer van e-mailaccount/elektronische post: Geschillenkamer 64/2020 van 29 september 2020

Een ex-ceo van een familiaal bedrijf merkt op dat zijn e-mailaccount nog steeds actief is meer dan twee jaar na de beëindiging van zijn dienstbetrekking en mandaat. Hij richt zich tot zijn vroegere werkgever en vraagt om deze account af te sluiten. Omdat reactie uitblijft, legt de ex-ceo een klacht neer bij de GBA. Er volgt een bemiddelingspoging die mislukt en een onderzoek door de Inspectiedienst. Naar aanleiding van het rapport van de Inspectiedienst gaat de werkgever over tot het sluiten van de e-mailaccount.

De Geschillenkamer stelt dat de e-mailaccount moet worden geblokkeerd ten laatste op de dag van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Voor het ontslag moeten de werknemers voldoende op de hoogte zijn van de relevante regels over het afsluiten van de e-mailaccount op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsrelatie: de hypothese van ontslagname, ontslag en elke andere vorm van beëindiging van activiteiten en hun respectieve

gevolgen moeten geregeld worden. De mogelijkheid moet worden gegeven aan de werknemer om eventuele private berichten in de professionele e-mailaccount te verwijderen of door te sturen naar een persoonlijke account. Anderzijds kan de werkgever een deel van de inhoud van de mailbox recupereren voor het verzekeren van de continuïteit van de onderneming. Gebeurt dat in een conflictsituatie, dan is de aanwezigheid van een vertrouwenspersoon aan te raden.

Een automatisch antwoord moet worden geactiveerd, waarin wordt meegedeeld dat de werknemer niet langer werkt voor de werkgever en waarin de contactgegevens van de nieuwe contactpersoon worden meegegeven. De Geschillenkamer oordeelt dat een automatisch antwoord verkiesbaar is boven een eenvoudige forward van de e-mail naar een derde persoon, omdat verzenders in dat geval niet (noodzakelijk) geïnformeerd zijn en de nieuwe ontvanger mogelijkerwijze kennis neemt van potentieel gevoelige informatie, zonder dat de verzender daarvan op de hoogte is.

Na het ontslag kan de werkgever zich beroepen op zijn gerechtvaardigd belang (artikel 6.1 f) GDPR) om

het automatisch antwoord te behouden gedurende een beperkte tijd, a priori één maand en mogelijk verlengbaar tot drie maanden voor zover de context en, in het bijzonder, de mate van verantwoordelijkheid uitgeoefend door de betrokken werknemer dat verantwoordt en voor zover de betrokken werknemer daarover werd geïnformeerd.

De Geschillenkamer legt een berisping op, een administratieve geldboete gelijk aan 15.000 euro en een bevel om de verwerking in regel te brengen door een beleid op te stellen over het sluiten van elektronische post in geval van een exit van een medewerker (werknemer, bestuurder of andere functie). Dat document moet worden bezorgd aan de GBA binnen een termijn van drie maanden na de betekening van de beslissing.

Tip voor hr

Deze beslissing van de Geschillenkamer heeft wellicht de meest onmiddellijk tastbare impact voor hr. De Geschillenkamer oordeelt immers dat de opmaak van een IT-beleid of IT-policy deel uitmaakt van de effectieve uitvoering van de GDPR-verplichtingen als werkgever, reden waarom de Geschillenkamer als sanctie oplegt dat de verwerking in regel moet worden gebracht.

Werkgevers worden door deze beslissing niet alleen verplicht om ervoor te zorgen dat e-mailaccounts worden afgesloten bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar zullen ook moeten kunnen aantonen dat ze over een adequaat hr-document beschikken.

Dat document kan de vorm aannemen van een bijlage bij de arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement, maar ook van een minder formalistische policy of instructies. Bij de opmaak van een IT-policy is het aan te raden om niet alleen regels rond het afsluiten van een e-mailaccount vast te leggen. Ook bepalingen rond gebruik van IT-apparatuur (uitsluitend professioneel of ook (beperkt) privé), rechten en plichten van werknemers daarover, (modaliteiten van) monitoring door de werkgever en regels bij (langdurige) afwezigheid verdienen evenzeer hun plaats.

2.2.4 Recht op inzage in persoonsgegevens: Geschillenkamer 70/2020 van 27 oktober 2020

Op basis van de GDPR heeft een werknemer het recht om van de werkgever te vernemen welke persoonsgegevens van hem/haar worden verwerkt en om inzage te krijgen in die persoonsgegevens en daarover bepaalde informatie te ontvangen. De werkgever is verplicht te antwoorden of te motiveren

waarom hij niet ingaat op het verzoek tot inzagerecht en op de vraag een kopie te bezorgen van de persoonsgegevens die worden verwerkt, in principe binnen één maand na de ontvangst van het verzoek.

Het inzagerecht is beperkt. Het recht om een kopie te krijgen, mag bijvoorbeeld geen afbreuk doen aan de rechten en vrijheden van anderen.

In de beslissing 70/2020 geeft een werkgever geen gevolg aan het verzoek van een werknemer die inzage wil in haar personeelsdossier, meer bepaald in de evaluatiedocumenten die deel uitmaken van haar dossier. De werknemer dient een klacht in bij de GBA omdat ze meent dat de werkgever geen nuttig gevolg heeft gegeven aan haar verzoek.

De Geschillenkamer stelt eerst en vooral dat werknemers het recht hebben op inzage in de persoonsgegevens die verwerkt worden door hun werkgever. Het feit dat een werkgever eerst de persoonsgegevens van andere betrokkenen moet verwijderen of anonimiseren, kan geen reden zijn voor het niet (tijdig) gevolg geven aan een verzoek tot inzage door een werknemer.

De Geschillenkamer beveelt de werkgever om inzage te verlenen in het personeelsdossier van de werknemer, met inbegrip van de evaluatiedocumenten, binnen de termijn van 14 dagen te rekenen vanaf de kennisgeving van de beslissing. Ze beveelt ook om de kamer binnen dezelfde termijn op de hoogte te stellen.

Tip voor hr

Een werkgever is niet verplicht om een kopie te geven van het volledige personeelsdossier of toegang tot alle files of systemen van de werkgever, maar moet wel een overzicht geven van de persoonsgegevens die hij van de werknemer verwerkt. Dat is relatief eenvoudig voor objectieve persoonsgegevens (zoals adres, bankrekeningnummer, contactgegevens, enz.), maar veel moeilijker of tijdrovender voor subjectieve persoonsgegevens zoals evaluatiegegevens. In dat geval wordt daarom vaak beslist om toch een kopie van het document te geven.

Het feit dat een document persoonsgegevens bevat van derden (bv. commentaar van een leidinggevende of hr-manager in een functionerings- of evaluatiedocument) en de doorgifte van dat document daarom een schending zou kunnen uitmaken van hun privacyrecht, is geen argument om het inzagerecht van een werknemer te weigeren. Om een datalek te vermijden, moeten daarom eerst de persoonsgegevens van derden worden verwijderd of geanonimiseerd vooraleer een kopie te geven aan de werknemer.

2.2.5 Recht op inzage in persoonsgegevens: Geschillenkamer 15/2021 van 9 februari 2021

Een beschermde werknemer (personeelsafgevaardigde) oefent zijn inzagerecht uit en vraagt een kopie van al zijn persoonsgegevens. Meer in het bijzonder vraagt de werknemer inzage in en kopie van alle evaluaties die op hem betrekking hebben, elke foto waarop hij herkenbaar is, kopie van alle e-mails in zijn mailbox, elke nota of commentaar die deel uitmaakt van zijn personeelsdossier en alle IT-logs. De werkgever geeft

daarop een antwoord, maar dat vindt de werknemer in kwestie onvoldoende, waarop hij een klacht neerlegt bij de GBA.

De Geschillenkamer herinnert eraan dat het inzagerecht een van de belangrijkste aspecten is van het gegevensbeschermingsrecht. Het inzagerecht is de *“toegangspoort”* tot andere rechten, zoals het recht tot verbetering, enz. De beslissing bevestigt dat het inzagerecht niet geweigerd kan worden

wegens schending van het privacyrecht van derden. Oplossing is wel het anonimiseren of verwijderen van die informatie.

De Geschillenkamer wijst erop dat de werkgever de noodzakelijke interne processen moet ontwikkelen die ervoor zorgen dat betrokkenen, zoals werknemers, hun rechten naar behoren kunnen uitoefenen. Dat betekent dat de GDPR-waarborgen moeten worden toegepast op alle schriftelijke nota's door een werkgever over zijn werknemers (bv. identiteit werknemer, carrièreplanning, opleiding, evaluatie), hetgeen op zijn beurt betekent dat de werkgever hiervoor intern adequate procedures in het hr-beleid moet hebben. De Geschillenkamer geeft als voorbeeld de plaatsen of velden waar commentaar in het kader van de evaluatie van werknemers wordt gegeven. De informatie die daar wordt verwerkt, moet objectief, pertinent, adequaat en niet-excessief zijn. Dit kan bijvoorbeeld gefaciliteerd worden door gebruik te maken van een drop-downmenu of sleutelwoorden. De auteurs van deze informatie moeten er ook aan denken dat werknemers te allen tijde toegang hebben tot de informatie die op hen betrekking heeft.

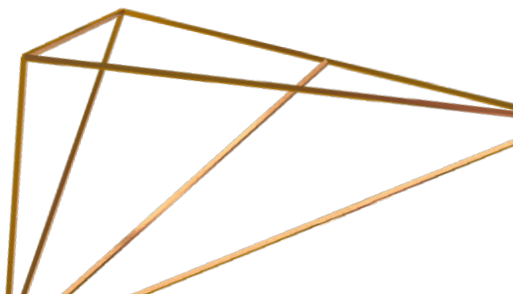
Meer specifiek ten aanzien van de verschillende soorten persoonsgegevens oordeelt de Geschillenkamer het volgende:

- Ten aanzien van de inzage van **alle IT-logs** oordeelt de Geschillenkamer dat de werkgever kan weigeren als dat leidt tot een disproportionele last (gelet op de hoeveelheid aan logs en de te verifiëren informatie), zeker wanneer de werknemer zijn inzagerecht uitoefent zonder enige uitleg over welk belang hij zou hebben bij het inzien van alle logs.
- Ten aanzien van de kopie van **alle e-mails** (verzender of bestemming) oordeelt de Geschillenkamer dat de werkgever kan weigeren als er gevaar is voor het bedrijfsgeheim, wat *in casu* het geval werd geacht: de werknemer had immers kennis van cliënten, facturen, bedragen van bestellingen en de Geschillenkamer had ook vastgesteld dat de werknemer voordien al informatie gepost had op een private blog vooraleer de werkgever zelf deze informatie publiek had gemaakt. Andere argumenten, zoals het privacyrecht van derden en het feit dat de werknemer toegang had tot zijn e-mails op het ogenblik van de uitoefening van zijn inzagerecht, worden niet weerhouden.

- Ten aanzien van de **foto's** stelt de Kamer vast dat de aanvraag van de werknemer op dit punt onvoldoende duidelijk is. De Geschillenkamer oordeelt dat toestemming van werknemers als wettelijke grond noodzakelijk is voor foto's waarop werknemers herkenbaar zijn, niet voor foto's waarop dat niet het geval is. De Geschillenkamer stelt vast dat werknemers die wensen dat bepaalde foto's niet op het intranet verschijnen, de mogelijkheid hebben om de zogenaamde *Data Protection Representative* te contacteren, zodat die laatste de foto's kan verwijderen. Omdat de werknemer geen bewijs levert van het bestaan van foto's waarop hij is afgebeeld en evenmin dat er foto's genomen zouden zijn tijdens evenementen georganiseerd door de werkgever, beslist de Geschillenkamer dat er geen inbreuk kan worden vastgesteld op het portretrecht, waarop de werknemer zich beroept.

Er wordt geen boete opgelegd. De Geschillenkamer stelt vast dat er geen bevel kan worden gegeven om inzage te geven in de commentaren van het personeelsdossier, aangezien de werkgever deze klaarblijkelijk heeft verwijderd na de uitoefening van zijn recht op inzage. Wel moet de werkgever binnen de

dertig dagen na betekening van de beslissing op eer aan de Geschillenkamer verklaren dat dit inderdaad zo is. Tot slot beveelt de Geschillenkamer de werkgever om de verwerking over de commentaren in het personeelsdossier in lijn te brengen met artikel 15 van de GDPR.



Tip voor hr

Werkgevers moeten ervoor zorgen dat ze adequaat en tijdig kunnen antwoorden wanneer werknemers hun inzagerechten uitoefenen.

Het is daarbij alvast aan te raden dat werkgevers een duidelijk beeld hebben van waar de persoonsgegevens zijn opgeslagen en die opslagplaatsen (online bestanden, mailboxen, programma's, papieren dossiers) zo veel mogelijk beperken en/of stroomlijnen. Het verwerkingsregister is een ideale tool om dat in kaart te brengen.

In de praktijk wordt vastgesteld dat werknemers gebruikmaken van dit inzagerecht, vooral om inzage te verkrijgen in (delen van) het personeelsdossier, evaluatiedocumenten, e-mails, enz. Vaak zal de uitoefening van een inzagerecht gebeuren door een ex-werknemer of in het kader van een geschil of discussie. Niet op elk verzoek tot inzage moet echter worden ingegaan: er zijn verschillende argumenten om een inzagerecht te weigeren, zoals bedrijfsgeheimen of een disproportionele last. Het privacyrecht van derden zal daarentegen geen valabel argument zijn: anonimiseren of wissen van de relevante persoonsgegevens is wel de correcte werkwijze.

Werkgevers denken ook best goed na hoe de verwerking van persoonsgegevens in personeelsdocumenten wordt geminimaliseerd tot wat strikt noodzakelijk is. Dat is zeker het geval bij eerder subjectieve documenten, zoals evaluatie- of functioneringsverslagen. Sensibilisering van betrokken hr-medewerkers bij het aanmaken van dergelijke documenten is cruciaal (bv. vermijden gebruik vrije velden, geen subjectieve of discriminatoire bewoordingen, enz.).

Het nemen van foto's waarop werknemers herkenbaar voorkomen (dus geen sfeerfoto's of groepfoto's waarop iemand toevallig staat) en het hergebruiken van die foto's kan enkel met toestemming van de werknemer. De Geschillenkamer lijkt wel een flexibele houding aan te nemen ten aanzien van de concretisering van deze toestemming. In de praktijk kan o.i. gebruik worden gemaakt van één globale toestemming voor de verwerking van foto's/beelden voor verschillende doeleinden (bv. intranet, gebruik op internet) en is het niet nodig om voor elke afzonderlijke foto een akkoord te vragen.

Besluit

GDPR is en blijft *work in progress*.

Zelfs werkgevers die compliant zijn met de basisverplichtingen onder de GDPR (zie hierboven 1), doen er goed aan om in het algemeen alles rond gegevensbescherming op te blijven volgen en in het bijzonder de nodige aandacht te besteden aan de beslissingen van de Geschillenkamer (zie hierboven 2). De Geschillenkamer interpreteert immers niet alleen de wetgeving rond gegevensbescherming (GDPR en nationale wetgeving), maar geeft ook een praktische invulling aan de eerder algemene principes van de wetgeving. Dat kan er in de praktijk toe leiden dat werkgevers hun hr-praktijken moeten toetsen aan de beslissingen, hr-documenten (bv. IT-policy) moeten opstellen en waar nodig, hr-processen moeten wijzigen of uitrollen.

Wij volgen vanzelfsprekend de beslissingen van de Geschillenkamer op en informeren onze cliënten via e-zines of (online) seminars.



Isabel Plets

Counsel

T +32 (0)2 787 90 83

E isabel.plets@lydian.be



Nieuwe B2B-bepalingen inzake onrechtmatige bedingen: impact op de verzekeringssector

Op 1 december 2020 zijn de nieuwe bepalingen inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen in werking getreden. Hoewel de regels in principe niet gelden voor financiële diensten, moeten ondernemingen uit de verzekeringssector er wel rekening mee houden.

De nieuwe bepalingen werden ingevoerd door de zgn. B2B-wet van 4 april 2019. De artikelen VI.91/1 tot en met VI.91/10 zijn opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (WER) onder de nieuwe Titel 3/1 'Overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen'.

Deze artikelen voeren in de B2B-context volgende bepalingen in:

- een transparantie- en interpretatieregel (artikel VI.91/2 WER);
- een algemene toetsingsnorm inzake onrechtmatige bedingen (artikel VI.91/3 WER);
- een zwarte en grijze lijst van onrechtmatige bedingen (artikel VI.91/4-5 WER);
- een verbodsbepaling voor onrechtmatige bedingen en bijhorende nietigheidssanctie (artikel VI.91/6 WER).

hierna samen aangeduid als 'regels inzake onrechtmatige bedingen'.

Zoals inmiddels welbekend en -becommentarieerd, zijn deze regels inzake onrechtmatige bedingen in principe niet van toepassing op financiële diensten. Een financiële dienst in het kader van het WER is *'iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen'* en omvat dus ook verzekeringsovereenkomsten.

Toch betekent deze uitzondering voor financiële diensten geenszins dat ondernemingen uit de verzekeringssector de regels inzake onrechtmatige bedingen naast zich neer kunnen leggen.

De uitzondering geldt ten eerste enkel voor financiële *diensten* en niet voor financiële *instellingen* of *tussenpersonen*, zoals (her)verzekeringsondernemingen, makelaars of gevolmachtigde onder-schrijvers.

Ten tweede geeft artikel VI.91/1 WER de Koning de bevoegdheid om, na advies van de FSMA en de Nationale Bank, bepaalde bepalingen van de nieuwe

Titel 3/1 WER van toepassing te verklaren op de financiële diensten die hij bepaalt.

In de parlementaire voorbereiding wordt verduidelijkt dat het niet de bedoeling is om *'deze sector duidelijk en eenvoudig uit te sluiten van het verbod van onrechtmatige bedingen'*, maar wel om *'rekening te houden met haar specificiteit'*, *'teneinde zich ervan te verzekeren dat de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen geen afbreuk doen aan de eigenheid van het financiële recht'*. Op basis van deze toelichting kan aangenomen worden dat het toch de bedoeling is geweest van de wetgever om de nieuwe regels inzake onrechtmatige bedingen ook (beperkt) toe te passen op (bepaalde) financiële diensten.

In dat opzicht zouden de huidige regels gezien kunnen worden als een soort minimumnorm die mogelijk in de toekomst (bij KB) wordt uitgebreid tot financiële diensten, zij het met oog voor de bijzondere wetgeving die daarvoor reeds geldt. Ondernemingen uit de financiële sector zijn immers nu reeds onderworpen aan specifieke en stringente wetgeving, niet alleen op het vlak van de contractuele verhoudingen, maar ook inzake (pre)contractuele informatieverplichtingen, vergunningen, reclame, etc.

Met bovenstaande bedenkingen in het achterhoofd, schetsen wij in deze bijdrage de impact van de nieuwe regels *in hun huidige vorm* op de verzekeringssector en de verschillende ondernemingen die daarin actief zijn¹.

We zullen in het bijzonder stilstaan bij het ruime toepassingsgebied van de regeling. Vervolgens zetten we de basisprincipes uiteen van de transparantieregeling, de algemene toetsingsnorm inzake onrechtmatige bedingen, alsook de grijze en zware lijst. We geven daarbij concrete voorbeelden van overeenkomsten die courant gesloten worden door ondernemingen in de verzekeringssector en de mate waarin daarin rekening moet worden gehouden met de nieuwe regeling.

1. Toepassingsgebied van de nieuwe regels

1.1 Van toepassing op ondernemingen ongeacht hun omvang of omzet

Het toepassingsgebied van de regels inzake onrechtmatige bedingen strekt zich uit tot alle ondernemingen in de zin van Boek VI WER. Dit omvat overeenkomstig artikel I.8, 39° *'iedere natuurlijke persoon of*

rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen'.

De regeling geldt dus voor alle ondernemingen die onder deze definitie vallen en dit zonder onderscheid op het vlak van hun omvang, de aard van hun activiteiten of hun omzet. De wetgever heeft er bewust voor gekozen om het toepassingsgebied zeer ruim en algemeen te houden, en dus niet te beperken tot enkel kmo's.

Voor de verzekeringssector betekent dit dus dat de regels inzake onrechtmatige bedingen gelden voor (her)verzekeringsondernemingen, (neven)verzekeringstussenpersonen, klantenaanbrengers, experts, schaderegelaars en alle andere ondernemingen in de zin van Boek VI die actief zijn in de sector, en dit voor de overeenkomsten die zij sluiten met andere ondernemingen in de zin van artikel I.8, 39° WER, behalve wanneer deze overeenkomsten betrekking hebben op financiële diensten, zoals wij hierna bespreken.

1.2 Niet van toepassing op de (her)verzekeringsovereenkomsten...

Het toepassingsgebied van de regels inzake onrechtmatige bedingen omvat *niet* de financiële diensten (*'iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen'* – artikel I.8, 18° WER), en evenmin overheidsopdrachten en de overeenkomsten die eruit voortvloeien.

Dit betekent dat verzekeringsovereenkomsten tussen ondernemingen op dit ogenblik niet onderworpen zijn aan de artikelen VI.91/1-VI.91/10 WER. Hoewel herverzekeringsovereenkomsten niet uitdrukkelijk vermeld worden in de omschrijving 'financiële dienst', moeten we ervan uitgaan dat de wetgever ook de herverzekeringsovereenkomsten buiten de toepassing van de nieuwe regeling heeft willen laten.

Als verantwoording voor de algemene uitzondering voor financiële diensten wordt immers onder meer verwezen naar het *'internationale karakter van financiële transacties'*. De herverzekeringsbusiness heeft bij

¹ We verwijzen naar de uitgebreide bronverwijzingen die zijn opgenomen in S. LODEWIJCKX en T. MEURS, "To b2b or not to b2b: impact op de verzekeringssector van de nieuwe bepalingen inzake onrechtmatige bedingen", *RDC-TBH* 2020, nr. 9, 1083-1099. Onze bijdrage in deze Lunch & Learn editie is een beknopte samenvatting van dit artikel.

uitstek een internationaal karakter, en de verhoudingen tussen de partijen worden gekenmerkt door een zeer grote contractuele vrijheid. De toepassing van de nieuwe regeling inzake onrechtmatige bedingen zou hiermee volkomen in strijd zijn.

Bovendien moet het begrip 'financiële diensten' voldoende ruim worden opgevat, nu het begrip verwijst naar 'iedere dienst op het gebied van verzekering', zodat hieronder ook herverzekeringsovereenkomsten vallen.

Ondernemingen uit de verzekeringssector mogen uiteraard niet uit het oog verliezen dat in artikel 23, §1 van de Wet van 4 april 2014 betreffende Verzekeringen reeds de verplichting is opgenomen dat de algemene, bijzondere en speciale voorwaarden, de verzekeringsovereenkomsten in hun geheel, evenals alle clausules afzonderlijk, in duidelijke en nauwkeurige bewoordingen moeten zijn opgesteld. Ze mogen geen enkele clausule bevatten die een inbreuk vormt op de gelijkwaardigheid van de verbintenissen van de

verzekeraar enerzijds en die van de verzekeringnemer anderzijds.

Daarenboven bevat Deel 4 van diezelfde wet een aanzienlijk aantal, voornamelijk dwingende, bepalingen die de contractuele rechten en verplichtingen van de verzekeringnemer en verzekeraar regelen indien de verzekeringsovereenkomst onderworpen is aan het Belgische recht. Daarbij wordt in principe geen onderscheid gemaakt tussen verzekeringsovereenkomsten gesloten met ondernemingen dan wel met consumenten².

1.3 ... maar wel op andere overeenkomsten binnen de verzekeringssector

Met uitzondering van financiële diensten (en overheidsopdrachten), zijn de regels inzake onrechtmatige bedingen dus van toepassing op alle andere overeenkomsten binnen de verzekeringssector die gesloten, hernieuwd of gewijzigd worden na 1 december 2020³.

De regels zijn van toepassing ongeacht het voorwerp of de aard van de overeenkomst: de bepalingen gelden voor overeenkomsten betreffende (onroerende en roerende) goederen en diensten, zoals verkoop, huur, aanneming, commerciële samenwerking, handelsagentuur, franchising, etc. Wanneer voor een bepaald type overeenkomst al een bijzondere regelgeving geldt voor bepaalde soorten bedingen (zoals bijvoorbeeld de artikelen X.16 en volgende van het Wetboek Economisch Recht inzake handelsagentuurovereenkomsten), zal deze bijzondere regelgeving in principe voorrang krijgen op de regels inzake onrechtmatige bedingen als *lex specialis*.

Specifiek voor de verzekeringssector denken we allereerst aan de overeenkomsten die gesloten worden met externe dienstverleners of leveranciers: bijvoorbeeld IT- of clouddiensten, samenwerkingen met diverse soorten consultants of overeenkomsten met onderhoudstechnici of schoonmaakdiensten.

² Uiteraard gelden er voor bepaalde types van risico's of verzekeringen wel afwijkende, meer beschermende regelingen, die vaak gericht zijn op het beschermen van particulieren en consumenten (bv. eenvoudige risico's, WAM-verzekering of verzekering BA privéleven, etc.).

³ De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de regels niet van toepassing zijn op de overeenkomsten die lopen op 1 december 2020. Wanneer lopende overeenkomsten echter na 1 december 2020 gewijzigd of hernieuwd worden, dient hierbij rekening gehouden te worden met de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen. We wijzen erop dat dit in principe ook zal gelden voor bestaande overeenkomsten die (automatisch) verlengd worden na 1 december 2020, nu in de eerste commentaren een automatische verlenging beschouwd wordt als een hernieuwing of wijziging.

De regels inzake onrechtmatige bedingen gelden ten tweede ook voor overeenkomsten die gesloten worden tussen verzekeringsondernemingen en (neven) verzekeringstussenpersonen of tussen verzekeringsondernemingen onderling, bijvoorbeeld in het kader van de distributie van verzekeringsproducten. Het voorwerp van dergelijke overeenkomsten betreft namelijk geen financiële dienst in de zin van artikel I.8, 18° WER, d.w.z. geen dienst op het gebied van de eigenlijke verzekering van een risico. Ook overeenkomsten met deskundigen of schaderegelaars zullen in beginsel niet buiten het toepassingsgebied vallen.

De vraag stelt zich of de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen ook bedoeld zijn om te gelden voor overeenkomsten inzake portefeuilleoverdracht tussen verzekeringsondernemingen, of bij overeenkomsten inzake fusies en splitsingen in de verzekeringssector. In eerste instantie is er geen specifieke uitzondering of bepaling voorzien in het WER die dergelijke overeenkomsten buiten het toepassingsgebied zouden doen vallen.

Tot slot wijzen we erop dat het toepassingsgebied van de regeling niet beperkt is tot clausules in de algemene

voorwaarden of in toetredingscontracten, maar zich in principe ook uitstrekt tot bedingen waarover individueel onderhandeld is tussen de betrokken ondernemingen.

Voorafgaande onderhandelingen tussen ondernemingen kunnen evenwel een rol spelen bij de uiteindelijke beoordeling van het al dan niet onrechtmatige karakter van een beding in een overeenkomst:

- Ten eerste kunnen de onderhandelingen relevant zijn bij de toetsing aan de algemene norm in artikel VI.91/3 WER, aangezien hierbij alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking worden genomen om de onrechtmatigheid te beoordelen;
- Ten tweede kunnen onderhandelingen tussen de betrokken partijen ook een impact hebben bij de toepassing van de grijze lijst in artikel VI. 91/5 WER. De bedingen op deze grijze lijst worden vermoed onrechtmatig te zijn, maar een onderneming kan het tegenbewijs leveren dat 'gezien de *omstandigheden* en kenmerken van de overeenkomst', het beding geen kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en verplichtingen van de partijen en dus niet onrechtmatig is.

Beide bepalingen worden hierna verder toegelicht.

1.4 Besluit: ruim toepassingsgebied

Uit het voorgaande volgt dat elke onderneming uit de verzekeringssector de nodige aandacht zal moeten besteden aan de nieuwe regels inzake onrechtmatige bedingen, zowel bij het aanvatten van onderhandelingen voor nieuwe overeenkomsten, als bij een review van de reeds bestaande standaard- en modeldocumentatie voor bepaalde overeenkomsten.

Wat dat laatste betreft denken we in het bijzonder aan overeenkomsten inzake verzekeringsdistributie (bv. makelaars- en agentuurovereenkomsten). Voor dergelijke overeenkomsten is er vaak standaarddocumentatie voorhanden die beroepsverenigingen zoals Assuralia, FVF of Feprabel ter beschikking stellen.

In de praktijk wordt deze standaarddocumentatie bijvoorbeeld gebruikt door verzekeringsondernemingen en tussenpersonen als modelovereenkomst voor hun samenwerking inzake distributie. Dat deze documentatie afkomstig is van een beroepsvereniging betekent echter niet dat zij niet zou moeten worden getoetst op haar conformiteit met de nieuwe regeling.

2. Krachtlijnen van de nieuwe regels

2.1 Transparantieregel

Artikel VI.91/2 WER voert allereerst een transparantieplichting in voor de bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen: indien alle of bepaalde bedingen van de overeenkomst schriftelijk zijn, moeten ze krachtens deze bepalingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.

Voor de verzekeringssector wijzen we onder andere op:

- De verplichting in artikel 277, §1 Wet Verzekeringen dat de samenwerking tussen de verzekeringsonderneming, de herverzekeringsonderneming en de nevenverzekeringstussenpersoon, de verzekerings-tussenpersoon of de herverzekeringstussenpersoon, het voorwerp moet uitmaken van een schriftelijke overeenkomst die, in voorkomend geval, regelmatig wordt geactualiseerd;
- De regels inzake uitbesteding door verzekeringsondernemingen (zgn. *outsourcing*), die vereisen dat de uitbesteding vervat zit in een schriftelijke overeenkomst met de dienstverlener.

Een gebrek aan transparantie kan onder meer een invloed hebben op de toetsing van een beding aan artikel VI.91/3 WER (algemene toetsingsnorm), dat voorziet dat voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter rekening wordt gehouden met de in artikel VI.91/2, eerste lid WER bepaalde vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.

In de voorbereidende werken van dit artikel VI.91/2 wordt ook nog eens het belang onderstreept van de daadwerkelijke mogelijkheid tot kennisname door de tegenpartij van de contractvoorwaarden: die tegenpartij moet met kennis van zaken kunnen instemmen met de contractvoorwaarden én deze voorwaarden moeten voldoen aan de vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid.

2.2 Algemene toetsingsnorm inzake onrechtmatige bedingen

2.2.1 Open norm

Krachtens artikel VI.91/3 WER is onrechtmatig, *'elk beding van een overeenkomst gesloten tussen ondernemingen dat, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen'*.

Voor deze beoordeling wordt rekening gehouden met *'alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken (...) en de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft'*.

De beoordeling van het onrechtmatige karakter heeft echter geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren producten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

2.2.2 Voorbeeld uit de verzekeringssector

Artikel VI.91/3 WER bevat dus een open, algemene toetsingsnorm, die relevant kan zijn voor bedingen die een onevenwicht creëren tussen de partijen, maar niet vallen onder de zwarte of grijze lijst. Bij de beoordeling kan onder andere rekening worden gehouden met de geldende handelsgebruiken, al zal het niet voldoende zijn dat er sprake is van een 'algemeen aanvaard handelsgebruik' om zonder meer te besluiten dat een bepaald beding daarom rechtmatig is.

In de verzekeringssector zouden onder andere de modelovereenkomsten inzake verzekeringsdistributie, de principes inzake courtagegebruiken of bepaalde gedragsregels gezien kunnen worden als 'geldende handelsgebruiken', die gebruikt kunnen worden om mee de grens te trekken tussen bedingen die wel of geen onrechtmatig karakter hebben.

We denken daarbij bijvoorbeeld aan een uitdrukkelijk ontbindend beding bij bepaalde wanprestaties: men zou in eerste instantie kunnen stellen dat hiermee een kennelijk onevenwicht gecreëerd wordt tussen de rechten en verplichtingen van de ondernemingen, omdat de sanctie van ontbinding dermate zwaar is.

Anderzijds is in de modelovereenkomst inzake distributie onder andere voorzien in een onmiddellijke eenzijdige beëindiging in geval de tussenpersoon zijn FSMA-registratie verliest. De inhoud van de modelovereenkomst zou dus beschouwd kunnen worden als een 'geldend handelsgebruik' waarmee de rechter rekening dient te houden bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter op grond van artikel VI.91/3WER.

2.3 Zwarte lijst

Artikel VI.91/4 WER bevat een 'zwarte lijst' van vier bedingen in overeenkomsten met ondernemingen die in ieder geval onrechtmatig zijn. Er kan geen tegenbewijs geleverd worden.

Intussen veelbesproken is artikel VI.91/4,3°, dat bepaalt dat onrechtmatig is, het beding dat ertoe strekt *'in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming'*.

De gelijkaardige bepaling in B2C-context (artikel VI.83, 22° WER)⁴ slaat op clausules die de toegang tot de rechter beperken (zgn. eigenrichtingsclausules), maar merkwaardig genoeg verwijst de parlementaire voorbereiding van artikel VI.91/4, 3° naar *'clausules waarbij de andere partij tot arbitrage verplicht wordt, of waar het de andere partij verboden wordt een collectieve vordering in te stellen'*.

De commentaren in de rechtsleer hierop zijn zeer talrijk, aangezien algemeen aangenomen wordt dat een arbitragebeding zeker niet 'elk middel van verhaal' tegen de tegenpartij uitsluit, maar net een alternatieve

wijze van geschillenbeslechting biedt die in de praktijk ook vaak gebruikt wordt tussen ondernemingen, en ook ondernemingen in de verzekeringssector.

Er is op dit ogenblik nog geen rechterlijke uitspraak voorhanden die op grond van artikel VI.91/4, 3° (en de parlementaire voorbereiding ervan) een arbitragebeding in een overeenkomst tussen ondernemingen sanctioneert, maar intussen is enige mate van voorzichtigheid volgens ons toch geboden.

2.4 Grijs lijst

2.4.1 Tegenbewijs mogelijk

Artikel VI.91/5 WER bevat tot slot een 'grijze lijst' van acht bedingen die vermoed worden onrechtmatig te zijn, tenzij het bewijs van het tegendeel kan worden geleverd. Het tegenbewijs kan, met alle bewijsmiddelen, geleverd worden door aan te tonen dat *'gezien de omstandigheden en kenmerken van de overeenkomst, het beding geen kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en verplichtingen van de partijen'*.

De wetgever geeft aan dat moet worden nagegaan welke concrete gevolgen de bedingen voor de partijen

⁴ Wij benadrukken dat de parlementaire voorbereiding van de B2B-wet zich uitdrukkelijk verzet tegen een toepassing per analogie van de principes uit de B2C-context op overeenkomsten tussen ondernemingen.

inhouden. De specifieke aard van het goed of de dienst, van de betrokken sector en van de commerciële gebruiken daarrond, alsook de gehele context en de commerciële relaties spelen een belangrijke rol.

Nog volgens de parlementaire voorbereiding kunnen partijen ook onderhandelen over en 'welbewust kiezen' voor de toepassing van een bepaalde clause in hun overeenkomst in toepassing van hun contractvrijheid, en zo in beginsel het vermoeden van onrechtmatigheid weerleggen.

Algemeen is het dus aan te raden dat ondernemingen die in hun overeenkomst toch een potentieel onrechtmatig beding willen opnemen, verduidelijken dat de opname ervan een bewuste keuze is en aangeven waarom het beding in kwestie noodzakelijk is, bijvoorbeeld door in de preambule van de overeenkomst te verwijzen naar bijzonderheden in hun onderlinge relatie of bepaalde gebruiken of verwachtingen van de toezichthouder in de sector.

2.4.2 Voorbeeld 1: 'redelijke opzegtermijn'

Wat betreft dergelijke verwachtingen van de toezichthouder, wijzen wij met name op artikel VI.91/5, 5° WER dat bepaalt dat vermoedelijk onrechtmatig is, het beding dat ertoe strekt, onverminderd artikel 1184 BW, de partijen te verbinden *zonder opgave van een redelijke opzegtermijn*.

Deze bepaling heeft sowieso veel kritiek geoogst, omdat hiermee schijnbaar afbreuk wordt gedaan aan het basisprincipe dat partijen zich in een overeenkomst van *bepaalde duur* in beginsel verbinden zonder mogelijkheid van voortijdige opzegging.

Het kan bij een bepaalde samenwerking evenwel door beide partijen gewenst zijn dat er in eerste instantie, tijdens een testfase van bepaalde (korte) duur, geen sprake is van een opzegmogelijkheid, waarbij de samenwerking vervolgens geëvalueerd wordt.

We denken bijvoorbeeld aan een samenwerking tussen een verzekeraar en een commerciële partner, waarbij een verzekeringsproduct aangeboden wordt samen

met een ander product of dienst. In zo'n geval doen beide ondernemingen er goed aan om duidelijk en expliciet toe te lichten waarom zij zich beide verbinden zonder een voortijdige opzeg toe te laten en dus geen opzegtermijn voorzien.

In de parlementaire voorbereiding van artikel VI.91/5, 5° WER is voorts opgenomen dat *'bedingen die in de gegeven sector ertoe strekken de partij die opzegt verbonden te laten blijven gedurende een onnodig lange termijn'*, ook onrechtmatig zijn.

Wat betreft de uitbesteding voor verzekeringen heeft de toezichthouder (de Nationale Bank) voor zgn. kritieke uitbesteding⁵ evenwel de specifieke richtlijn uitgevaardigd dat de schriftelijke uitbestedings-overeenkomst een opzegtermijn moet vermelden voor de beëindiging van de uitbestedingsovereenkomst door de dienstverlener, *'die lang genoeg is om de verzekerings- of herverzekeringsonderneming in staat te stellen een alternatieve oplossing te vinden'*.

⁵ Enkele voorbeelden van kritieke of belangrijke functies of activiteiten zijn het ontwerp en de tarifiering van verzekeringsproducten, het sluiten van de overeenkomsten, de belegging van activa en het beheer van de portefeuille, of het voorzien in IT-opslag.

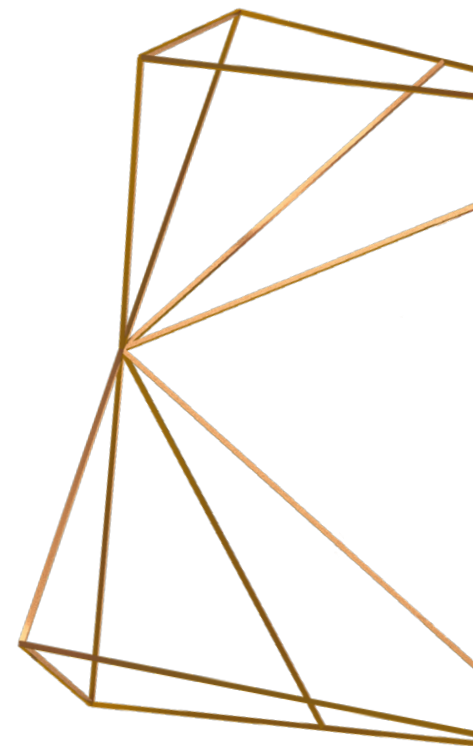
Om discussie over een eventuele strijdigheid met de regels inzake onrechtmatige bedingen te vermijden, kan uitdrukkelijk opgenomen worden dat de beide partijen bewust een lange(re) opzegtermijn willen overeenkomen.

2.4.3 Voorbeeld 2: uitsluiting van aansprakelijkheid voor zware fout

Tot slot brengen wij nog artikel VI.91/5, 6° WER onder de aandacht, dat (vermoed) onrechtmatig acht, het beding dat 'de onderneming ontslaat van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken'.

Deze bepaling introduceert dus het vermoeden dat de contractuele uitsluiting⁶ van aansprakelijkheid voor zware fout onrechtmatig is, terwijl voorheen op basis van het gemeenrecht werd aangenomen dat een dergelijke exoneratione geldig was.

Dit zal ongetwijfeld een belangrijk aandachtspunt zijn voor alle overeenkomsten gesloten door en tussen ondernemingen uit de verzekeringssector, gaande van eerder algemene overeenkomsten gesloten met IT-dienstverleners of onderhoudsdiensten, tot sectorspecifieke distributie- of samenwerkingsovereenkomsten.



⁶ Clausules met betrekking tot de *beperking* van aansprakelijkheid blijven principieel geldig, tenzij ze de toets aan artikel VI.91/5, 4° WER of aan de algemene norm in artikel VI.91/3 WER niet zouden doorstaan.

Besluit

Uit het voorgaande blijkt dat de nieuwe regels inzake onrechtmatige bedingen in hun huidige vorm wel degelijk een grote impact zullen hebben op de verzekeringssector, ondanks de schijnbaar algemene uitzondering voor financiële diensten.

De uitzondering geldt echter enkel voor financiële diensten (waaronder (her)verzekeringsovereenkomsten) en niet voor financiële instellingen. Bovendien moeten ondernemingen uit de verzekeringssector oog blijven hebben voor de mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van (delen van) de regeling bij KB.

Wat betreft de huidige regels inzake onrechtmatige bedingen is het in ieder geval positief dat de parlementaire voorbereiding op een aantal punten probeert rekening te houden met de eigenheid van B2B-verhoudingen, hetgeen blijkt uit de verwijzingen naar de handelsgebruiken in de betrokken sector en naar de toepassing van de contractvrijheid.

Anderzijds vormt de nieuwe regeling op bepaalde vlakken toch een (verregaande) inperking van die vrijheid en van de creativiteit waarvan ondernemingen tot hier toe konden genieten in hun contractuele relaties. Daarbij komt ook dat de nieuwe regeling niet altijd uitblinkt in duidelijkheid, sommige broodnodige toelichtingen wegstopt in de parlementaire voorbereiding in plaats van in de tekst zelf en in die zin veel ruimte voor interpretatie door de rechter laat. Dit komt de rechtszekerheid uiteraard niet ten goede.

Met enig optimisme besluiten wij evenwel dat de verzekeringssector de twee laatste decennia met de ene na de andere (wetgevende) omwenteling geconfronteerd werd (financiële crisis, Solvency II, AssurMiFID, GDPR, IDD, en niet te vergeten COVID-19), en er telkens in geslaagd blijkt de schok op te vangen en vaak zelfs de verandering te omarmen. De nieuwe regeling inzake onrechtmatige bedingen, welke vorm die in de toekomst ook zou aannemen, zal allicht hetzelfde lot ondergaan.





Sandra Lodewijckx

Partner

T +32 (0)2 787 90 33

E sandra.lodewijckx@lydian.be



Tine Meurs

Senior Associate

T +32 (0)2 787 90 16

E tine.meurs@lydian.be



Naar een circulaire bouw- en vastgoedsector in België?

De bouwsector, verantwoordelijk voor een substantieel deel van de totale afvalproductie en uitstoot van broeikasgassen in ons land, wordt door de komst van de circulaire gedachte meer en meer onder druk gezet. De focus op duurzaamheid zal een shift in het traditionele takenpakket en businessmodel van de bouwpartners met zich meebrengen en gevolgen hebben voor iedere vastgoedprofessional. In dit artikel leest u meer over deze circulaire gedachte en over haar (mogelijke) implicaties in de bouw- en vastgoedsector.

Inleiding

Het eerste Europese actieplan voor een circulaire economie betekende in 2015 het startschot voor de lancering van de circulaire gedachte op het Europese continent. Met de Europese Green Deal van 11 december 2019 kwam de focus op energie, **gebouwen**, industrie en mobiliteit te liggen. In 2021 zal een uitgebreide strategie voor een duurzame bebouwde omgeving verder worden uitgerold op basis van een nieuw Europees actieplan. Hierdoor komt de vastgoedsector nog meer in het vizier van de Europese regelgever. Niet

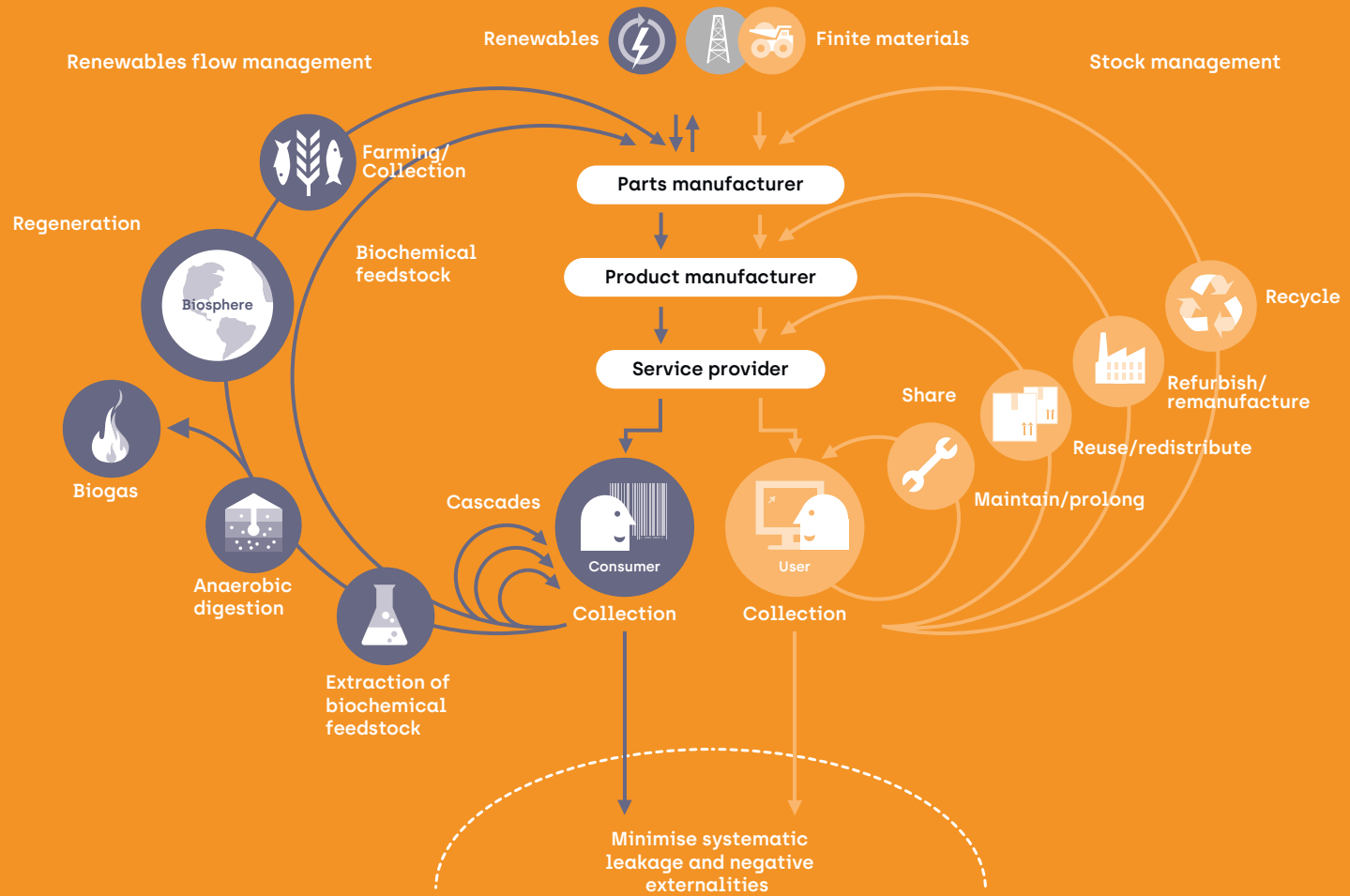
alleen in de private vastgoedpraktijk worden geleidelijk aan meer vastgoedprojecten circulair ingevuld, maar ook de publieke vastgoedsector – voornamelijk in Vlaanderen en Brussel – is een belangrijke motor. Denk bijvoorbeeld aan de recente ontwikkelingen van de Vlaamse Overheid in de Brusselse Noordwijk.

Een circulaire economie wordt door de gerenommeerde Ellen MacArthur Foundation omschreven als *“(...) an industrial system that is **restorative or regenerative** by intention and design. It replaces the ‘end-of-life’ concept with restoration, shifts towards the use of renewable energy, eliminates the use of toxic chemicals, which impair reuse, and aims for the elimination of waste through the superior design of materials, products, systems, and, within this, business models.”* In essentie is een circulaire economie er dus op gericht om producten, hun componenten en grondstoffen zo lang mogelijk in het systeem te laten circuleren en tegelijkertijd de kwaliteit van hun gebruik te waarborgen. Circulaire economie staat daarmee lijnrecht tegenover de lineaire economie, die producten en grondstoffen afdankt op het einde van hun economische levenscyclus.

Van een lineaire naar een circulaire economie

In België en de ons omringende landen bestaat het bouwproces (in een lineaire economie) traditioneel uit een ontwerp- en een uitvoeringsfase. De hieruit voortvloeiende klassieke driehoek opdrachtgever-architect-aannemer scheidt de procesfuncties ‘ontwerp’ en ‘uitvoering’ strikt van elkaar, waardoor er tijdens de ontwerpfase zelden gebruikgemaakt wordt van de uitvoeringsdeskundigheid van de (gespecialiseerde) aannemer of van andere bouwpartners zoals onderhoudsfirma’s, *user experience* managers, technologieleveranciers,... Deze tweespalt is des te problematischer in het kader van een circulair vastgoedproject, waarbij een weldoordacht circulair ontwerp de belangrijkste hoeksteen van het project uitmaakt. Daarvoor is er in het beginstadium van het project per definitie een inter- en multidisciplinaire samenwerking tussen de bouwpartners vereist.

In de ontwerpfase van een product of gebouw kunnen er ten eerste reeds heel wat circulaire strategieën worden gevolgd die de klimaatimpact van het vastgoedproject kunnen beperken. Elk product heeft immers een CO₂-



voetafdruk die deels te wijten is aan de ontginning, de productie en het transport van de grondstoffen die nodig zijn voor de fabricage ervan.

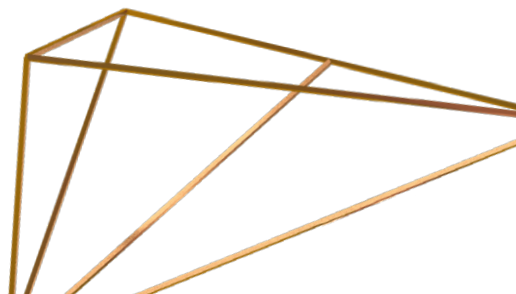
Ten tweede brengt de circulaire benadering van een gebouw een shift in de traditionele taken en rollen van de bouwpartners met zich mee. Zo zullen ontwerpers, zoals architecten en ingenieurs, niet alleen rekening moeten houden met nieuwe ontwerpqualiteiten om aan de circulaire eisen te kunnen voldoen, maar zal hun rol eveneens naar de operationele kant van het gebouw verschuiven. Daarbij zullen zij de bestaande of de nieuwe geplande toestand van een gebouw managen (onderhoud, herstel, verandering) of kunnen zij een belangrijke verbindingsfactor vormen tussen stromen van mensen, ervaringen en materialen in een diensteneconomie, waarbij infrastructuur gedeeld wordt, componenten verhuurd en/of materialen geleased worden. Ook andere bouwpartners, zoals aannemers of afbraakfirma's, zullen innovatieve businessmodellen moeten ontwikkelen. De aandacht zal daarbij gaan naar het recycleren en hergebruiken van bestaande materialen, het verzamelen van kostbare grondstoffen als *urban miner*, het bouwen

met verantwoorde en duurzame materialen. Ook kan de traditionele verhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer van het vastgoedproject wijzigen als gevolg van de transitie van een lineair *take, make and dispose*-model naar een *make, use and return*- of *service providing*-model (dienstenmodel).

Ten derde vergt de circulaire invulling van een vastgoedproject en de verschillende uitdagingen een doorgedreven multidisciplinaire aanpak en dus een geharmoniseerde samenwerking tussen de verschillende bouwpartners en andere schakels in de bouwketen zoals architecten, aannemers, installateurs, producenten, opdrachtgevers, investeerders,... Het lineaire bouwproces met de klassieke driehoek opdrachtgever-aannemer-architect leent zich daarvoor minder goed en bovendien zijn de faalkosten bijzonder groot. Voornamelijk het samenwerken in bouwteam, overgewaaid uit Nederland, kent een snelle opmars in België.

Het ontwerp van het vastgoedproject zal bijvoorbeeld moeten aantonen welke materialen er worden gebruikt (materialenpaspoort), welke alternatieve functies en

bestemmingen mogelijk zijn, welk type van bouwcomponenten aanwezig zijn, hoe bepaalde modules kunnen verplaatst worden, op welke wijze bepaalde gebouwonderdelen moeten onderhouden worden, enzovoort. Voornamelijk deze onderhoudscomponent zal een belangrijkere rol spelen in een circulair vastgoedproject. Om het onderhoud te monitoren is overigens het werken met *building information modelling* (BIM) in de ontwerp- en aanbestedingsfase een uitstekend instrument, bijvoorbeeld om later na te gaan welke materialen of grondstoffen aanwezig zijn, hoe bepaalde componenten of gebouwonderdelen zijn gerealiseerd, enzovoort. De verhoogde samenwerking tussen de bouwpartners zal ook leiden tot nieuwe contractvormen en structuren en dito aansprakelijkheden.



CONCLUSIE

Met de introductie van de Europese Green Deal hebben de Europese beleidsmakers de transitie van een lineaire naar een circulaire economie een versnelling hoger geschakeld. Veel initiatieven op nationaal vlak zullen de komende maanden en jaren het daglicht zien. Het is uitkijken hoe de verschillende economische sectoren, in het bijzonder de bouwsector, hun businessmodellen aan deze nieuwe uitdagingen zullen aanpassen.

Vanuit de juridische praktijk, in het bijzonder het privaats aannemingsrecht, kan nu reeds worden vastgesteld dat de klassieke driehoek in de praktijk steeds meer vervangen wordt door samenwerkingsverbanden (althans in grote en middelgrote bouwprojecten). Door de circulaire bouweisen mag verwacht worden dat de samenwerking in de bouwsector alleen maar zal intensiveren en dat de bestaande rollen en taken van de bouwpartners voor een deel anders zullen worden ingevuld.



Wouter Neven

Partner

T +32 (0)2 787 90 82

E wouter.neven@lydian.be



Dario Petosa

Senior Associate

T +32 (0)2 787 90 82

E dario.petosa@lydian.be



Victor Vanbeylen

Associate

T +32 (0)2 787 91 80

E victor.vanbeylen@lydian.be

Outsourcing: hoe de meest voorkomende blunders vermijden?

Veel bedrijven maken in de huidige economie gebruik van outsourcing. Op die manier kan een onderneming zich volledig toelagen op haar corebusiness. Maar er zijn aan outsourcing ook enkele valkuilen verbonden. In dit artikel lichten wij kort toe hoe een bedrijf de meest voorkomende blunders kan vermijden. Sectorsgebonden restricties behandelen wij niet in dit artikel.

Outsourcing houdt in dat een bedrijf een activiteit of een onderdeel van zijn bedrijfsvoering uitbesteedt aan een andere onderneming of een zelfstandige dienstverlener, bv. HR, boekhouding of IT. In essentie laat dit het bedrijf toe om zich te focussen op zijn kernactiviteit en om randactiviteiten, waarin het niet of minder gespecialiseerd is, over te laten aan een derde partij. Hierdoor kan het bedrijf overbodige kosten drukken, de kwaliteit van zijn dienstverlening verbeteren en sneller en efficiënt werk afleveren.

Een bedrijf kan de beslissing om een deel van zijn activiteiten uit te besteden op elk moment nemen: vanaf de start van de onderneming of pas na enkele jaren. Maar altijd komt het erop aan om bepaalde blunders te vermijden.

Blunder 1

Precontractuele fase niet geregeld

Een eerste blunder bij de organisatie van outsourcing doet zich reeds voor in de precontractuele fase en gaat over het meedelen van informatie bij aanvang van de outsourcing. De dienstverlener dient alle informatie mee te delen waarvan hij weet of redelijkerwijze moet weten dat deze relevant is voor de opdrachtgever en die de opdrachtgever op geen andere wijze kan verkrijgen. De opdrachtgever dient de voor hem relevante informatie mee te delen, waarvan de dienstverlener niet weet of redelijkerwijze niet kan weten dat ze relevant is in het kader van de outsourcing. Of de partijen aan hun informatieverplichting hebben voldaan, wordt afgetoetst aan het *bonus pater familias* criterium op basis waarvan dienstverlener en opdrachtgever elkaar alle informatie moeten meedelen zoals een normaal, voorzichtig en zorgvuldig dienstverlener, respectievelijk opdrachtgever dit in dezelfde omstandigheden zou doen.

Wanneer men bij aanvang van de outsourcing onzorgvuldig of onvoldoende informatie meedeelt aan de andere partij, riskeert men sancties die afhankelijk zijn van de vraag of het contract reeds werd gesloten of niet.

Indien de overeenkomst nog niet werd gesloten, is er sprake van een *culpa in contrahendo*, zijnde een schending van de precontractuele informatieplicht waarbij men geacht wordt niet te goeder trouw onderhandeld te hebben en er een schadevergoeding verschuldigd kan zijn. Om dit risico te matigen, kan men contractueel, bv. in een *Letter of Intent* vooraf reeds overeenkomen hoe verregaand de informatieplicht van elke partij moet zijn.

Indien er reeds een overeenkomst tussen de partijen werd gesloten, zal de benadeelde partij de relatieve nietigheid van de overeenkomst kunnen nastreven indien zij kan aantonen dat zij hetzij (op verschoonbare wijze) gedwaald heeft, hetzij bedrogen werd via kunstgrepen, en de overeenkomst niet zou gesloten hebben mocht zij de niet-meegedeelde of onvolledige informatie wél ontvangen hebben. Daarbij kan men ook een bijkomende schadevergoeding vorderen. De discussie zal niettemin stevast gaan over de vraag in welke mate de niet-meegedeelde, onjuiste of onvolledige informatie essentieel was voor de partij die zich op het wilsgebrek wenst te beroepen, wat niet altijd eenvoudig is. Ook de gemeenrechtelijke vrijwaringsregels zijn van toepassing, maar deze bieden slechts een beperkte bescherming. Ook in

deze hypothese is het interessant te overwegen om de informatieverplichtingen contractueel vast te leggen, denk aan de verklaring *'complete information'* waarbij men bevestigt alle relevante, nuttige en essentiële informatie te hebben meegedeeld omtrent het voorwerp van de outsourcing.

Blunder 2

Transitie bij implementatie

Een andere blunder dient zich mogelijk aan bij de transitie van *as is* naar *to be*. Een aantal aandachtspunten bij de implementatie van outsourcing zijn onder meer: (i) het onderscheid tussen de datum van de overeenkomst en de effectieve datum van inwerkingtreding waarbij alles *up and running* is, (ii) het meedelen van documentatie en informatie, waarbij eveneens de bijstand van de klant noodzakelijk is, (iii) de vraag in welke mate men gebruik zal maken van de infrastructuur, software en hardware dan wel dat deze wordt overgedragen ter uitvoering van de outsourcing.

Klassieke contractbepalingen zoals *'De opdrachtgever verbindt zich ertoe om alle informatie en documentatie ter beschikking te stellen die noodzakelijk is voor de realisatie van de Diensten'* of *'De dienstverlener zal tijdig de opdrachtgever informeren omtrent de informatie*

en documentatie die hij nodig heeft om de Diensten te realiseren' zijn daarbij veelal ontoereikend want onvoldoende precies. Het is van wezenlijk belang dat partijen bij de contractsluiting zeer grondig nadenken over de implementatie van de outsourcing (i.e. de vraag naar de 'hoe').

Blunder 3

Onnauwkeurige omschrijving van de diensten

Verder dienen dienstverlener en opdrachtgever bijzondere aandacht te besteden aan een nauwkeurige omschrijving van de diensten (i.e. de vraag naar de 'wat'). Het is ten eerste aangewezen om steeds voor een volledige, welomschreven opgave en beschrijving van de (te verwachten) diensten te zorgen, eventueel via een *out of scope*-bepaling. De omschrijving van de diensten dient gericht te zijn op het resultaat / de (te verwachten) output. In de praktijk zien wij dat er veelal gewerkt wordt met een algemene definitie in de overeenkomst zelf en dat de verdere uitwerking ervan in een bijlage wordt toegevoegd, al dan niet in de Service Level Agreement.

Een nauwkeurige omschrijving van de diensten is primordiaal. Denk bijvoorbeeld aan *"De dienstverlener*

zal verantwoordelijk zijn voor het bijhouden van de projectdocumenten". Vragen die bij zo'n vage omschrijving rijzen zijn o.m. in welk format en voor welke periode deze documenten dienen te worden bijgehouden. En ook hoe de opdrachtgever toegang kan krijgen tot deze documenten, hoe deze documenten worden beveiligd, enz.

Het is tevens cruciaal dat men als opdrachtgever de diensten niet te limitatief omschrijft. Als opdrachtgever doet men er goed aan om zeker volgende bepaling op te nemen in de overeenkomst: *'Tenzij anders schriftelijk overeengekomen in deze Overeenkomst, zijn in de Diensten inbegrepen alle diensten en handelingen die nuttig of noodzakelijk zijn om de Diensten correct uit te voeren'*. Een clause die evenwel te vermijden is voor de dienstverlener.

Ook belangrijk is het om duidelijk de diensten te kwalificeren als hetzij een middelenverbintenis, hetzij een resultaatsverbintenis. Dit alles om latere discussies te vermijden tot wat men precies gehouden was: hetzij een resultaat zonder meer, hetzij de verplichting om redelijke middelen in te zetten om een resultaat te bereiken.

Blunder 4

Geen regelgeving voor kwaliteitsmeting en impact op de overeenkomst

Vervolgens is het aangewezen om een *Service Level Agreement* op te stellen, waarin niet alleen de diensten nauwkeurig worden omschreven (zie vorige blunder), maar waarin ook wordt bepaald welke diensten volgens een meetbaar performantieniveau zullen worden geleverd en waarbij de (niet-) nakoming van het overeengekomen niveau op een bijzondere wijze positief of negatief in de overeenkomst zal worden behandeld.

Mogelijke alternatieven voor de *Service Level Agreement* zijn een algemene audit, dan wel benchmarking waarbij een welomschreven markt als referentie wordt genomen.

Het serviceniveau moet worden bepaald aan de hand van objectieve en meetbare criteria, zoals onder meer de beschikbaarheid, de interventietijd, de efficiëntie, het rendement, de kwaliteit, de vriendelijkheid. Denk bijvoorbeeld aan een klantendienst die op welbepaalde tijdstippen bereikbaar moet zijn, via telefoon, e-mail, enz. en die binnen een maximale wachttijd moet antwoorden.

Het principe geldt '*If you can't measure it, you can't manage it*'. Er dient steeds een methode te worden gehanteerd in functie van de te meten criteria, bv. technische middelen zoals software, verslagen, surveys ... Daarbij stelt zich de vraag wie verantwoordelijk is voor de metingen en op welke tijdstippen ze dienen te gebeuren.

Maar ook rapportering is belangrijk. Daarbij stelt zich de vraag naar de vorm waarin het rapport dient te worden opgesteld, de mate van detail van het rapport, de identiteit van de rapporteur en wanneer dit dient te gebeuren.

Tot slot dienen de gevolgen van de uitgevoerde metingen te worden bepaald. In geval van niet-nakoming van het gewenste niveau, kan er gedacht worden aan (i) een verbintenis om maatregelen te nemen om het gewenste level te bereiken, alsook (ii) prijscorrecties of kortingen waarbij er opgelet dient te worden met *penalties*-schadevergoeding aangezien overdreven schadebedingen door de rechter gematigd kunnen worden cfr. artikel 1231 van het Burgerlijk Wetboek. In geval van prijscorrecties of kortingen dient er rekening te worden gehouden met de frequentie, de ernst en de impact op de dienstverlening, dienen

er beperkingen – met name minima en maxima – te worden bepaald en dient het verschil tussen een prijsvermindering en een schadebeding duidelijk te zijn. In geval van nakoming van het gewenste niveau kan er eventueel gewerkt worden met een bonussysteem. Als opdrachtgever stipuleert men best dat de sancties automatisch van toepassing zijn zonder noodzaak tot voorafgaande ingebrekestelling.

Blunder 5

Geen specifieke bepaling voor IP

Het is bij outsourcing eveneens belangrijk om de intellectuele eigendom duidelijk te definiëren in de overeenkomst. Zeker wanneer er gewerkt wordt met bestaande IP (doorgaans in het contract *Background* genoemd) moet men zich onder meer de vraag stellen of de dienstverlener een gebruiksrecht heeft op deze intellectuele eigendom van de klant en vice versa, en hoelang in voorkomend geval dit gebruiksrecht geldig is.

Maar men moet ook een regeling vastleggen voor nieuwe IP die zou ontstaan bij de uitvoering van de overeenkomst. Denk daarbij aan software rechten en auteursrechten die bij gebreke van contractuele regeling wettelijk toekomen aan de maker van de

software / het werk, ook al zou de software op nadrukkelijke vraag van de opdrachtgever ontwikkeld worden! Ook moet men voldoende alert zijn dat onder meer alle bekende en onbekende exploitatiewijzen mee worden overgedragen ingeval van een IP-overdracht, zonder exploitatieverplichting en zonder afzonderlijke vergoeding.

Blunder 6

Geen specifieke bepaling voor GDPR

Naargelang de kwalificatie van de partijen (dienstverlener als hetzij (sub)verwerker, hetzij gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke) moeten bepaalde verplichtingen worden nageleefd onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Denk daarbij aan een verwerkingsovereenkomst (conform artikel 28 AVG) waarin een aantal afspraken verplicht moeten worden opgenomen.

Bovendien moet men ook rekening houden met bijzondere regels in geval van een eventuele internationale (i.e. buiten de EER) doorgifte van persoonsgegevens, bv. wanneer men beroep doet op een Amerikaanse IT-dienstverlener.

Het is van groot belang om de GDPR-wetgeving na te leven en de vereiste contractuele regelingen te treffen, omdat de sancties bijzonder zwaar kunnen uitvallen met geldboetes tot 20.000 euro of 4% van de totale wereldwijde jaaromzet.

Blunder 7

Flexibiliteit vergeten

Een andere blunder heeft te maken met het vergeten inbouwen van flexibiliteit in geval van onverwachte moeilijkheden, wijziging in de behoeften van de klant bv. een toename of een afname van de capaciteit, technische of wettelijke evoluties, ingevolge een audit (controle op de naleving van de overeenkomst) of benchmarking (controle op de marktconformiteit). Het probleem dat zich in voormelde situaties stelt, is dat het Belgisch gemeen recht geen antwoord biedt in deze situaties en daardoor een bron van onenigheid vormt. Het is dus ten zeerste aangeraden om contractueel in een oplossing te voorzien voor zulke situaties.

Vooreerst kan de overeenkomst bepalen dat de capaciteit wordt afgestemd op eventuele noodwendigheden van de opdrachtgever. Hiermee kan ingespeeld worden op een wijziging in de behoeften van de opdrachtgever (toename / afname van de capaciteit). Daarbij moet

wel rekening gehouden worden met de B2B-wet die eenzijdige wijzigingsbedingen streng beoordeelt.

Een andere oplossing bestaat erin om een '*change control*'-bepaling in de overeenkomst in te lassen. Deze bepaling legt de te volgen procedure vast bij een eerder beperkte wijziging van de diensten. Denk bijvoorbeeld aan de modaliteiten en vereisten van een schriftelijk wijzigingsverzoek, het onderzoek naar de impact ervan door de dienstverlener, de bespreking van het wijzigingsverzoek en het prijsvoorstel, en de gevolgen indien partijen geen akkoord bereiken over het wijzigingsverzoek (bv. overlegprocedures, aanleiding tot beëindiging van de overeenkomst,...).

Tot slot kan men in een partijbeslissing voorzien, met name het recht van één van de partijen om op grond van een contractuele bepaling ééenzijdig een element van de overeenkomst te bepalen of te wijzigen. Dit principe wordt beheerst door het gemeen recht, met name de wilsautonomie en de uitvoering te goeder trouw. Het toekennen van een eenzijdige bevoegdheid is daarbij in principe geldig, maar de nieuwe B2B-wetgeving, van toepassing op overeenkomsten gesloten sinds 1 december 2020, stelt dat een clause waarbij een onderneming het recht verkrijgt om zonder

geldige reden de prijs, kenmerken of voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen vermoed wordt onrechtmatig en aldus verboden te zijn.

De rechtbank zal steeds *a posteriori* een controle kunnen doen op de genomen partijbeslissing, met dien verstande dat slechts een marginale toetsing mogelijk is. Zo zal de rechtbank nagaan of de genomen beslissing kennelijk onredelijk was en dus niet genomen zou zijn door een normaal en voorzichtig medecontractant, geplaatst in dezelfde omstandigheden.

Een partijbeslissing kan principieel in outsourcing, maar is niet aangewezen voor belangrijke wijzigingen omdat de B2B-wet eenzijdige wijzigingsbedingen streng beoordeelt.

Blunder 8

Einde dienstverleningsovereenkomst – wat nu?

Bij outsourcing gaat het in de regel om overeenkomsten van bepaalde duur, hoewel ook overeenkomsten van onbepaalde duur mogelijk zijn. Outsourcing-overeenkomsten kunnen op verschillende manieren beëindigd worden. Denk daarbij onder meer aan (i) de afloop van de overeenkomst voor bepaalde

duur (overeenkomstig artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek), (ii) het gemeenschappelijk akkoord tussen partijen (overeenkomstig artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek), (iii) de buitengerechtelijke ontbinding wegens een ernstige wanprestatie, (iv) de gerechtelijke ontbinding (overeenkomstig artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek), en (v) het uitdrukkelijk ontbindend beding. In geval van een aanneming van bepaalde duur, kan de overeenkomst bovendien overeenkomstig artikel 1794 van het Burgerlijk Wetboek beëindigd worden door een eenzijdige opzegging door de opdrachtgever, voor zover de kosten, arbeid en gederfde winst worden vergoed.

Verder kan de overeenkomst een einde nemen ten gevolge van het faillissement van een onderneming: hetzij door een beslissing van de curator, hetzij ingevolge een contractuele bepaling die in de automatische beëindiging voorziet ingeval van faillissement.

Indien de outsourcing-overeenkomst eindigt, moet men kijken naar alternatieven om de continuïteit van de uitbestede dienst te garanderen. Men kan daarbij in de eerste plaats denken aan nieuwe onderhandelingen met de dienstverlener, om al dan niet een contract te sluiten tegen andere voorwaarden. Tevens kan men

de uitbestede dienst opnieuw intern laten uitvoeren (insourcen). Tot slot kan de uitbestede dienst ook worden toegewezen aan een nieuwe dienstverlener.

Als tips om de continuïteit van de uitbestede dienst ook in geval van een beëindiging te garanderen, denken wij alvast aan het volgende: (i) voorzie in een opzegtermijn die gelijk is aan de inwerktijd nodig voor een nieuwe dienstverlener, (ii) bepaal dat de dienstverlener na de stopzetting van de diensten nog (betaald) bijstand moet verlenen aan de nieuwe dienstverlener of de interne verantwoordelijkheden (bij insourcing), (iii) beoordeel tijdig de maatregelen / verplichtingen tijdens de 'opzegtermijn' of de maanden voor het einde van de overeenkomst of nog na 'beëindiging wegens ernstige contractuele wanprestatie' (bv. overdracht van personeel, activa, contracten,...), (iv) stel *service manuals* op om de overdracht te faciliteren.

Indien er echter contractueel niets is voorzien rond het einde van de outsourcing, rijst de vraag of de tussenkomst van een rechter in kortgeding mogelijk is om de andere partij te dwingen de overeenkomst verder te zetten. Een kortgedingrechter is bevoegd om maatregelen te bevelen die strekken tot een uitvoering *in natura* van de betreffende overeenkomst, indien

dit nog nuttig is en er nog geen moeilijk te herstellen schade is ontstaan bv. bij beëindiging van een overeenkomst van bepaalde duur, beëindiging op grond van een uitdrukkelijk ontbindend beding of beroep op de exceptie van niet-nakoming in afwachting van een beslissing ten gronde over een gerechtelijke ontbinding. Zonder in te grijpen in de uitvoering van de overeenkomst, is de kortgedingrechter ook bevoegd om *'beperkte maatregelen tot bewaring van recht'* te nemen. Het is duidelijk dat dit geen zwart-wit verhaal is waardoor de mogelijke uitkomst van een kortgedingprocedure voor beide partijen onzeker is. Het is dus ten zeerste aangewezen altijd contractueel in een regeling te voorzien omtrent het einde van de outsourcing.

Blunder 9

Conflict = rechtbank

In het licht van de continuïteit van de diensten, is het steeds van belang om discussies en conflicten te beheersen en zo spoedig mogelijk op te lossen. Overleg is dan ook cruciaal voor het welslagen van outsourcing. Vandaar dat het aangewezen is om overlegorganen binnen een onderneming te organiseren bv. per item of strategisch vs. operationeel etc., de bevoegdheid van deze overlegorganen duidelijk te omschrijven, de

personen aan te wijzen die in deze overlegorganen zullen zetelen, de frequentie en de gelegenheid om *ad hoc* overleg te organiseren te bepalen, en op te leggen dat er verslagen van het overleg worden opgesteld.

Verder kan het nuttig zijn om binnen de onderneming een escalatiemechanisme in te stellen waarbij er in geval van een discussie een cascadesysteem is van niveaus waarop de discussie zal worden behandeld bv. eerst op het niveau van de projectleider, vervolgens de COO en tot slot door de Raad van bestuur / bestuurder.

Een ander mogelijk contractueel mechanisme om discontinuïteit te vermijden kan zijn om de mogelijkheid van het retentierecht uit te sluiten. Zo is het denkbaar dat de opdrachtgever weigert om een bepaalde schuld te voldoen, waarop de dienstverlener een zaak van de opdrachtgever die hij onder zich heeft, niet teruggeeft en dus in retentie houdt. Denk bv. aan de IT-dienstverlener die software heeft opgeleverd die noodzakelijk is voor de diensten van de opdrachtgever, maar waarbij de opdrachtgever betaling weigert voor een andere schuld. Om de continuïteit van de diensten te garanderen, is het dus aangewezen om het retentierecht van de dienstverlener contractueel uit te sluiten.

Tot slot kan de dienstverlener in principe ook zijn diensten opschorten, zolang de opdrachtgever zelf zijn verplichtingen (die opeisbaar zijn) niet nakomt. Denk opnieuw aan de IT-dienstverlener die niet betaald wordt omwille van een discussie omtrent de kwaliteit van een bepaalde prestatie. Om te vermijden dat de dienstverlener de outsourcing onmiddellijk en integraal opschort, kan dus ook dit recht van de dienstverlener contractueel worden uitgesloten.

In geval van een 'onoplosbaar conflict' is het aangewezen om, voor zover mogelijk, het conflict / de conflicten te isoleren (de zogenoemde 'contractuele salami') om het voortbestaan van de volledige overeenkomst niet in het gedrang te brengen.

Tot slot kan men contractueel de wijze van geschillenoplossing overeenkomen bv. een voorafgaande bemiddeling, een derdenbeslissing, arbitrage of via de gewone rechtbanken.

Blunder 10

Terbeschikkingstelling van personeel

Een vaak voorkomende blunder bij outsourcing is dat de opdrachtgever werkgeversgezag uitoefent over het personeel van de dienstverlener. Het is de dienstverlener

namelijk niet toegestaan om zijn personeel ter beschikking te stellen aan de opdrachtgever.

Dit betekent niet dat de opdrachtgever geen enkele vorm van instructies mag geven aan het personeel van de dienstverlener. Instructies inzake welzijn op het werk zijn namelijk wel altijd mogelijk. Daarnaast mag de opdrachtgever ook andere instructies geven op voorwaarde dat deze gedetailleerd zijn omschreven in een overeenkomst tussen de dienstverlener en de opdrachtgever, dat deze instructies het eigenlijke werkgeversgezag van de dienstverlener niet uithollen en dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst overeenstemt met haar bepalingen. De ondernemingsraad (of in geval er geen ondernemingsraad is, het CPBW, of in geval er geen CPBW is, de vakbondsafvaardiging) van de opdrachtgever moet hiervan geïnformeerd worden en dient op verzoek van de secretaris een kopie te ontvangen van de lijst met instructies die de opdrachtgever mag geven.

Indien niet voldaan is aan de bovenstaande voorwaarden, is er sprake van verboden terbeschikkingstelling van het personeel. Zowel de opdrachtgever als de dienstverlener kunnen in dat geval onderworpen

worden aan administratieve sancties tot 4.000 euro en strafsancities tot 8.000 euro, te vermenigvuldigen met het aantal werknemers, maar in ieder geval beperkt tot een maximum van 400.000 euro of 800.000 euro. Ook kan de rechter een exploitatie- of beroepsverbod opleggen en een tijdelijke, volledige of gedeeltelijke bedrijfssluiting. Bovendien wordt er geacht een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur te bestaan tussen de opdrachtgever en het personeel van de dienstverlener, met een mogelijkheid voor de werknemer om op elk moment de arbeidsovereenkomst te beëindigen zonder een opzegtermijn te respecteren en/of een opzegvergoeding te betalen aan de opdrachtgever.

Het is dus aangeraden om bij outsourcing na te gaan of overdracht van gezag over het personeel van de dienstverleners wenselijk is. Indien dit het geval is, dient de keuze voor overdracht van gezag uitdrukkelijk te worden opgenomen in de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de dienstverlener, samen met de regels hieromtrent, en dient de feitelijke uitvoering van de overeenkomst te worden afgestemd op de inhoud van de afspraken in de overeenkomst.

Blunder 11

Afwerving van key-personeel

In principe is het personeel van de opdrachtgever vrij om op ieder moment een zelfstandige activiteit te starten of bij een andere werkgever in dienst te treden, zelfs bij de dienstverlener aan wie u enkele deeltaken hebt geoutsourcet. Indien dit niet wenselijk is, is het aangeraden dit contractueel te beperken. Al moeten bedrijven erover waken het verbod van de dienstverlener om key-personeel af te werven te begrenzen in tijd, ruimte en voor welbepaalde activiteiten. Een onbegrensd verbod op afwerving is in strijd met de principes van vrijheid van onderneming, van mededinging en van arbeid en kan bijgevolg beschouwd worden als rechtsmisbruik waardoor het beding niet afdwingbaar is. Het beding kan dan wel nog gematigd worden door een rechter, op voorwaarde dat de matiging beantwoordt aan de wil van de partijen en de overeenkomst deelbaar is.

Zo kan in de dienstverleningsovereenkomst met de dienstverlener een clausule worden opgenomen waarin het de dienstverlener verboden wordt om personen als zelfstandige medewerker of werknemer in dienst bij uw bedrijf aan te werven, te doen aanwerven of ertoe aan te moedigen om hun tewerkstelling te beëindigen.

De kunst ligt in het goed en ruim definiëren van het begrip 'aanwerven', dat anders eerder vrij restrictief wordt geïnterpreteerd en het begrip 'beëindigen', zodat de raamovereenkomst met de dienstverlener hieronder valt.

Blunder 12

Personeel vergeten bij outsourcing

Vaak kunnen verschillende outsourcing-operaties in het kader van overgang van een oude dienstverlener naar een nieuwe dienstverlener of van de dienstverlener naar de opdrachtgever, leiden tot een '*overgang van onderneming*' in de zin van CAO nr. 32bis. De initiële dienstverlening wordt beëindigd waarna een bedrijf zijn diensten outsourcet aan een nieuwe dienstverlener of waarna het bedrijf zijn diensten terug insourcet. Er is sprake van een overgang van onderneming als er aan de volgende voorwaarden is voldaan: (i) een wijziging van werkgever, (ii) een overgang van een (gedeelte van een) onderneming en (iii) een overeenkomst tussen de overnemer en de overdrager.

De wijziging van een werkgever moet betrekking hebben op een hele onderneming, vestiging of een deel ervan. Wanneer er een georganiseerd geheel van middelen als één *going concern*, met behoud van de

identiteit van de onderneming, wordt overgenomen door de dienstverlener of opnieuw wordt opgenomen in het bedrijf na een periode van outsourcing, is er sprake van een overgang van onderneming. Onder meer relevant is of de activiteit op dezelfde plaats wordt uitgeoefend, met dezelfde werkmiddelen, enz. In eerder kapitaalintensieve sectoren ligt de focus op activa, terwijl in arbeidsintensieve sectoren de focus ligt op personeel. Van zodra er bijgevolg personeel wordt overgedragen van een bedrijf actief in de arbeidsintensieve sector, zal dit kwalificeren als een '*overgang van onderneming*' in de zin van CAO nr. 32bis en zal de nieuwe dienstverlener/opdrachtgever al het personeel van de oude dienstverlener automatisch moeten overnemen. Meer en meer is het onderscheid tussen arbeidsintensieve en kapitaalintensieve sectoren evenwel niet langer eenduidig en is er eerder sprake van een combinatie van de twee. Let op, in bepaalde sectoren zoals horeca, bewaking en schoonmaak, zijn er bovendien specifieke cao's gesloten in het kader van outsourcing. Het is dan ook aangeraden om bij outsourcing de sectorregels goed na te gaan.

In geval van een overgang van onderneming is de nieuwe dienstverlener hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden die bestaan op het tijdstip van overgang

en geldt er een verbod om het personeel te ontslaan, tenzij omwille van een economische, technische of organisatorische reden of een dringende reden.

Het is aanbevolen voor een bedrijf dat zijn activiteiten outsourcet, om te voorzien in de nodige contractuele waarborgen in het contract met de dienstverlener, bv. een informatieverplichting ten aanzien van een nieuwe dienstverlener van de over te nemen werknemers en geldende arbeidsvoorwaarden, een verdeling tussen dienstverlener en opdrachtgever/nieuwe dienstverlener van het sociaal-passief, enz. Deze clausules zijn evenwel niet tegenstelbaar aan het personeel van de dienstverlener.

Blunder 13

Hoofdelijke aansprakelijkheid en formaliteiten internationale tewerkstelling

In een aantal gevallen is de opdrachtgever, al dan niet retroactief, hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de lonen. Deze verplichting is sectoraalgebonden (bv. bouw, bewaking, elektriciens, enz.) of geldt voor alle sectoren in geval van illegale tewerkstelling.

Het is dan ook van groot belang voor de opdrachtgever om dit risico voldoende af te dekken in de overeenkomst door te bepalen dat de dienstverlener alle sociale en fiscale verplichtingen voor zijn personeel en aangestelden zal naleven, met inbegrip van de formaliteiten inzake tewerkstelling van buitenlandse werknemers, zoals het aanvragen van een arbeidskaart, een A1, een limosa. Bovendien legt de opdrachtgever best vast dat de overeenkomst een einde zal nemen indien de verplichtingen niet worden nageleefd. De clause verwijst dan ook best naar een vrijwaringsverplichting voor eventuele schade of een mogelijkheid tot het beëindigen van de overeenkomst zonder opzeggingstermijn of -vergoeding en/of het opleggen van sancties indien de dienstverlener de verplichtingen om eventuele schade te vergoeden, niet naleeft.





Yves Lenders

Partner

T +32 (0)3 304 90 08

E yves.lenders@lydian.be



Jan Hofkens

Managing Partner 2022

T +32 (0)2 787 90 38

E jan.hofkens@lydian.be



Kato Aerts

Counsel

T +32 (0)3 304 90 01

E kato.aerts@lydian.be



Tim Van Landeghem

Senior Associate

T +32 (0)3 304 90 11

E tim.vanlandeghem@lydian.be



Working From Anywhere Future: telewerk na corona

Structureel telewerk is reeds sinds de cao van 1985 in ons arbeidsrecht geregeld, maar het raakte slechts geleidelijk ingeburgerd in de hr-praktijk. Het verplichte telethuiswerk tijdens de coronacrisis heeft het telewerk echter onmiskenbaar een boost gegeven. De ontwikkeling van digitale toepassingen die werken en vergaderen op afstand faciliteren, heeft hiertoe bijgedragen. Ook al is de euforie van de begin dagen van het verplicht telewerk ondertussen weggeëb, bij veel werknemers bestaat de verwachting om blijvend plaats- en tijdonafhankelijk te kunnen werken, en om hun arbeidsprestaties zelf te kunnen organiseren en af te stemmen op het privéleven. Ondernemingen dienen dan ook een duurzaam thuiswerkbeleid te ontwikkelen, dat de vraag naar autonomie en thuiswerk in evenwicht brengt met de verwachtingen van de werkgever qua productiviteit. Hierna bespreken wij tien aandachtspunten om bij het uitwerken van een telewerkbeleid in het achterhoofd te houden.

1. Ken het wettelijk kader: structureel versus occasioneel telewerk

Er bestaan ondertussen diverse vormen van afstandswerken of thuiswerken, met telkens verschillende wettelijke vereisten. De aflijning is niet altijd even makkelijk.

In de eerste plaats is er het structureel telewerk. Cao nr. 85 van 9 november 2005 definieert dit als *“een vorm van organisatie en/of uitvoering van het werk waarin, met gebruikmaking van informatietechnologie, in het kader van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden die ook op de bedrijfslocatie van de werkgever zouden kunnen worden uitgevoerd, op regelmatige basis en niet incidenteel buiten die bedrijfslocatie worden uitgevoerd”*. Essentiële elementen zijn dus het feit dat er gebruik wordt gemaakt van technologie, dat de arbeidsprestaties op een eigen gekozen werkplek (buiten de bedrijfslokalen) worden verricht, en dit op een regelmatige basis.

Dit laatste element maakt meteen het onderscheid met het occasioneel thuiswerk. Dit is een vorm van telewerk dat *“incidenteel en niet op regelmatige basis buiten de bedrijfslocatie wordt uitgevoerd”*. Het gaat dan om telewerk naar aanleiding van een specifieke

onverwachte gebeurtenis (bv. treinstaking, zware sneeuwval) of omwille van persoonlijke redenen waardoor de werknemer zijn werkzaamheden niet op de onderneming kan uitvoeren (bv. doktersbezoek, komst van een technicus, ziekte van een kind). Dit occasioneel telewerk werd ingevoerd door de wet van 5 maart 2017. Bij het uitwerken van structureel telewerk kan uiteraard van de gelegenheid gebruikgemaakt worden om ook occasioneel telewerk in te voeren of te regelen.

Ten slotte is er ook de regeling rond huisarbeid, voorzien in de artikelen 119.1 t.e.m. 119.12 van de Wet betreffende de Arbeidsovereenkomsten (WAO). Huisarbeiders worden omschreven als zij *“die tegen loon arbeid verrichten onder het gezag van een werkgever, in hun woonplaats of op elke andere door hen gekozen plaats, zonder dat zij onder het toezicht of de rechtstreekse controle van deze werkgever staan.”* Het onderscheid met structureel telewerk is het gebruik van informatietechnologie. In situaties waarbij voor het werken op een zelf gekozen werkplek IT-toepassingen worden gebruikt, zal dus cao nr. 85 en niet de regeling inzake huisarbeid uit de WAO van toepassing zijn. In de volgende aandachtspunten wordt de focus gelegd op het structureel telewerk.

2. Geen 'one size fits all'

Cao nr. 85 regelt de modaliteiten en voorwaarden waaronder telewerk kan worden ingevoerd, maar laat het aan de werkgever over om een concreet beleid uit te werken dat afgestemd is op de cultuur, noden en verwachtingen van de eigen organisatie. De mate waarin telewerk voor werknemers een mogelijkheid of zelfs een recht wordt (al dan niet beperkt tot enkele dagen per week, vaste of variabele dagen, ...), dient op ondernemingsvlak te worden vastgelegd. Intern zal er ook een debat gevoerd moeten worden over functies die al dan niet voor telewerk in aanmerking komen. Waar corona heeft aangetoond dat telewerk ruimer kan worden toegepast dan de klassieke kennisberoepen of kaderfuncties (ook administratief en ondersteunend personeel kan telewerken), zal er nog steeds een grote groep functies blijven waarvoor telewerk niet, of slechts in zeer beperkte mate haalbaar is. Hierover zal intern met de werknemers of hun vertegenwoordigers in de overlegorganen moeten worden overlegd.

3. Telewerk is steeds vrijwillig

Telewerk is zowel voor de werknemer als voor de werkgever steeds vrijwillig. Het kan zowel bij de start van de tewerkstelling overeengekomen worden in de arbeidsovereenkomst, als in de loop van de arbeidsovereenkomst via een bijlage. Indien contractueel een recht op telewerk werd afgesproken, zal de werknemer dit recht uiteraard kunnen afdwingen. Het (recht op) telewerk kan worden beëindigd volgens de afspraken die bij invoering werden gemaakt: hetzij in onderling akkoord, hetzij onder vooraf overeengekomen voorwaarden.

4. Plan informatie en overleg met de werknemersvertegenwoordigers

Bij de invoering van structureel telewerk moeten de werknemers of hun vertegenwoordigers in de overlegorganen geïnformeerd en geraadpleegd worden. Is er een ondernemingsraad, dan moet deze geïnformeerd en geraadpleegd worden over alle maatregelen die de arbeidsorganisatie en -voorwaarden van de onderneming kunnen wijzigen, waartoe de invoering van structureel telewerk kan gerekend worden (artikel 10 cao nr. 9). Bij ontstentenis van een ondernemingsraad zal deze informatie en consultatie moeten gebeuren met de vakbondsafvaardiging (artikel

14 cao nr. 5). Indien er noch een ondernemingsraad is, noch een vakbondsafvaardiging, dan wordt de informatie- en raadgevingsbevoegdheid niet overgedragen aan het comité voor preventie en bescherming op het werk (CPBW). Ook wordt er niet bepaald dat deze verplichtingen dan ten opzichte van de individuele werknemers nageleefd moeten worden.

Indien het telewerk gepaard gaat met de invoering van nieuwe technologieën met belangrijke collectieve gevolgen, moeten ondernemingen met meer dan vijftig werknemers bijkomend ook aan de ondernemingsraad de informatie verstrekken voorzien in cao nr. 39. Er is sprake van belangrijke collectieve gevolgen wanneer 50% en minstens tien werknemers van een bepaalde beroepscategorie betrokken zijn bij de invoering van het structureel telewerk. De werkgever moet uiterlijk drie maanden voor de invoering van het telewerk enerzijds informatie geven en anderzijds overleg plegen met de werknemersvertegenwoordiging. De informatie die gegeven moet worden heeft betrekking op vier aspecten: de economische, financiële of technische factoren die de invoering rechtvaardigen, de aard van de sociale gevolgen die de invoering met zich meebrengt en de termijnen van inwerkingstelling. Daarnaast moet het overleg

gaan over de vooruitzichten inzake werkgelegenheid, de gezondheid en veiligheid van de werknemers,... In eerste instantie gebeurt deze informatie en raadgeving ten aanzien van de ondernemingsraad. Bij ontstentenis van een ondernemingsraad geldt de informatie- en raadgegingsverplichting ten aanzien van de vakbondsafvaardiging. Indien er noch een ondernemingsraad is, noch een vakbondsafvaardiging, dan worden de bevoegdheden overgedragen aan het CPBW. Bij gebrek aan overlegorganen wordt niet bepaald dat de verplichtingen moeten worden nageleefd ten opzichte van de individuele werknemers.

Het CPBW zal eveneens moeten worden geraadpleegd over de gevolgen van de invoering van telewerk voor het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk. Bij ontstentenis van een CPBW neemt de vakbondsafvaardiging deze rol over. Bij afwezigheid van een vakbondsafvaardiging moeten de werknemers hier wel zelf worden geraadpleegd.

Het recht op *deconnectie* is het recht van werknemers om buiten de vastgestelde werkuren de verbinding met digitale communicatiemiddelen te verbreken,

zonder dat zij negatieve gevolgen zouden ondervinden van het niet beantwoorden van een e-mail. Zeker bij telewerk, waar de grenzen tussen arbeidstijd en vrije tijd vervagen, is het van belang om hier aandacht voor te hebben. De werkgever moet op regelmatige tijdstippen binnen het CPBW een overleg organiseren over deconnectie op het werk en het gebruik van digitale communicatiemiddelen¹. De werkgever moet dit punt op de agenda plaatsen *“telkens wanneer de werknemersvertegenwoordigers in het CPBW erom verzoeken”*. De akkoorden die uit dit overleg voortkomen, kunnen opgenomen worden in een cao of geïntegreerd worden in het arbeidsreglement.

5. Voor het structureel telewerk schriftelijk in

Voor elke telewerker moet er een afzonderlijke schriftelijke overeenkomst worden opgesteld en dit uiterlijk bij aanvang van het telewerk. Een cao is dus niet vereist. Indien de arbeidsovereenkomst reeds lopende is, moet een addendum worden opgesteld. Dit geschrift moet op zijn minst de volgende elementen bevatten²:

- De frequentie van het telewerken, indien van toepassing de dagen waarop telewerk wordt verricht en de dagen en/of uren waarop men aanwezig moet zijn op de onderneming (bv. één dag per week telewerk).
- De momenten waarop de telewerker een beroep kan doen op technische ondersteuning.
- De regels volgens welke de werkgever bepaalde kosten vergoedt of betaalt of apparatuur ter beschikking stelt.
- De voorwaarden en nadere regels voor een terugkeer naar de bedrijfslocatie van de werkgever en de notificatietermijn en/of duur van het telewerk en de wijze van verlenging.
- De plaats(en) die de telewerker heeft gekozen om zijn werk te verrichten.

Facultatief kan de overeenkomst ook de overeengekomen periode vermelden waarin het telewerk kan worden verricht.

Als er geen schriftelijke overeenkomst wordt afgesloten, heeft de telewerker het recht om zijn werkzaamheden

¹ Art. 15-17 van de wet van 26 maart 2018 betreffende de versterking van de economische groei en de sociale cohesie, B.S. 30 maart 2018.

² Art. 6 cao nr. 85

op de bedrijfslocatie te verrichten of terug te keren naar deze locatie.

Daarnaast moet de werkgever de telewerker ook informeren over de geldende arbeidsvoorwaarden en meer bepaald ook over de volgende aanvullende voorwaarden: beschrijving van de uit te voeren werkzaamheden in het kader van telewerk, de afdeling waaraan de telewerker verbonden is, de identificatie van de directe meerdere of personen tot wie hij/zij zich kan wenden met vragen, en de rapportageregelingen. Het volstaat dat er verwezen wordt naar een eventuele cao inzake telewerk of het arbeidsreglement waarin deze informatie is opgenomen.

6. Maak afspraken over de arbeidsduur en werklust van de telewerker

Artikel 3bis van de Arbeidswet bepaalt dat structurele telewerkers uitgesloten zijn van de bepalingen inzake zondagsrust, arbeidsduur, nachtarbeid, het naleven van uurroosters, rusttijden en pauzes. De telewerker bepaalt immers zelf wanneer hij het werk uitvoert, tenzij in de overeenkomst anders is bepaald. Eventuele bijkomende prestaties geven dan ook geen aanleiding

tot inhaalrust of betaling van overloon. Verder organiseert de telewerker zelf zijn werk. Het is echter wel aangeraden hier concrete afspraken rond te maken, bijvoorbeeld door het invoegen van een uurrooster in de overeenkomst, of een clause op te nemen die bepaalt wanneer de telewerker bereikbaar moet zijn. Zo'n clause is ook belangrijk om na te gaan of een ongeval al dan niet heeft plaatsgevonden tijdens de normale arbeidstijd, waardoor het wettelijk vermoeden van een arbeidsongeval (cfr. infra) speelt. Het recente 'prikklarreest' van het Arbeidshof te Brussel gewezen op 22 mei 2020³ lijkt op gespannen voet te staan met de vrijheid inzake arbeidstijd waarin de Belgische wetgeving voorziet. Dit arrest verplicht werkgevers om de arbeidstijd via een objectief meetbaar systeem te registreren. Indien, zoals bij telewerk vaak het geval is, arbeidstijd wordt losgelaten en de prestatie aan de hand van de gerealiseerde output wordt gemeten, is er minder of zelfs geen controle.

Voor de telewerker moeten echter wel dezelfde werkbelasting en prestatienormen gelden als voor vergelijkbare werknemers die op de bedrijfslocatie werken.

7. Voorzie technische en logistieke ondersteuning

De werkgever moet op zijn kosten de voor de uitvoering van het werk benodigde hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking stellen van de werknemer (artikel 20, 1° WAO). Artikel 9 van cao nr. 85 voegt hier nog aan toe dat de werkgever bij telewerk verantwoordelijk is voor het beschikbaar stellen, het installeren en het onderhouden van de nodige apparatuur. De werkgever dient ook de kosten van de verbinding en de communicatie voor zijn rekening te nemen. Als de werknemer het toegekende materiaal ook voor privédoeleinden mag gebruiken, kan hierdoor een belastbaar voordeel ontstaan waarop socialezekerheidsbijdragen en bedrijfsvoorheffing verschuldigd zijn. De huidige waardering van voordelen van alle aard is als volgt:

- Computer, laptop of tablet: 6 euro per maand per toestel (= 72 euro per jaar per toestel).
- Internetaansluiting: 5 euro per maand (= 60 euro per jaar).⁴

De RSZ hanteert dezelfde bedragen.

³ Arbh. Brussel (3e k.) 22 mei 2020, nr. 2018/AB/424.

⁴ Circ. 2017/C/82 betreffende de voordelen van alle aard voor het persoonlijk gebruik van een kosteloos ter beschikking gestelde PC, tablet, internetaansluiting, mobiele telefoon of vast of mobiel telefoonabonnement.



Indien de werknemer gebruikmaakt van zijn eigen computer en/of een door hem gefinancierde internet-aansluiting, kan de werkgever hiervoor een fiscaal vrijgestelde vergoeding toekennen, waarvan het maximumbedrag per maand als volgt is:

- 20 euro voor het gebruik van de computer en 20 euro voor het gebruik van de internetaansluiting (hetzij 40 euro per maand in totaal).
- Voor werknemers die enkel hun eigen tweede computerscherm en/of printer gebruiken: 5 euro per maand per toestel, met een maximum van 10 euro per maand voor maximaal drie jaar. Het forfait van 20 euro voor eigen computer kan echter niet gecombineerd worden met het forfait van 5 euro voor het gebruik van andere eigen toestellen.

De RSZ aanvaardt dezelfde forfaits.

Indien een hogere vergoeding wordt toegekend dan de forfaits, zal de werkgever moeten bewijzen dat de vergoeding effectief kosten eigen aan de werkgever dekt. Als de werkgever daar niet in slaagt, zal het deel

van de vergoeding dat deze maandelijkse forfaits overschrijdt, wel onderworpen zijn aan belastingen en socialezekerheidsbijdragen.

De werkgever moet ook instaan voor de kosten die volgen uit het verlies of de beschadiging van de gebruikte apparatuur en gegevens. Op de werknemer rust er uiteraard wel een zorgvuldigheidsplicht. Hij dient de werkgever ook onmiddellijk op de hoogte te brengen van defecten aan de apparatuur. Indien de werknemer zijn arbeidsovereenkomst niet kan uitvoeren wegens defecte apparatuur of overmacht (bv. internetpanne) heeft hij toch recht op behoud van loon. Het is dus aangeraden om afspraken te maken over vervangende taken of een tijdelijke terugkeer naar de onderneming in geval van pannes.

Een vaak gestelde vraag is of de werkgever verplicht is om een ergonomische stoel ter beschikking te stellen van de telewerker en wie hiervan de kosten moet dragen. Dit is niet specifiek geregeld in de wetgeving. Deze verplichting zou kunnen afgeleid worden uit de algemene verplichting om hulpmiddelen ter

beschikking te stellen (artikel 21, 1° WAO). Artikel I.2-14 Codex Welzijn bepaalt dat de maatregelen inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk geen financiële lasten voor de werknemers met zich mee mogen brengen. Hieruit volgt o.i. evenwel geen algemene verplichting voor de werkgever om een ergonomische stoel ter beschikking te stellen. Enkel indien er ook ergonomische bureaustoelen op de werkvloer ter beschikking worden gesteld, zou kunnen geargumenteed worden dat de verplichting bestaat om deze ook aan de telewerker ter beschikking te stellen. Hierover worden best afspraken gemaakt in het kader van het telewerkbeleid.

8. Regel de bureaunkosten

De structurele telewerker zal vaak een eigen bureau thuis gebruiken. Hierdoor kunnen ook andere kosten toenemen zoals elektriciteit, verwarming, klein kantoor-materiaal, etc. De werkgever kan (maar is niet verplicht⁵) een vergoeding toekennen om dergelijke kosten te vergoeden.

⁵ Enkel bij huisarbeid geldt de verplichting om afspraken te maken over de kosten, bij gebreke waaraan een kostenvergoeding van 10% van het loon verschuldigd is (art. 119.6 WAO). Een vergelijkbare verplichting is niet opgenomen in cao nr. 85.

De meest gangbare werkwijze is de toekenning van een vast bedrag. Zo'n bureauvergoeding is fiscaal en voor RSZ vrijgesteld tot maximaal 129,48 euro per maand (voor de periode van april 2021 t.e.m. september 2021: 144,31 euro). De voorwaarde is wel dat telewerk structureel en 'regelmatig' moet zijn en moet gepresteerd worden in de privélokalen van de werknemer en op de momenten waarop dit contractueel is voorzien. Deze forfaitaire vergoeding moet niet pro rata worden berekend naargelang de omvang van de thuis geleverde prestaties.

De werkgever zou ook kunnen opteren om een percentage van het loon toe te kennen. De RSZ aanvaardt dat een vergoeding van maximaal 10% van het loon vrij van RSZ als bureauvergoeding kan worden toegekend. Deze vergoeding van 10% kan uitsluitend worden berekend op het deel van het loon dat op het telewerk betrekking heeft en dat uitdrukkelijk werd overeengekomen. In tegenstelling tot de RSZ, aanvaardt de fiscus niet automatisch dat zo'n vergoeding van belastingen wordt vrijgesteld. Om hiervan zeker te zijn, kan de werkgever best vooraf een ruling aanvragen.

Tot slot kan de werkgever ook de werkelijke kosten verbonden aan het telewerk vergoeden. Indien deze kosten gestaafd kunnen worden met bewijsstukken, zal op deze terugbetaling geen socialezekerheidsbijdrage noch bedrijfsvoorheffing verschuldigd zijn. Dit is evenwel (administratief) complexer en daarom in de praktijk minder gebruikelijk.

9. Heb aandacht voor welzijn op het werk

Het verrichten van arbeid buiten de klassieke werkomgeving stelt een aantal uitdagingen op het vlak van welzijn: de zorg om de band tussen de telewerker en de overige collega's te bewaren, aandacht voor mogelijke isolatie, gebrek aan interactie, vervaging van werk en privéleven en de hierdoor veroorzaakte stress,... Dit zijn punten die in overleg met het CPBW dienen te worden besproken en opgevolgd, en deel kunnen uitmaken van de beleidslijnen die worden ingevoerd.

Om te controleren of de regelingen inzake veiligheid en gezondheid correct worden toegepast, hebben de bevoegde interne preventiediensten toegang tot de werkplaats van de telewerker. Indien de telewerker

werkt in een bewoond lokaal, zal de preventiedienst zijn komst altijd moeten aankondigen en moet de werknemer hiermee instemmen. Daarom is het aangeraden om in de individuele arbeidsovereenkomst of in het arbeidsreglement deze instemming van de werknemer reeds op te nemen. Zelf kan de telewerker ook een inspectiebezoek aanvragen.

Arbeidsongevallen verdienen bijzondere aandacht. Een arbeidsongeval is elk ongeval dat een werknemer tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt en dat een letsel veroorzaakt. Er bestaat een wettelijk vermoeden dat er sprake is van een arbeidsongeval als het ongeval gebeurt op de plaats die schriftelijk werd gekozen als werkplaats, en het ongeval gebeurde tijdens de periode die schriftelijk werd voorzien als arbeidsperiode. Indien de plaats respectievelijk de periode niet schriftelijk vastgelegd werd, is het vermoeden van toepassing op de woonplaats of plaats waar het telewerk gewoonlijk wordt uitgevoerd, respectievelijk gedurende de werkuren die de telewerker zou moeten presteren als hij/zij in de lokalen van de werkgever tewerkgesteld zou zijn.

Er bestaat een optie om de telewerkers een volledige bescherming tegen arbeidsongevallen te bieden. De werkgever dient dan een arbeidsongevallenverzekering met 24-urendekking af te sluiten, wat ten zeerste aangeraden is.

10. Bijzondere aandacht voor privacy

De werkgever zou de neiging kunnen hebben om werknemers die buiten de kantoren werken, in verhoogde mate (digitaal) te controleren. Daarbij dient de werkgever uiteraard de regels inzake privacy en verwerking van persoonsgegevens strikt na te leven. Artikel 14 van cao nr. 85 bepaalt dat de werkgever maatregelen moet nemen (in het bijzonder ten aanzien van software) zodat de bescherming van de gegevens die door de telewerker voor professionele doeleinden worden gebruikt en verwerkt, gewaarborgd is. Ook cao nr. 81 is, voor wat betreft de controle op IT-tools zoals mailbox, relevant.

Besluit

Structureel telewerk heeft na corona definitief een plaats verworven binnen het hr-beleid van elke onderneming. Uit bovenstaande blijkt dat het structureel telewerk aan een aantal belangrijke regels is onderworpen, maar dat er ook wel ruimte is voor eigen invulling. Daarom is het nuttig om als onderneming een bedrijfspolicy inzake structureel telewerk op te stellen waarin dan de regels inzake bereikbaarheid, terugkeer naar de onderneming, veiligheid van gegevens, ... worden opgenomen. Dit wordt best gekaderd in een algehele denkoefening over tijd- en plaatsonafhankelijk werken.



Jan Hofkens

Managing Partner 2022

T +32 (0)2 787 90 38

E jan.hofkens@lydian.be



Sophie Vissers

Associate

T +32 (0)2 787 90 02

E sophie.vissers@lydian.be



De bouwstenen van het nieuwe goederenrecht

Op 30 januari 2020 zette de Kamer een nieuwe stap richting de vervolmaking van het nieuw Burgerlijk Wetboek. Op die datum keurde de plenaire vergadering van de Kamer het Boek 3 'Goederen' van het Burgerlijk Wetboek goed. Boek 3 'Goederen' is op 17 maart 2020 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en op 1 september 2021 in werking getreden. In deze bijdrage bespreken we de volgende vernieuwingen ten aanzien van het oude Burgerlijk Wetboek:

1. Het eigendomsrecht in 3D
2. Een nieuw vruchtgebruik voor rechtspersonen
3. Erfpacht in een nieuw jasje
4. Opstal in een nieuw jasje

1. Het nieuw goederenrecht: het eigendomsrecht in 3D?

1.1 Principeel van aanvullend recht

Het nieuw goederenrecht is principieel van aanvullend recht. Dit betekent dat de partijen bij een overeenkomst kunnen afwijken van de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Op deze regel gelden twee uitzonderingen: enerzijds blijven de definities van dwingende toepassing en anderzijds blijven ook de regels van

toepassing indien het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat zij dwingend van toepassing zijn. Een voorbeeld zijn de regels over de gedwongen mede-eigendom: deze regels zijn van dwingend recht.

Het nieuw goederenrecht onderscheidt (gewaardeerde) voorwerpen van dieren. Dieren worden dus (louter categorisch) onderscheiden van voorwerpen. Voor het overige blijft het onderscheid tussen enerzijds lichamelijke en onlichamelijke goederen en anderzijds roerende en onroerende goederen behouden.

1.2 Aanvullingen op de onroerende publiciteitsverplichtingen

Het nieuwe goederenrecht verduidelijkt de regels in verband met de onroerende publiciteit. Er is ook sprake van een beperkte aanvulling van deze set van regels.

De categorieën van akten die worden overgeschreven op het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie worden uitgebreid.

De wet bepaalt nu expliciet dat akten waarin de verkrijging van een onroerend zakelijk recht wordt vastgesteld in de daartoe bestemde registers worden

overgeschreven (bijvoorbeeld vonnissen waarin een wettelijke erfdiensbaarheid wordt vastgesteld).

Ook dient voortaan een levenslange huur overgeschreven te worden met het oog op de tegenwerpelijheid voor langer dan een negenjarige periode. De consequentie van het niet-overschrijven blijft dat men zich niet op de bedoelde akten kan beroepen tegenover een derde die het recht kende noch behoorde te kennen. Dit is bijvoorbeeld relevant in het kader van een dubbele verkoop van een onroerend goed.

De kantmelding krijgt een versterkte werking. De kantmelding beoogt derden ervan op de hoogte te brengen dat een overgeschreven akte het voorwerp uitmaakt van een betwisting die de rechten van de rechthebbende kan beperken. Bovendien wordt het ontbreken van een kantmelding bijkomend gesanctioneerd. Naast de reeds bestaande sanctie, m.n. de onontvankelijkheid van de beëindigingsvordering, hetgeen nu ook al geldt – geldt voortaan ook dat een retroactieve beëindiging geen werking heeft met betrekking tot rechten die derden hebben verkregen na instelling van de vordering, maar voorafgaand aan de kantmelding. De bedoeling is uitdrukkelijk de rechtszekerheid bij vastgoedtransacties te verzekeren.

1.3 Driedimensionaal eigendomsrecht

Het aantal zakelijke rechten blijft beperkt (het zgn. *numerus clausus*-beginsel). Het eigendomsrecht krijgt er wel ook juridisch een derde dimensie bij door de invoering van het volume-eigendom. De wetgever heeft zich dus aangesloten bij het standpunt van de rechtsleer en de rechtspraak.

Hoewel het eigendomsrecht oorspronkelijk als een absoluut recht werd beschouwd, is dit in de praktijk al lang niet meer het geval. De wetgever voorziet dus in beperkte horizontale omvang van grondeigendom, waardoor de problemen van muureigendom en burenhinder worden aangepakt. Het nieuwe Boek 3 voorziet nu ook in verticale afbakeningen, wat de mogelijkheid openlaat van verticale juridische constructies op hetzelfde perceel. De verticale omvang van het eigendomsrecht is nu uitdrukkelijk afgebakend tot wat redelijkerwijs nuttig is voor het gebruik door de eigenaar.

Aangezien het aantal vrije kavels steeds beperkter wordt, kunnen op dezelfde grond verticale constructies worden overwogen. Dit is uiteraard ook relevant in de context van onroerende goederen met verschillende appartementen (volumes).

De verschillende volumes kunnen sinds de inwerking-treding van Boek 3 als afzonderlijke eenheden worden gekwalificeerd waarop dan afzonderlijk een eigendomsrecht wordt gevestigd. Dit betekent het einde van de gedwongen mede-eigendom voor gebouwen in dergelijke constructies.

Volume-eigendom vergt echter nog enkele wijzigingen, met name op het niveau van het kadaster en de onroerende publiciteitsmaatregelen.

2. Een nieuw vruchtgebruik voor rechtspersonen

Het Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek brengt een aantal nieuwigheden mee voor het vruchtgebruik dat aan rechtspersonen wordt verleend. Hieronder worden de belangrijkste wijzigingen toegelicht.

2.1 Een duurtijd van maximaal 99 jaar

Ten eerste verlengt het nieuwe goederenrecht de maximale duurtijd van een vruchtgebruik van 30 jaar tot 99 jaar. Daarmee wordt het een echt alternatief voor de volle eigendom bij vastgoedinvesteringen.

Het nieuwe goederenrecht verduidelijkt verder dat de faillietverklaring en de ontbinding van de rechtspersoon

het einde van het recht van vruchtgebruik betekent. Dit in tegenstelling tot het lot van het recht van vruchtgebruik bij een fusie, splitsing of gelijkgestelde verrichting. Tenzij bij enig andersluidend beding, doen deze rechtshandelingen het vruchtgebruik niet uitdoven.

2.2 De vruchtgebruiker verzekert de waarde van het volle eigendomsrecht

Ten tweede verplicht het Burgerlijk Wetboek de vruchtgebruiker uitdrukkelijk om de waarde van het volle-eigendomsrecht van het betrokken goed te verzekeren voor alle gebruikelijke risico's (zoals brand). De premie voor deze verzekering valt ingevolge het Burgerlijk Wetboek ten laste van de vruchtgebruiker.

De niet-uitoefening van deze verplichting wordt overigens gesanctioneerd: ingeval de vruchtgebruiker het nalaat om de waarde van het volle-eigendomsrecht van het goed te verzekeren, mag de blote eigenaar zelf de nodige verzekeringen nemen. In dit geval kan de blote eigenaar van de vruchtgebruiker de terugbetaling vorderen.

2.3 Proportionele verdeling van de kosten voor grove herstellingen

Het Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek voorziet tevens in een nauwere samenwerking en overleg tussen de blote eigenaar en de vruchtgebruiker, inzonderheid voor wat betreft de eventuele herstellingen van het betrokken onroerend goed.

De onderhoudsherstellingen blijven ten laste van de vruchtgebruiker. Deze is verplicht om de onderhoudsherstellingen te verrichten die nodig zijn om de waarde van het goed te vrijwaren, evenwel onder voorbehoud van slijtage, ouderdom of overmacht.

Het aspect van overleg komt echter naar de voorgrond ingeval er grove herstellingen dienen te worden doorgevoerd. De blote eigenaar dient de grove herstellingen na overleg met de vruchtgebruiker uit te voeren.

Wel kan de blote eigenaar van de vruchtgebruiker een proportionele bijdrage eisen in de kost van de grove herstellingen. Proportioneel betekent dat er een verdeelsleutel wordt bepaald in functie van de waarde van het recht op vruchtgebruik, resp. de waarde van het volle-eigendomsrecht.

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de vruchtgebruiker dus proportioneel meer zal bijdragen in de kosten van de grove herstelling wanneer het recht van vruchtgebruik nog een lange duurtijd kent. Dit vormt een zeer billijke regeling aangezien het de vruchtgebruiker is die het gebruik en genot heeft van het goed en het bijgevolg logisch is dat hij meer zal bijdragen in de kosten wanneer het recht van vruchtgebruik nog een lange looptijd heeft.

3. Erfpacht in een nieuw jasje

De hervorming van het goederenrecht in het Burgerlijk Wetboek voorziet in een aantal diepgaande wijzigingen aan het erfpachtrecht zoals we dit kenden onder de Erfpachtwet van 1824. Meer bepaald springen de verkorte minimumduur van het erfpachtrecht, de afschaffing van de verplichte canon en de herstellingsplicht van de erfpachter in het oog.

3.1 Een kortere minimumduurtijd geschikt voor complexe vastgoedoperaties

Een eerste grote wijziging aan het erfpachtrecht betreft zijn (minimale) duurtijd. Voor de inwerkingtreding van het nieuwe goederenrecht diende een erfpachtrecht te worden gevestigd voor een minimale duurtijd van

27 jaar, en dit op straffe van een mogelijke conversie naar huur.

Het Burgerlijk Wetboek brengt deze minimumtermijn terug naar 15 jaar. Deze verlaging is uitermate belangrijk voor de vastgoedpraktijk.

Concreet kunnen er sinds de inwerkingtreding van het nieuwe goederenrecht op 1 september 2021 bepaalde vastgoedconstructies via een erfpachtrecht worden gestructureerd, waar dit voordien niet mogelijk was gelet op de relatief lange minimumduur. Waar er vandaag soms wordt geopteerd voor een onroerende leasing, doorgaans voor 15 jaar, biedt het nieuwe goederenrecht de mogelijkheid om alternatief een erfpachtrecht te vestigen. Belangrijk is wel dat het erfpachtrecht niet enkel op grond van de wil van één van de partijen kan tenietgaan voor het verstrijken van deze termijn. De beëindiging door minnelijk akkoord is wel mogelijk.

De maximumtermijn van 99 jaar blijft behouden. Vernieuwend is evenwel dat het erfpachtrecht voortaan eeuwigdurend kan zijn voor doeleinden van openbaar domein. Het erfpachtrecht loopt in dat geval zolang de openbare bestemming voortduurt.

3.2 Geen verplichte canon

Het nieuwe goederenrecht maakt verder een einde aan het verplicht bezwarend karakter van het erfpachtrecht. Dit brengt met zich mee dat de erfpachter voor het vestigen van het erfpachtrecht niet langer een vergoeding (canon) moet betalen. Vermoedelijk zal deze vernieuwing dan ook een einde maken aan de praktijk waarbij er een erfpachtrecht wordt gevestigd tegen een symbolische canon van EUR 1.

Dit betekent evenwel niet dat er geen andere vergoedingen verschuldigd kunnen zijn in het kader van het vestigen van een erfpachtrecht. Het nieuwe goederenrecht bepaalt onder andere dat de erfpachtgever de erfpachter moet vergoeden voor de bouwwerken en de beplantingen opgericht binnen de grenzen van zijn recht. Dit wordt verantwoord door de theorie van de ongerechtvaardigde verrijking.

3.3 Een ruime herstellingsplicht voor de erfpachter

Het nieuwe goederenrecht schrijft tot slot uitdrukkelijk voor dat de erfpachter alle onderhoudsherstellingen en grove herstellingen dient uit te voeren aan het onroerend goed waarop zijn recht betrekking heeft, evenals aan de bouwwerken en beplantingen die hij

moet oprichten, met als doel de waarde ervan niet te verminderen.

De herstellingsplicht geldt eveneens voor de bouwwerken die de erfpachter verkregen heeft of zonder enige verplichting heeft uitgevoerd en die noodzakelijk zijn geworden voor de uitoefening van de andere zakelijke gebruiksrechten op het onroerend goed.

4. Opstal in een nieuw jasje

Het recht van opstal ondergaat onder het nieuwe goederenrecht in het Burgerlijk Wetboek een aantal opvallende wijzigingen. In het bijzonder bieden de verlenging van de maximale duurtijd enerzijds en de nieuwe figuur van de heterogene onroerende complexen anderzijds interessante perspectieven.

4.1 Verlenging van de maximale duurtijd

Het opstalrecht is gekend als een beperkt zakelijk recht dat een – in beginsel tijdelijke – opsplitsing van het eigendomsrecht op een onroerend goed creëert.

‘Tijdelijk’ omwille van de duurtijdbeperking tot 50 jaar, wat vaak het determinerend criterium vormde om in het kader van een vastgoedproject te opteren voor een

opstalrecht dan wel voor een erfpachtrecht met een maximumduurtijd van 99 jaar.

De essentie van beide zakelijke rechten is echter fundamenteel anders. Een *opstalrecht* gaat om het verwerven van reeds bestaande bouwwerken of het uitvoeren van bouwwerken in de ruimste zin, terwijl een *erfpachtrecht* gaat om het gebruik en genot van een al dan niet bebouwd volume.

De maximumduurtijd van het opstalrecht werd in het Burgerlijk Wetboek thans opgetrokken tot 99 jaar. Hiermee hoopt de wetgever de specificiteit van beide rechten opnieuw te benadrukken.

In een aantal uitzonderingsgevallen kan een opstalrecht ook eeuwigdurend zijn, met name (i) voor doeleinden van het openbaar domein, (ii) omdat het accessoir is aan een eeuwigdurend hoofdrecht (bv. erfdiensbaarheid) en (iii) voor heterogene onroerende complexen. Let wel, de rechter kan een einde stellen aan dit recht indien het ieder nut, zelfs toekomstig of potentieel, heeft verloren. Een eeuwigdurend opstalrecht is aldus steeds precar.

4.2 Heterogene onroerende complexen

Voornameijk de laatstgemelde (nieuwe) uitzondering van de **heterogene onroerende complexen** betreft een opvallende nieuwigheid. Het gaat om het samen bestaan op eenzelfde grond van ten minste twee volumes met werken en met (i) verschillende bestemmingen en (ii) die vatbaar zijn voor zelfstandig beheer. De feitelijke situatie kan overeenstemmen met relatief eenvoudige zaken zoals een residentieel gebouw, een openbare plaats of een bovengronds winkelcentrum met een ondergrondse parking; of situaties met tal van constructies en werken op of onder een gemeenschappelijke overkapping. Essentieel in het complex is de afwezigheid van gemene delen.

Deze uitzondering laat toe om een niet in de tijd beperkt opstalrecht te vestigen buiten het regime van de gedwongen appartementsmede-eigendom (art. 3.84 – 3.100 BW), waarmee ook een einde kan komen aan het kunstmatig onderwerpen van een vastgoedproject met slechts zeer beperkte gemene delen aan dit regime om een eeuwigdurende verticale eigendomssplitsing tot stand te brengen. Het functionele criterium (volumes met verschillende bestemmingen) en de afwezigheid

van gemene delen maken van het eeuwigdurend opstalrecht een functioneel equivalent van volume-eigendom, zonder afbreuk te doen aan de bescherming van het appartementsrecht.

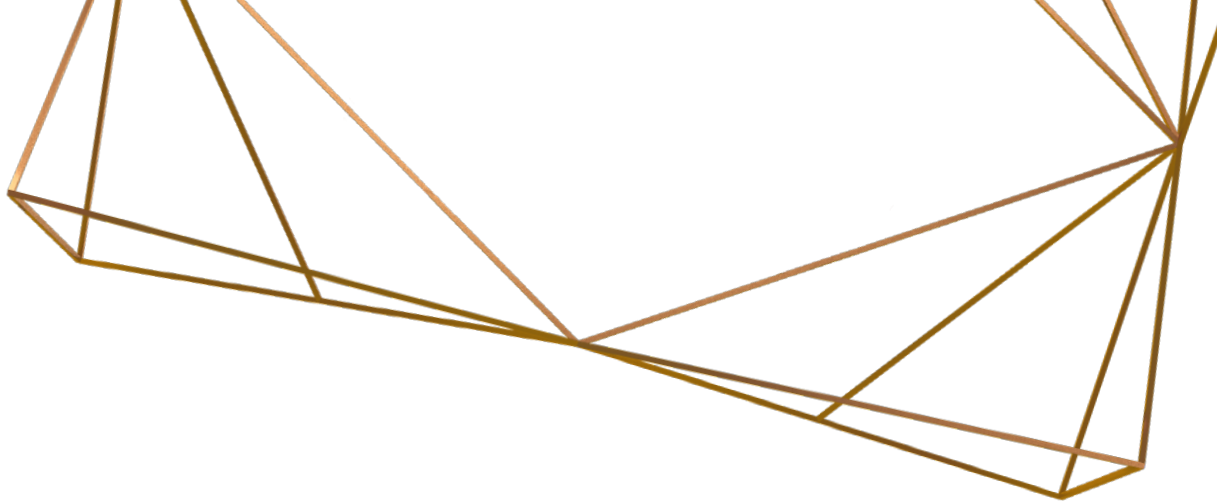
4.3 Toepassing

Zo kan de grondeigenaar een bijzonder opstalrecht verlenen voor de ondergrondse parking aan partij A, een bijzonder opstalrecht voor het winkelcentrum aan partij B en een bijzonder opstalrecht voor de bovenliggende appartementen aan partij C. Ook hier zal gewerkt worden met een basisakte (splitsingsakte) om de verschillende compartimenten te verzelfstandigen en te kunnen bezwaren met het zakelijk recht.

4.4 Inwerkingtreding en overgangsbepaling

De wetgever heeft een **specifiek overgangsregime** op poten gezet voor *“elke overeenkomst die een opstalrecht vestigt of iedere andere overeenkomst die afwijkt van de verticale natrekking”* die gesloten zijn vóór de inwerkingtreding van de wet (1 september 2021) en die beantwoorden aan de vereisten van artikel 3.180, tweede lid, 2° BW.

Is deze overeenkomst gesloten zonder bepaling van duurtijd of voor onbepaalde duur, dan wordt het opstalrecht geacht eeuwigdurend te zijn. Is deze overeenkomst gesloten voor een duurtijd langer dan 50 jaar maar korter dan 99 jaar, dan geldt de contractueel overeengekomen duurtijd.



Wouter Neven

Partner

T +32 (0)2 787 90 82

E wouter.neven@lydian.be



Bruno Stroobants

Counsel

T +32 (0)2 787 90 69

E bruno.stroobants@lydian.be



Karlien Meert

Senior Associate

T +32 (0)2 787 90 57

E karlien.meert@lydian.be



Charlotte Cornet

Professional Support Lawyer

T +32 (0)2 787 91 32

E charlotte.cornet@lydian.be



Direct lending

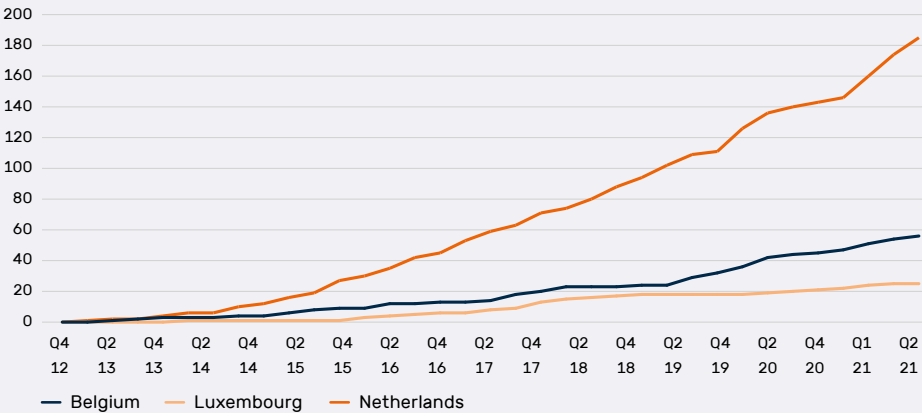
Introduction

Direct lending constitutes the provision of credit directly (i.e., without an intermediary) to middle-market companies, mainly for the purpose of financing growth or acquisitions. This type of financing solution is considered to be an “alternative” financing technique as direct lenders, such as (debt) funds, stand outside the banking institutions that traditionally offer loans to companies.

Over the last few years, direct lending has picked up quite some momentum, thereby emerging as a viable alternative and addition to bank lending.

Figure 1 shows the increasing number of (reported) private debt deals closed in the BeNeLux market. It is expected that the deal volume in Belgium will continue to increase.

Figure 1 – Cumulative number of deals per country



Source: Deloitte Alternative Lender Deal Tracker

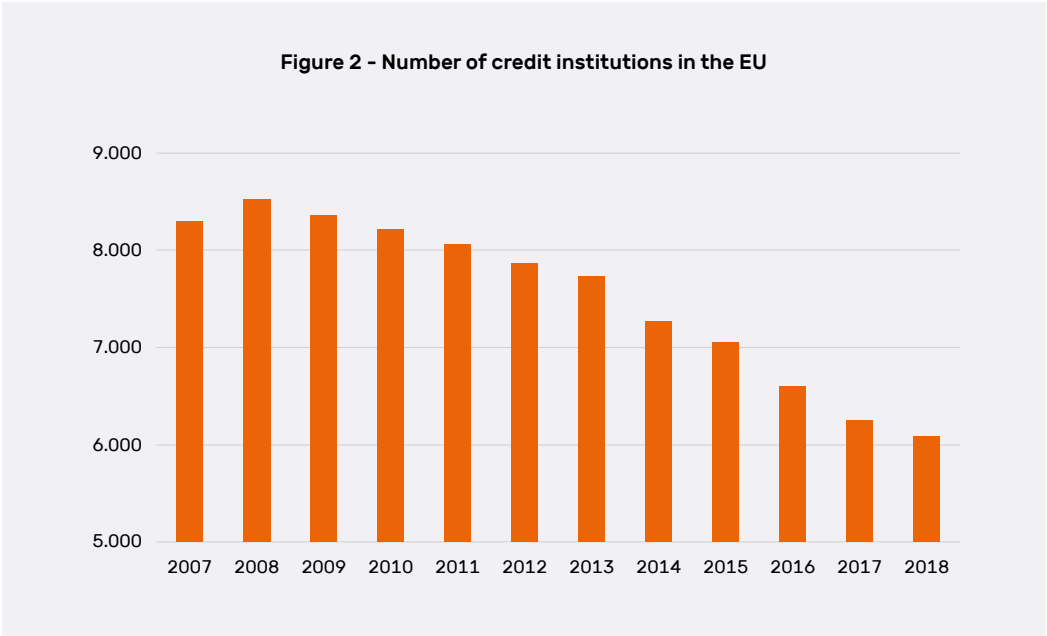
Funding gap

The growth of private credit is partially the result of the declining presence of traditional banks in Mid-Cap lending.

Prior to the 2009 financial crisis, providing (senior) loans to middle-market companies had been almost the exclusive domain of commercial banks. However, as a result of the financial crisis, the European banking sector underwent fundamental changes, including nationalisation, consolidation and bankruptcy. This led to a decrease in the number of banks active in the Mid-Cap loan market.

Moreover, traditional banks have been significantly constrained in their lending capabilities as the Basel regulations have forced them to comply with onerous capital requirements, which has led them to (i) increase their capital and comply with reserve requirements, (ii) scale down loan origination (specifically in certain “difficult” sectors), (iii) push back on leveraged loans, and (iv) reduce their loan books.

As a result, certain Mid-Caps have struggled to obtain suitable financing from the traditional banks. This is where private / direct lenders have come in to fill the funding gap.



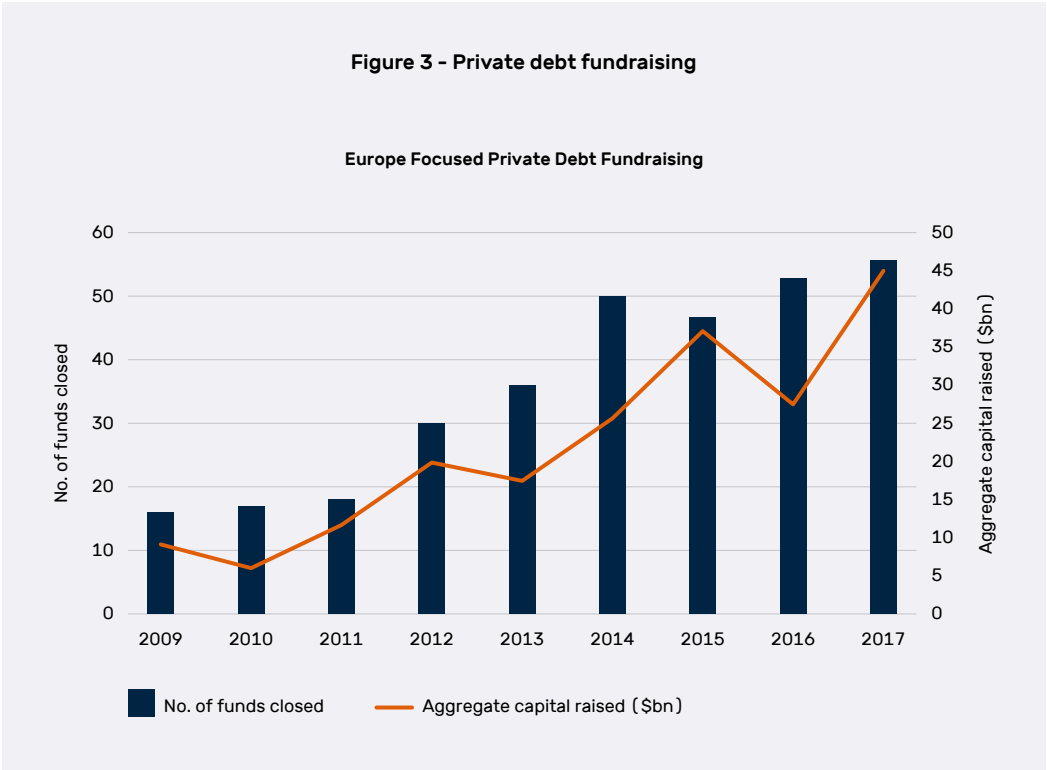
Source: European Banking Federation

1. Who, what, how?

Many direct lenders are funds which have comparable features to those seen in the private equity sector, i.e., a finite life of 10 years with a 3-5 / 5-7 year investment period.

These debt funds are often backed by institutional investors, such as insurance companies and asset managers, that have been drawn to the private debt market given the current excess liquidity in the public markets. As a result, these investors have over the years developed a deeper understanding of the asset class, leading them to increasingly view it as a strategic portfolio allocation.

Figure 3 shows the increasing number of European focussed private debt funds, together with the significant amounts of capital raised by such funds.



Source: Pride Capital Partners

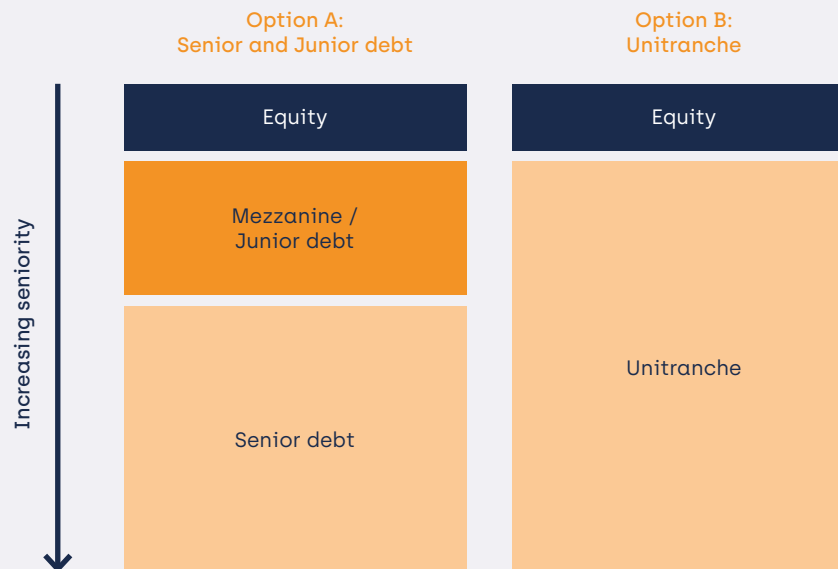


Features and key differences to bank lending

No amortisation / bullet repayment: private debt lenders provide borrowers with access to non-amortising, bullet structures, whereas banks are keen to reduce their exposure vis-à-vis the borrower through amortisation of the loan. Bullet structures reduce the debt service of the borrower which leads to more cash in the business.

Flexibility: direct lenders are willing to provide borrowers with an increased level of structural flexibility (headroom on covenants, increased leverage, dividend distributions, etc.) thereby offering a tailor-made financing solution. However, direct lenders will be seeking a higher yield in return for the flexibility and creativity provided.

Figure 4 - simplified capital structure



Source: DWS

Financing across the capital structure: direct lenders are able to offer financing solutions across the capital structure of the borrower. Generally, there are 3 categories of private debt:

- (i) Senior loans: first lien loans secured by a (first ranking) security package, which serve as an alternative to bank financing. However, as mentioned above, direct lenders will be able to grant a tailor-made / flexible financing solution.
- (ii) Junior loans: subordinated loans (mezzanine and second lien) which rank behind the senior loan(s) in priority. Junior lenders will be looking for a higher reward given the higher risk assumed.
- (iii) Unitranche financing: a financing solution provided via a single debt facility / tranche. Such loans combine elements of both senior and junior debt, but are first lien in priority as generally no debt tranche is in front of them.

Figure 4 shows a simplified capital structure. In practice, however, we have seen deals where the RCF and Capex facilities are being provided by the banks ("super senior lenders") and the unitranche by the debt fund(s). An (LMA based) intercreditor agreement will then be entered into for the purpose of setting out, among other things, the ranking of each creditor's claims according to a payment waterfall.

Others: private debt lenders (i) often mimic coupon features as sometimes seen in mezzanine transactions, such as PIK payments, as well as warrants or other equity-linked structures, (ii) do not or in a rather limited way syndicate the loans, leading them to take on bigger participations, (iii) request call protections against early repayments, and (iv) have shorter credit committee processes, allowing a higher speed of deal execution.

2. Direct lending in Belgium

Offering private debt to Belgian corporates does not qualify as such as a banking activity or any other regulated activity. Moreover, Belgian law is characterised by the "freedom to contract" principle and only features a limited number of mandatory provisions (e.g., interest on interest, early repayment penalties, SME law, etc.) which could potentially limit such freedom.

In addition, the Belgian law legal framework applicable to (direct) lending activities (including the creation, perfection and enforcement of security interests) is straightforward and user-friendly, which makes Belgium a favourable jurisdiction to financing transactions. An overview of this legal framework is set out in point 5 below.

To conclude, private debt is from a Belgian law perspective ideally placed to offer tailor-made financing solutions to corporate borrowers across every industry or sector.

3. Belgian legal framework

3.1 Direct lending

Key issues - Lending	Assessment
Licensing requirements	Direct lending is unregulated and does not require a license, registration or filing.
Withholding tax implications of interest payable by a Belgian Obligor	UK and Luxembourg regulated AIFs having the form of a legal entity are as a rule exempted from Belgian withholding tax on interest payments made by a Belgian Obligor.
Excess borrowing and thin capitalization rules	At arm's length interest expenses borne by a Belgian Obligor in the framework of the exercise of its business activity are tax deductible, provided however that the structure cannot be considered "tax abuse". This means that the expenses are incurred in order to earn or preserve taxable income. Belgian tax law also provides some additional limitations on the deductibility of interest expenses. The main exception is the rule limiting the deduction of arm's length excess borrowing costs to the extent that they are higher than 30% of the taxpayer's EBITDA and higher than a EUR 3 million threshold apportioned to group companies based on a certain formula. The rule replaces a thin capitalization rule, according to which interest payments on loans exceeding a debt:equity ratio of 5:1 were not tax deductible. It should be noted, however, that the 5:1 debt:equity rule still applies for (i) intragroup loan agreements concluded before 17 June 2016 (and not substantially amended since then) and (ii) interest payments made to low-taxed entities.
Exchange controls	No exchange control authorisations or regulations exist in Belgium in relation to the entry into and the performance of financing transactions. The National Bank of Belgium (NBB) compiles information on cross-border transactions such as commercial credits, solely for reporting purposes. Non-compliance by Belgian obligors with informing the NBB of such cross-border transactions has no effect on the validity and enforceability of financing transactions.
Financial assistance rules	The Belgian financial assistance rules prohibit a Belgian company from advancing funds, making loans or providing security with a view to the acquisition or the subscription of its shares or profit-sharing certificates by a third party. Belgian financial assistance only comes into play when the shares of a Belgian company are the direct subject of an acquisition. An indirect acquisition of a Belgian company does not trigger Belgian financial assistance rules. In case of a Belgian Target, the assets of the Belgian Target cannot be used to secure the acquisition related loans; the shares of the Belgian Target can be pledged; the assets of its subsidiaries can equally be pledged. In addition, (i) in case of multiple targets, the facilities can be tranching so that cross collateralisation can be achieved by excluding the relevant target's acquisition debt, and (ii) debt for operational purposes or to refinance existing indebtedness of the target, are also not covered under the Belgian financial assistance provisions.



Key issues - Lending	Assessment
Corporate benefit	Entering into a financing transaction by a Belgian company must always be to the corporate benefit of such Belgian company. This point can, however, never be settled beyond doubt, as it will mainly depend on the factual situation. In appreciating the corporate benefit of a Belgian company, directors must (i) on a primary level look into the direct benefits the Belgian company may receive out of the transaction, such as (in) direct borrowings, commercial opportunities, group synergies, treasury synergies, etc, and (ii) only on a secondary level look into the indirect benefits, such as the benefit of the group. Proportionality is the main criterion to assess the level of risk which can be incurred by a Belgian company and consequently the (potential) financial solidarity which it is willing to incur. The risk incurred by the company may not be disproportionate vis-à-vis the benefits it expects to receive out of the envisaged transactions, taking into account several other elements such as the borrowing base, the financials of the transaction, the collateral granted by other group companies, the risk of acceleration, etc. It is important to note that (i) the ultimate decision whether a transaction is or is not within the corporate interest of a Belgian company, lies with the board of directors of such Belgian company, and (ii) it is not prohibited under Belgian law to guarantee / secure the full amount and liabilities of a financing transaction (the board minutes should in that case state the reasons why the benefits outweigh the risks / potential liabilities involved). Each transaction will create its own risk / benefit balance. See also under point 2 – Guarantees.
Corporate resolutions and works council	Although not required from a strictly legal point of view, board resolutions are more than advisable to approve the entry into a financing transaction and related security interests in order to deal with conflicts of interest and corporate benefit issues. Shareholder resolutions are in principle not required to approve a financing transaction and finance documents in general. Information and consultation of the works council is required for transactions which may materially impact the going concern of a Belgian company (which is deemed not to be the case for typical financing transactions), however, no actual consent is required. Neglecting the information and consultation obligation shall never lead to the nullity of a financing transaction, but may jeopardize director's liability.
Belgium - lender friendly	(i) No regulatory constraints in offering corporate loans in Belgium, and (ii) secured lenders have a strong position in insolvencies and the related priority rules. Security interests over Belgian assets are in general (i) easy to create without burdensome formalities or costs, and (ii) enforceable out-of-court with important protection under Belgian insolvency laws.

3.2 Security interests and guarantees

Key features – Security interests and guarantees	Assessment
License to enter into and enforce security and guarantees	It is not necessary under Belgian law that a (direct) lender should be licensed, qualified or otherwise permitted to conduct business in Belgium in order to enable such foreign lender to have the benefit of and to enforce security interests or a guarantee against a Belgian company.
Types of security interests	Pledge agreements over (tangible and intangible) moveable assets. Notarial mortgage deeds over immovable assets.
No dispossession requirement	<u>Pledges over moveable assets</u> can be created on a non-possessory basis by means of a simple pledge agreement with the enforceability towards third parties being effected through a registration of the pledge in an online pledge register which is publicly available for consultation (see also next paragraph for exceptions to this rule). A pledge registration will remain valid for a period of 10 years following which the registration will have to be renewed if the pledge is required to continue to secure financing. The physical dispossession of the pledged assets in the hands of a (third-party) pledge holder, such as a warehouse, remains an alternative to the electronic registration, but it is advisable to also register possessory pledges in the pledge register.
Pledge register	<u>Pledges over moveable assets</u> should be registered in the online pledge register in order to create ranking and enforceability (10-year validity). However, the following asset classes cannot be registered in the pledge register and ranking and enforceability is differently regulated (see point 3 – Overview security interests): • receivables • bank accounts • shares • Euroclear securities • Trademarks & patents (only in respect of enforceability)
Mortgage register	<u>Mortgages over immovable assets</u> (and vessels) must be registered in the local mortgage register to be valid, create ranking and to be enforceable (30-year validity).

Key features – Security interests and guarantees	Assessment
Secured Obligations, Secured Assets	Pledges over tangible and intangible moveable assets and mortgages can be created to secure current and future obligations. Pledges over moveable assets can secure current and future assets without the need to enter into supplemental pledge agreements. Mortgages can only be vested over the specific real estate and vessels as described therein – not over future immovables.
Enforcement	Enforcement of pledges over moveable assets will not require the intervention of a judge. The pledgor and pledgee will be able to agree on the terms of enforcement, including the possibility to appropriate, sell or lease-out the pledged assets. Only the enforcement of mortgages is an in-court procedure.
Security trustee / agent	The security agent and trustee structure is recognized in all Belgian pledge agreements since 1 January 2018. Such an agent may have the benefit of the pledge for and on behalf of the underlying finance parties. Parallel debt or similar structures used to circumvent the uncertainty related to granting security interests to someone who is not your direct creditor will become superfluous when vesting security interests over movable assets in Belgium (but will remain relevant in the case of mortgages !!).
Guarantees	Under Belgian law, there is no legal prohibition / limitation for a Belgian company to guarantee obligations of group companies, i.e., it is not prohibited to guarantee the liabilities of all obligors. The only condition is that the directors of the Belgian company must be of the opinion that guaranteeing such obligations falls within the corporate benefit of the Belgian company. If the directors are of the opinion that guaranteeing the full liabilities of its group company(ies) create(s) a disproportionate balance between the risks and benefits, taking into account all elements of the transaction, a guarantee limitation can be included. A typical guarantee limitation is either based on an actual amount which the Belgian company is willing to guarantee, or a guarantee linked to the net asset value of the Belgian company which in practice boils down to the higher amount of (i) [70-90]% of the net asset value on the date of the guarantee, (ii) [70-90]% of the net asset value on the date of enforcement, or (iii) the amount on-lent under the facilities to the Belgian company and any of its subsidiaries. <u>Downstream guarantees</u> are as a rule unlimited. <u>Upstream and cross-stream guarantees</u> are in principle limited: some corporate groups (and boards of directors) are more relaxed with full cross and upstream guarantees as they feel that the benefit of the group equals the benefit of the Belgian company (full solidarity within the group to the extent possible). Others take a more stringent approach and insist on having a guarantee limitation as described above as a matter of policy in order to ring-fence any (theoretical) director's liability risks.

3.3 Overview of Security interests

Asset class	Creation	Ranking	Enforceability	Costs	Enforcement
Business (floating charge or enterprise mortgage equivalent)	Pledge agreement	Date of registration in the pledge register.	Date of registration in the pledge register.	EUR 500 +EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court, by means of sale, appropriation or otherwise (contractual freedom).
Receivables	Pledge agreement ⚠ Cannot be registered in the pledge register	Date of pledge agreement.	Against third parties other than the debtors, by means of the execution of the pledge agreement. Against the debtors, by means of notification. Notification against trade debtors is generally not deemed (commercially) feasible on the date of the pledge agreement and takes place upon the occurrence of a trigger event (Default, EoD). Notifications re. intra-group receivables, insurance receivables, receivables resulting out of certain contracts (e.g., acquisition agreement, lease agreements) take place in general on the date of the pledge agreement.	EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court by means of a power of attorney to the benefit of the pledgee to collect the receivables upon an enforcement event. ⚠ Non-assignment clauses are deemed to be unenforceable against the pledgee if the latter was not aware of such clause. No active obligation of the pledgee to review the underlying agreements in this respect.
Inventory	Pledge agreement	Date of registration in the pledge register, OR Date of dispossession of the inventory in the hands of third-party pledge holder – despite dispossession, advisable to register possessory pledges in the pledge register.	Date of registration in the pledge register, OR Date of dispossession of the inventory in the hands of third-party pledge holder.	EUR 500 if registered in the pledge register EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court, by means of sale, appropriation or otherwise (contractual freedom). ⚠ Advisable to enter into a collateral access agreement in order to facilitate enforcement in case the inventory is held by a third-party pledge holder (e.g., warehouse).



Asset class	Creation	Ranking	Enforceability	Costs	Enforcement
Other moveable assets such as equipment, windmills, air-planes, rolling stock etc.	Pledge agreement	Date of registration in the pledge register.	Date of registration in the pledge register.	EUR 500 + EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court, by means of sale, appropriation or otherwise (contractual freedom).
IP	Pledge agreement	Date of registration in the pledge register.	Trademarks & patents: registration in the relevant trademarks & patents register (Benelux, EU, international). Copyrights (e.g. software): Date of registration in the pledge register.	EUR 500 + EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium. Trademarks & patents: registration fee of relevant IP register.	Out of court, by means of sale, appropriation or otherwise (contractual freedom).
Bank accounts	Pledge agreement ⚠ Cannot be registered in the pledge register	Date of pledge agreement	Against third parties other than the account bank, by means of the execution of the pledge agreement. Against the account bank, by means of notification. Notification against the account bank occurs on the date of the pledge agreement.	EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court, by means of appropriation.



Asset class	Creation	Ranking	Enforceability	Costs	Enforcement
Shares	Pledge agreement ⚠ Cannot be registered in the pledge register	Date of pledge agreement	Registration of the pledge in the shareholders register.	EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court, by means of sale or appropriation. ⚠ If the company of the pledged shares takes the form of a BV / SRL, the AoA may need to be amended in order to allow the transfer of the shares upon enforcement.
Euroclear securities	Pledge agreement + Euroclear agreement ⚠ Cannot be registered in the pledge register	Date of pledge agreement.	Transfer of the securities in the pledged Euroclear account.	EUR 0.15 documentary duty if executed in Belgium.	Out of court, by means of sale or appropriation.
Real estate Vessels	Notarial mortgage deed ⚠ Parallel debt – direct creditorship provisions are required in case of a security agent structure. ⚠ Registered in the local mortgage register, not in the pledge register.	Date of registration in the mortgage register.	Date of registration in the mortgage register.	Appr. 1.5% notary, mortgage and registration fees over the secured amount which is based on the value of the real estate / vessel. Alternative: mortgage mandate which only incurs limited notary fees.	In court.



Tom Geudens

Partner

T +32 (0)2 787 90 08

E tom.geudens@lydian.be



Caroline Hoste

Counsel

T +32 (0)2 787 91 25

E caroline.hoste@lydian.be

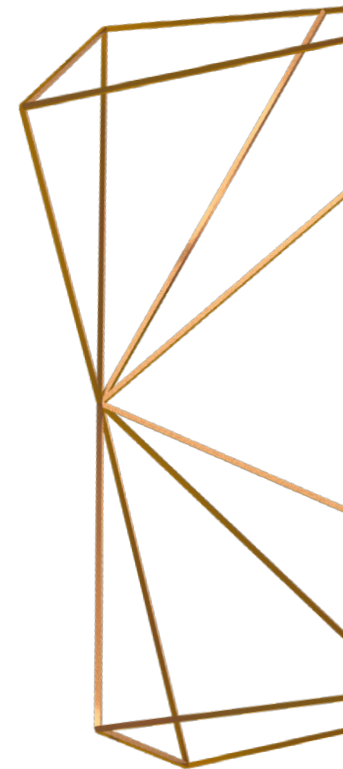


Dries Leirs

Senior Associate

T +32 (0)11 260 052

E dries.leirs@lydian.be







Preparing and submitting evidence of genuine use in a trademark litigation

If you are a trademark owner, there may come a time when you have to substantiate the genuine use of your trademark.

After all, once your trademark has been registered, outside of the five-year grace period, you will be expected to use it. If the trademark remains unused for longer than five years without due cause, it could be declared to have lapsed and be revoked (in its entirety or for some of the goods or services).

In this article, we will explain when you may have to substantiate such use, what kind of proof you will have to deliver and how to collect this proof so that you can be prepared.

1. When does a trademark owner have to substantiate the genuine use of a trademark?

Different scenarios are possible under Benelux law.

This could happen if:

- The defendant files a counter-claim in an opposition or cancellation procedure before the Benelux Office for Intellectual Property (BOIP) or in an infringement or cancellation proceedings before the judicial courts in Benelux;
- The claimant files a cancellation / revocation procedure for non-use before the BOIP or before the judicial courts in Benelux.

Failure to prove such use (if the trademark is already subject to an obligation of use) can hence result in dramatic consequences such as the rejection of your opposition or even the revocation of your trademark registration.

2. How to prove genuine use? What proof to collect?

You will have to demonstrate a genuine and not symbolic use of the trademark concerned.

The BOIP or the court has to assess whether the trademark in question is used in accordance with its essential function and for the purpose of creating or maintaining market share for the goods or services protected. That assessment must have regard to all the facts and circumstances relevant to the main proceedings, including the characteristics of the market concerned, the nature of the goods or services protected by the trademark, the territorial extent and the scale of the use as well as its frequency and regularity.

The proof of use has to relate to the sign / trademark at stake for the goods and/or services concerned during a specific period of time (for instance, in the case of an opposition procedure, in the period of five years prior to the publication date of the trademark against which the opposition is directed) and within a specific territory (here, in principle Benelux).

The following documents are always helpful in substantiating the genuine use of a trademark:

- Invoices, purchase orders, price lists;
- Commercial and advertising documents such as catalogues, brochures, leaflets etc.;
- Independent press publications;
- Website extracts;
- Product packaging, labels, tags, photographs showing the trademark on the goods.

You should make sure that the evidence you produce **shows the trademark** distinctly (the sign as registered), that it is **dated** (during the relevant period) and that the **country of use** (within the correct territory, in this case, in principle Benelux) is clearly mentioned. Documents serving to substantiate arguments or as proof of use of a trademark do not necessarily need to be drawn up in the **language** of the proceedings or one of the languages used by the BOIP. These documents may be submitted in their original language. The documents will only be considered, however, if the BOIP judges that they can be sufficiently understood, in light of the reason for their submission.

Moreover, it is important to note that, for administrative proceedings before the BOIP, since 1st January 2021 **“quality over quantity”** is the new motto concerning the submission of evidence of use in trademark litigation.

In fact, a new rule has been issued by the BOIP Director-General setting additional requirements on the submission of proof in proceedings before the BOIP.

It is not desirable to file a compilation of hundreds of documents if they are moderately relevant. Doing so only creates unnecessary work for all parties involved in the proceedings and also creates a risk that the material will not be interpreted as you intended.

This is why, when submitting evidence of use before the BOIP, you have to ensure that the evidence you submit abides by the following rules:

- **Bundling:** the documents must be included in a bundle with a determined number of items;
- **Contents:** the bundle should contain a table of contents. The table of contents must provide for three elements:

1. *Numbering:* the items in the bundle should be numbered and this numbering should be included in the table of contents;
2. *Description of the documents:* the nature of the item has to be described in the table of contents. For example: *“Invoices”, “Examples of advertisements”, “Website extracts”, etc.*
3. *Description of the facts:* you must indicate as precisely as possible the facts presented in each item in the table of contents. Continuing along the same lines as the above examples:
 - *“Invoices for [products] with [brand] from period [month year] - [month year]; including turnover figures for [products] with [brand] from period [month year] - [month year]”;*
 - *“Examples of advertisements for [products] with [brand] in [newspaper, country]; [magazine, country] from period [month year] - [month year]”.*
 - *“Website of [petitioner] with examples of use [trademark]; Website of [third party] with examples of use [trademark]”.*

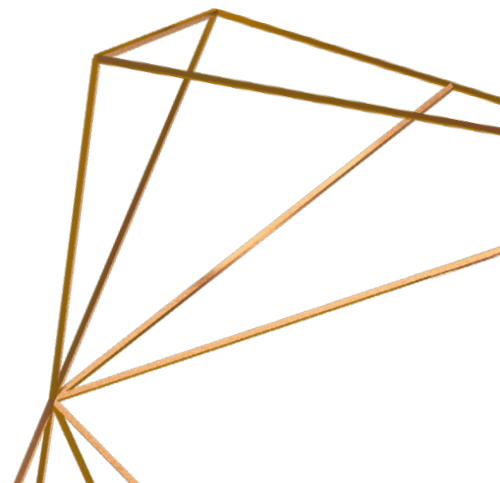
- **Precise reference:** you must indicate in the bundle the number of the document relating to a specific claim or statement;
- **Marking:** in order to facilitate the task of the reader, you should mark relevant parts of the documents if they are not obvious;
For example, if an advertisement covers only a small part of a page, you should mark it.
- **Size:** the BOIP strongly recommends that a maximum of 110 pages is observed.

3. How to collect evidence of genuine use?

The need to gather evidence of genuine use is often disregarded during the life of a trademark and then one day you may be in a position where you have only months or even weeks to gather evidence showing historical use of your trademark.

Hence, we advise you to regularly compile proof of use so that you can defend yourself quickly in the event of an action.

The regular collection of such documents entails the implementation of a process that should be continuous. For example, you may need to train your employees and inform them of the importance of such documents. You may also create user manuals and FAQs intended for your employees.



If you **gather evidence of the use of your trademarks on a regular basis** and, if you adhere to the motto **"quality over quantity"**, you will be well equipped to tackle any trademark dispute.

If you wish to receive any further information or guidance on evidence gathering, do not hesitate to contact us.



Annick Mottet

Partner

T +32 (0)2 787 90 13

E annick.mottet@lydian.be



Olivia Santantonio

Counsel

T +32 (0)2 787 90 07

E olivia.santantonio@lydian.be

Openbaar domein en domeingoederen in het nieuwe goederenrecht: Verankering zonder definitieve afbakening?

Inleiding

Het openbaar domein in België wordt klassiek gekenmerkt door het 'Franse' onderscheid tussen openbare domeingoederen en private domeingoederen.

Openbare domeingoederen zijn door hun aard of door de bevoegde overheid uitdrukkelijk of stilzwijgend bestemd voor het gebruik door allen of voor het gebruik door een openbare dienst. Deze goederen zijn niet (vrij) overdraagbaar. Door hun onbeschikbaarheid vallen ze principieel buiten de handel. Anders gezegd, zij kunnen dus in beginsel niet door één of meerdere (privaatrechtelijke of publiekrechtelijke) personen exclusief in gebruik worden genomen.

Private domeingoederen zijn wel binnen de handel en komen in aanmerking voor privaatieve ingebruikname. Zij leunen het dichtst aan bij wat men kan beschouwen als een soort van onroerend vermogen van de overheid.

Dit stringente onderscheid tussen openbare en private domeingoederen is echter reeds geruime tijd voer voor controverse. De grens tussen publieke en private goederen is in de loop der jaren dan ook steeds meer vervaagd.

Onder impuls van het streven naar een verhoogde rentabiliteit van het openbaar domein is er gaandeweg een opening gekomen om persoonlijke en zelfs zakelijke gebruiksrechten toe te staan op domeingoederen. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan het gebruik van het openbaar domein in het kader van publiek-private samenwerking (PPS).

De voorzichtige tendens naar het toekennen van gebruiksrechten op het openbaar domein bleef in wezen tijdelijk en precair van aard. De bevoegde overheid, m.n. de titularis van het betrokken domeingood, behield immers de vrijheid om over deze openbare domeingoederen te beschikken. Deze beschikkingsvrijheid werd evenwel beperkt tot gegronde redenen van openbaar belang (bv. de continuïteit van een openbare dienst) en getemperd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, mededinging, transparantie en gelijkheid.

Ondanks de voorzichtige tendens om, binnen de contouren van de *numerus clausus*, meer mogelijkheden tot privaatieve ingebruikname van het openbaar domein te creëren, werd er onder het *oude regime* van het goederenrecht steeds over

gewaakt dat het openbaar karakter van de openbare domeingoederen gevrijwaard bleef.

1. Het nieuwe (domein)goederenrecht

In diezelfde lijn zal de invoering van het nieuwe goederenrecht op basis van artikel 2 van de Wet van 4 februari 2020 houdende Boek 3 'Goederen' van het Burgerlijk Wetboek (*BS 17 maart 2020*) eveneens repercussies hebben op de napoleontische opvattingen omtrent het openbaar domein. Deze hervorming is in werking getreden op 1 september 2021.

De krachtlijnen van de hervorming schuilen in de integratie, de instrumentalisering (functionalisering), modernisering, flexibilisering en vergelijkende benadering van het goederenrecht.

Zal dit nieuwe goederenrecht leiden tot een integratie van de domeingoederen in het vermogensrecht en bijgevolg tot een verdere erosie van het begrip 'openbaar' domein?

Onder het *nieuwe regime* van het goederenrecht heeft de wetgever er alvast voor teruggedeeind om het onderscheid tussen openbare en private

domeingoederen volledig op te heffen. Er is eerder gekozen voor wat men als een 'evolutief status quo' kan beschouwen.

Nochtans was er de laatste decennia in de rechtspraak een groeiende nood ontstaan aan flexibiliteit en contractuele modulering van zakelijke rechten ten behoeve van projectontwikkeling, vermogensplanning, meervoudig grondgebruik, enzovoort. Er is echter gekozen voor evolutie in plaats van revolutie.

In de algemene inleiding verantwoorden de opstellers van het wetsvoorstel dat het Boek 3 'Goederen' principieel van aanvullend recht is (artikel 3.1 BW) door te wijzen op het toegenomen belang van de wilsautonomie.

In hun commentaar bij artikel 3.2 BW verwijzen zij eveneens naar het principe van de subsidiariteit en het beginsel *lex specialis derogat legi generali* om aan te geven dat zij zich naar aanleiding van de hervorming van het goederenrecht, dat behoort tot het privaatrecht, zo min mogelijk op het gladde ijs van andere rechtsdomeinen wensen te begeven.

Weliswaar merken de opstellers van het Wetsvoorstel Hervorming Goederenrecht terecht op dat de specifieke categorie van openbare domeingoederen haar plaats heeft in het goederenrecht. Toch wordt het administratieve leerstuk inzake het vestigen of verkrijgen van gebruiksrechten op het openbaar domein in zekere mate als een hete aardappel doorgeschoven:

"Zij willen evenwel geen partij kiezen in controversen die de specialisten inzake publiekrecht verdelen".

De artikelsgewijze toelichting bij het artikel 3.59. 'Publieke en private goederen' Wetsvoorstel Hervorming Goederenrecht bevat evenwel een omstandige en vrij overtuigende motivering waarom de formulering van de goederen van het openbaar domein zo ruim en neutraal mogelijk wordt gehouden.

In eerste instantie verwijst men naar de oude artikelen 537 en 538 OBW waarin de klassieke visie op het openbare domein is vervat:

"Art. 537. Bijzondere personen beschikken vrij over de hun toebehorende goederen, behoudens de door de wetten gestelde beperkingen. Goederen die

niet aan bijzondere personen toebehoren, worden beheerd en kunnen alleen worden vervreemd met inachtneming van de vormen en overeenkomstig de regels die daarvoor in het bijzonder bepaald zijn."

"Art. 538. De wegen, banen en straten die ten laste zijn van de Staat, de bevaarbare of vlotbare stromen en rivieren, de stranden, aanwassen en gorzingen van de zee, de havens, ook getijhavens, de reden en, in het algemeen, alle gedeelten van het Belgisch grondgebied die niet vatbaar zijn voor bijzondere eigendom, worden beschouwd als behorend tot het openbaar domein."

In het uiteindelijke artikel 3.45 BW staat een nieuwe 'definitie' van domeingoederen opgenomen (lid 1) evenals de 'rechtsgevolgen' van deze kwalificatie (lid 2):

"Publieke goederen behoren tot het privaatrecht, behalve indien ze tot het openbaar domein zijn bestemd.

Goederen behorend tot het openbaar domein zijn niet voor verkrijgende verjaring door een andere

privaatrechtelijke of publiekrechtelijke persoon vatbaar en kunnen evenmin het voorwerp van natrekking of van enige andere wijze van oorspronkelijke verkrijging zijn ten gunste van een andere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke persoon. Evenwel kan een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingood bestaan in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat.”

2. Analyse van wijzigingen en aanvullingen

In het nieuwe artikel 3.45 BW vallen er twee cruciale wijzigingen inzake domeingoederen te noteren:

- Ten eerste vormen de private domeingoederen nu de restcategorie, terwijl dit voorheen de openbare domeingoederen waren.
- Ten tweede wordt er in een uniforme en algemene wettelijke regeling voorzien voor het vestigen van persoonlijke en zakelijke rechten op openbare domeingoederen.

Wat betreft het statuut van domeingoederen draait men het vermoeden dus gewoon om. Alle domein-

goederen moeten als private domeingoederen worden beschouwd, tenzij de openbare bestemming of affectatie van het specifieke domeingood kan worden aangetoond.

Het lijkt vrij eenvoudig om het publieke karakter van ‘natuurlijke’ openbare domeingoederen te bewijzen. Men kan hierbij denken aan de zeeën, stranden en duinen, rivieren en havens, autowegen en spoorwegen (cf. artikel 538 OBW).

In de praktijk is het echter niet altijd evident om de bestemming van een goed tot het gebruik van allen aan te tonen. Waaruit moet die ‘affectatie’ tot het openbaar domein dan blijken en op welke partij rust de bewijslast?

Het valt alvast te betreuren dat er in het nieuwe wetsartikel 3.45 BW geen (duidelijke) aanknopingspunten zijn opgenomen om te definiëren welke uitdrukkelijke of impliciete tussenkomst van de bevoegde overheid volstaat opdat een goed kan worden beschouwd als *“bestemd tot het openbaar domein”*.

Op die manier wordt het – doelbewust – aan de casuïstische evolutie in de rechtspraak en de

rechtsleer overgelaten om concreet in te vullen hoe de openbare bestemming feitelijk en juridisch kan worden vastgesteld:

“Het is de bedoeling dat de formulering van de definitie van de goederen van het openbaar domein zo ruim mogelijk is, teneinde rechtsleer en rechtspraak ter zake in zekere zin met elkaar in overeenstemming te brengen.”

“In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State hebben de opstellers geopteerd voor open definities, die door de rechtspraak en rechtsleer te concretiseren of zelfs verder af te bakenen zijn.”

Doordat private domeingoederen sinds 21 september 2021 een restcategorie geworden zijn, valt het minstens in theorie niet uit te sluiten dat plots de ‘openbare bestemming’ van bepaalde domeingoederen op losse schroeven komt te staan. De nieuwe wettekst laat immers in het midden of die ‘openbare bestemming’ uitdrukkelijk of stilzwijgend kan of moet worden (her) bevestigd. Nog delicaat wordt de kwalificatie van openbare domeingoederen op het openbaar domein,

denk maar aan nutsvoorzieningen en andere openbare infrastructuur.

Het zal dus de nodige tijd vergen om de kwalificatie als openbaar domeingoed uit te kristalliseren. De prijs die voor deze neutrale opstelling wordt betaald is de relatieve rechtsonzekerheid.

Wat betreft de gebruiksmogelijkheden van het openbaar domein is er wel degelijk sprake van een verankering van een geleidelijke evolutie. In die zin is het dus zeker een belangrijke verdienste dat er onder het nieuwe regime in een uniforme en algemene wettelijke regeling is voorzien voor het vestigen van persoonlijke en zakelijke rechten op openbare domeingoederen.

Onder het oude regime was de praktijk van het vestigen van privatieve gebruiksrechten op openbare domeingoederen 'slechts' gestoeld op praetoriaans recht, m.n. de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Zo had het Hof van Cassatie reeds bevestigd dat de omstandigheid dat een goed behoort tot het openbaar domein niet verbiedt dat een *erfdienstbaarheid* op dat goed wordt gevestigd, indien deze verenigbaar is met

de openbare bestemming van dat domein, het publieke gebruik van dat goed niet in de weg staat en geen afbreuk doet aan het recht van de administratie om dat gebruik te regelen en te veranderen volgens de behoeften en het belang van de collectiviteit.

Het Hof van Cassatie heeft dat vervolgens getransponeerd in het kader van een *opstalrecht*. Deze redenering naar analogie werd over het algemeen gunstig onthaald door de rechtsleer.

Een ander voorbeeld betreft het vestigen of verkrijgen van een *erfpachtrecht* op een openbaar domeingoed.

Deze gestage evolutie in de rechtspraak en rechtsleer om (zakelijke) gebruiksrechten op openbare domeingoederen te erkennen, is nu veilig verankerd in het nieuwe artikel 3.45 BW.

Zo is het gebruik van huur, erfpacht of opstal binnen het domein van de privaat-publieke samenwerking niet langer principieel uitgesloten. Men kan dus spreken van een wettelijke veralgemening van de rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de mogelijkheid om

de goederen van het openbaar domein met zakelijke rechten te bezwaren.

Door deze verruiming van de gebruiksrechten op onroerende goederen wordt bijvoorbeeld ook de vestiging van een eeuwigdurend opstalrecht mogelijk voor zover dat opstalrecht past binnen de specifieke bestemming van het betrokken domeingoed.

Met andere woorden, in plaats van een limitatieve opsomming van persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten op het openbaar domein, wordt er onder het nieuwe regime een opening gelaten aan de rechtspraak en de rechtsleer om – onder dezelfde voorwaarden en met dezelfde beperkingen – persoonlijke of zakelijke gebruiksrechten toe te staan op domeingoederen.

Vanuit een functionele benadering van het openbaar domein creëert de wetgever daardoor meer mogelijkheden tot rentabilisering en verlaat men de klassieke gedachte van de principiële onbeschikbaarheid van het openbaar domein. Het openbaar domein wordt geïnstrumentaliseerd zodat vastgoedontwikkeling niet langer *a priori* wordt uitgesloten.

Cruciaal is dat hierbij wordt vastgehouden aan het evenwicht om persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten toe te staan voor zover de uitoefening ervan verenigbaar is met de openbare bestemming van het goed. De vestiging van private of zakelijke gebruiksrechten moet dus zodanig worden omschreven dat het gebruik door allen wordt gewaarborgd voor nu en voor de toekomst.

Deze 'functionele' beoordeling van het gegeven of de openbare bestemming van de openbare domeingoederen al dan niet in het gedrang komt bij het erop toekennen van exclusieve gebruiks- of eigendomsrechten, vergt een individuele beoordeling en een *in concreto* toetsing aan het algemeen belang.

Opnieuw heeft de wetgever echter nagelaten om hiervoor concrete criteria aan te reiken. Vast lijkt te staan dat vooral de impact op de openbare bestemming en niet zozeer de aard of de duurtijd van het verleende recht bepalend zullen zijn. Het is verder wachten op de noodzakelijke verfijning die de rechtspraak en de rechtsleer – geval per geval – zullen moeten aanbrengen.

Naast deze twee belangrijke nieuwigheden bevestigt het nieuwe wetsartikel artikel 3.45 BW ook nog een aantal bestaande principes.

Zo wordt de onbeschikbaarheid van een openbaar domeingood bevestigd voor de verkrijgende verjaring en voor de natrekking door enige andere publiekrechtelijke of privaatrechtelijke persoon en zelfs veralgemeend naar elke oorspronkelijke wijze van verkrijging. De publieke goederen worden dus buiten de handel gehouden.

Zoals hoger aangegeven, blijft de openbare bestemming van openbare domeingoederen gekenmerkt door het gebruik van allen, ondanks het ontbreken van meer gedetailleerde beoordelingscriteria.

Tot slot kozen de opstellers van het wetsvoorstel inderdaad wederom om "*een neutrale opstelling*" aan te houden met betrekking tot de vraag wie eigenaar kan zijn van een openbaar domeingood.

Daarom valt op basis van deze wettekst niet uit te sluiten dat een openbaar domeingood toebehoort aan privaatrechtelijke personen, al wordt dit niet met zoveel woorden hernomen in de wettekst.





3. Conclusie

Het nieuwe Boek 3 'Goederen' bevat in het algemeen een aantal belangrijke vernieuwingen. Specifiek voor het leerstuk van de goederen van het openbaar domein wordt echter niet gekozen voor revolutie maar voor evolutie. Er wordt alvast geen reeks nieuwe wetsartikelen in het Boek 3 'Goederen' geïntroduceerd die 'definitief' komaf maken met de nog onbeslechte controverses uit het verleden.

Toch vallen er minstens twee duidelijke stellingnames te noteren in het nieuwe goederenrecht die een aanzienlijke invloed zullen hebben op de praktijk:

Vooreerst worden de private domeingoederen nu een 'restcategorie', terwijl dit voorheen de openbare domeingoederen waren. Deze omkering kadert in een functionele benadering die een maximale rentabiliteit van het openbaar domein beoogt.

Vervolgens is er sprake van een veralgemening van de mogelijkheid om persoonlijke en zakelijke gebruiksrechten op openbare domeingoederen te vestigen. Daarmee wordt aansluiting gezocht met de reeds op gang getrapte flexibilisering van de

zakelijke gebruiksrechten, waaronder het recht van vruchtgebruik en de rechten van erfpacht en opstal. Deze evolutie naar nieuwe mogelijkheden voor de vastgoedpraktijk betreffende het openbaar domein valt zeker toe te juichen.

Een belangrijk minpunt is dat er geen standpunt werd ingenomen omtrent de wijze waarop de openbare bestemming van domeingoederen moet worden 'bewezen' voor zover daar discussie over zou rijzen. Op die manier blijft het voor de rechtsonderhorige onduidelijk om uit te maken of deze wordt geconfronteerd met een privaat of een openbaar domeingoed, aangezien de voorwaarden voor de materialisering of "*verwezenlijking*" van de openbare bestemming niet in de spreekwoordelijke stenen van het nieuw Burgerlijk Wetboek zijn gebeiteld.

De wetgever heeft nagelaten om dergelijke discussies te ontminnen. Daarentegen werd ervoor geopteerd om aan de rechtspraak en de rechtsleer nog de nodige ruimte te laten zodat de standpunten naar elkaar kunnen toegroeien. Bij gebrek aan een consensus in de gespecialiseerde rechtsleer omtrent de interpretatie van de cassatierechtspraak kan men in zekere zin

begrip opbrengen voor deze eerder afwachtende houding.

Evenwel houdt deze keuze voor een evolutieve interpretatie van het nieuwe artikel 3.45 BW tegelijkertijd een gemiste kans in om eindelijk, na een jarenlange controverse, rechtszekerheid te creëren omtrent het statuut en de rechtsgevolgen van publieke en private (domein)goederen.

Daarom valt te hopen dat de rechtspraak en rechtsleer snel een eenduidig antwoord kunnen bieden op de vraag hoe men de openbare bestemming van domeingoederen sluitend kan vaststellen. Dat de wetgever eerder op de specialisten inzake publiekrecht vertrouwt dan op de (cassatie)rechtspraak om de tekst van artikel 3.45 BW te "*laten evolueren in de richting die het meest wenselijk lijkt met betrekking tot die diverse knelpunten*" is niet zonder meer geruststellend te noemen, te meer omdat vanuit administratiefrechtelijk perspectief doorgaans voor een (voorbijgestreefde) organieke benadering wordt gepleit.

In afwachting van een 'definitieve' afbakening van het openbaar domein(recht), kan de rechtspraktijk alleen

maar wel varen bij de verankering van de gestage evolutie om domeingoederen meer en meer in het economisch verkeer te betrekken – zij het niet voor het gebruik door allen, dan wel voor het goed van eenieder – en dit in lijn met de modernisering, functionalisering en flexibilisering van het nieuwe goederenrecht.



Wouter Neven

Partner

T +32 (0)2 787 90 82

E wouter.neven@lydian.be



Jens Debièvre

Partner

T +32 (0)2 787 90 65

E jens.debievre@lydian.be



Matthias Castelein

Associate

T +32 (0)2 787 91 03

E matthias.castelein@lydian.be

COVID-19 op de werkvloer: een z{t}aak voor werkgevers en verzekeraars?

De uitbraak van COVID-19 midden maart 2020 heeft België een hele periode zo goed als lamgelegd en wellicht zullen we nog een hele tijd met het virus moeten leven. Om de verspreiding ervan tegen te gaan en nieuwe opflakkingen zoveel mogelijk te vermijden, zijn verregaande maatregelen afgekondigd die een grote impact hebben op de bedrijfsorganisatie. Ondernemingen hebben in allerijl preventiemaatregelen moeten nemen om hun activiteiten in zo veilig en gezond mogelijke omstandigheden te organiseren. De belangrijkste waren ongetwijfeld het zogenaamde telethuiswerk en de social distancing.¹ Ondanks de diverse inspanningen valt een besmetting op de werkvloer helaas niet uit te sluiten. Dit kan verregaande gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van de werkgever.

1. Voorkomen van een COVID-19 besmetting

1.1 Welke verplichtingen rusten op een werkgever?

Als algemeen principe geldt dat de werkgever hoofdeindeverantwoordelijke is voor het **welzijnsbeleid** in zijn onderneming. Hij heeft namelijk een zorgplicht ten aanzien van de werknemers en is verplicht hen een veilige werkplek te bieden en maatregelen te nemen om hun gezondheid, veiligheid en welzijn zoveel mogelijk te bevorderen en te verzekeren. Deze verplichting vloeit onder meer voort uit artikel 20, 2° van de Arbeidsovereenkomstenwet (AOW), artikel 5, §1 van de Welzijnswet en artikel IX.2-2 van de Codex Welzijn. Het gaat hierbij om een inspanningsverbintenis.

In het licht van deze algemene zorgvuldigheidsverplichting moeten werkgevers specifieke **risicoanalyses** uitvoeren in samenwerking met de interne en/of externe preventiedienst. Wanneer een risico op COVID-19-besmetting wordt vastgesteld, moet de werkgever nagaan welke **maatregelen** hij kan nemen

om dat risico te beheersen en om een besmetting met en verspreiding van COVID-19 zoveel mogelijk te vermijden.

De *'Generieke gids om de verspreiding van COVID-19 op het werk tegen te gaan'*² vormt daarbij een praktische leidraad. Afhankelijk van de sector waarin een onderneming actief is, zijn er ook specifieke sectorgidsen beschikbaar. Ondernemingen moeten niet alle maatregelen uit die gidsen implementeren, maar moeten nagaan welke *good practices* voor hen nuttig en haalbaar zijn.

Het volstaat uiteraard niet om preventiemaatregelen te plannen, ze moeten ook worden gecommuniceerd aan en nageleefd door de werkgever, zijn lasthebber (bv. gedelegeerd bestuurder) en zijn aangestelden (bv. werknemers).

De verplichting om preventiemaatregelen te nemen, heeft in het kader van de COVID-19-crisis al een aantal interessante juridische discussiepunten

¹ KB van 28 oktober 2021 houdende de nodige maatregelen van bestuurlijke politie teneinde de gevolgen voor de volksgezondheid van de afgekondigde epidemische noodsituatie betreffende de coronavirus COVID-19 pandemie te voorkomen of te beperken.

² Zie https://werk.belgie.be/sites/default/files/content/news/Generiekegids_light.pdf.

naar boven gebracht, gaande van het onderwerpen van werknemers aan een medische test door de werkgever, bv. een temperatuurmeting en COVID-19-test; tot het ontzeggen van de toegang tot de onderneming aan werknemers die niet gevaccineerd zijn. Deze vraagstukken vereisen vaak een genuanceerd antwoord, gelet op het spanningsveld tussen de welzijns-, discriminatie- en privacywetgeving.

1.2 Welke verplichtingen rusten op een bestuurder?

Als algemeen principe geldt dat bestuurders erover dienen te waken dat de onderneming haar verplichtingen als werkgever naleeft.

In het kader van de COVID-19-uitbraak dienen bestuurders beslissingen te nemen zonder blind te vertrouwen op de door het dagelijks bestuur of andere beslissingsorganen of aangestelden genomen of te nemen maatregelen. Terwijl de aandeelhouders in de algemene vergadering enkel de specifieke bevoegdheden hebben die de wet en de statuten

hun toekennen, is het bestuursorgaan bevoegd voor alle andere zaken en vormen de bestuurders dus het belangrijkste beslissingsorgaan van de onderneming. Indien de beslissingen op een lager niveau worden uitgewerkt, dienen de bestuurders een passend toezicht uit te oefenen.

De bestuurders staan bijgevolg, binnen de grenzen van hun bestuursmandaat, in voor het identificeren en uittekenen van de strategie voor het beheer en de controle van de risico's van de onderneming en haar belanghebbenden, met inbegrip van de risico's die de verspreiding van COVID-19 met zich meebrengen.

1.3 Wat als een werkgever/bestuurder geen of onvoldoende preventiemaatregelen neemt?

Het niet naleven van de algemene welzijnsverplichtingen kan leiden tot **strafrechtelijke aansprakelijkheid**.

Artikel 127 van het Sociaal Strafwetboek (Ssw.) bestraft immers de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber met een sanctie van niveau 3³ voor

inbreuken die hij heeft gepleegd op de bepalingen van de Welzijnswet en de uitvoeringsbesluiten ervan. Het gaat m.a.w. niet alleen om de aansprakelijkheid van de onderneming, maar ook de gedelegeerd bestuurder en de "*hiërarchische lijn*"⁴ kunnen persoonlijk worden vervolgd. Er moet hiertoe geen schade of causaal verband worden aangetoond. Indien deze inbreuken evenwel gezondheidsschade of een arbeidsongeval (*infra*, titel 3.2.2) tot gevolg hebben gehad voor een werknemer, wordt een sanctie van niveau 4⁵ opgelegd. Tevens kan een bevel tot bedrijfssluiting, een beroeps- en exploitatieverbod worden opgelegd.

De niet-naleving van de welzijnsverplichtingen, *in casu* onvoldoende maatregelen nemen om een besmetting op de werkvloer te voorkomen, kan een gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg uitmaken in de zin van artikel 418-420 van het Strafwetboek (Sw.) in de mate dat hierdoor schade wordt veroorzaakt aan iemand anders. Dat soort fout (de lichtste fout inbegrepen) kan aanleiding geven tot zowel strafrechtelijke als **burgerrechtelijke aansprakelijkheid**.

³ Hetzij een strafrechtelijke geldboete van 800 tot 8.000 euro, hetzij een administratieve geldboete van 400 tot 4.000 euro.

⁴ Het gaat om de personen die belast zijn met het uitvoeren van het welzijnsbeleid in de onderneming en waarvan de werkgever de bevoegdheden en verantwoordelijkheden heeft bepaald (bv. managers, afdelingshoofden, teamleiders etc.).

⁵ Hetzij een gevangenisstraf van 6 maanden tot 3 jaar en/of een strafrechtelijke geldboete van 4.800 tot 48.000 euro (het max. kan worden verhoogd tot 576.000 euro ingeval de onderneming wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf), hetzij een administratieve geldboete van 2.400 tot 24.000 euro.

De maatregelen in de strijd tegen de verdere verspreiding van COVID-19 vormen niet alleen een kwestie van bescherming van werknemerswelzijn en volksgezondheid, maar ook een kwestie van respect voor de openbare orde. Daarom werd een specifieke bepaling ingevoegd in het Sociaal Strafwetboek bij het Bijzondere Machtenbesluit nr. 37. Het artikel 238 Ssw. bestraft de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber die in de onderneming de verplichtingen niet naleeft die zijn opgelegd in het kader van de dringende maatregelen om de verspreiding van COVID-19 te beperken. Dit zijn de regels rond *social distancing* en preventiemaatregelen om de veiligheid en gezondheid van de werknemers te verzekeren, zoals onder meer gesuggereerd in de generieke gids. Een sanctie van niveau 2⁶ wordt voorzien, waarbij de geldboete wordt vermenigvuldigd met het aantal betrokken werknemers. De sociale inspecteurs hebben in dit kader ruime controlebevoegdheden gekregen.

1.4 Wat met de verzekeringsrechtelijke aspecten in geval van aansprakelijkheid van de werkgever/bestuurder?

Een verzekeringsovereenkomst kan geen dekking bieden voor strafrechtelijke boetes. In dat geval heeft de verzekeringsovereenkomst immers een verboden oorzaak, conform de artikelen 1108 en 1133 BW en artikel 155 van de Verzekeringwet.

De verzekeringsovereenkomst die er door haar verboden oorzaak toe leidt een onwettige toestand te scheppen of te handhaven of die strijdig is met artikel 155 van de Verzekeringwet leidt tot (gedeeltelijke) nietigheid. Een strafrechtelijke geldboete of een minnelijke schikking in het kader van de niet-naleving van de welzijnsverplichtingen zal dus nooit gedekt zijn onder de verzekering burgerlijke aansprakelijkheid (BA Uitbating) en de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Een administratieve geldboete zal evenmin gedekt zijn indien de administratieve sanctie een strafrechtelijk karakter heeft in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, hetgeen in het kader van de administratieve sancties bij inbreuken op het Sociaal Strafwetboek aannemelijk het geval is.

De verzekeringsovereenkomst kan echter wel dekking bieden voor andere risico's die gerelateerd zijn aan de strafrechtelijke sanctie, zoals dekking voor rechtsbijstand en burgerlijke aansprakelijkheid.

1.5 Welke verplichtingen rusten op een werknemer?

Net als de werkgever heeft ook de werknemer een algemene **veiligheidsplicht** op de werkvloer. Deze ligt vervat in artikel 17, 4° AOW dat de werknemer verplicht zich te onthouden van al wat schade kan berokkenen aan zijn eigen veiligheid en aan die van anderen. Dit artikel moet samen worden gelezen met artikel 6 van de Welzijnswet, dat bepaalt dat iedere werknemer, conform zijn opleiding en de door de werkgever gegeven instructies, naar best vermogen zorg moet dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid en die van andere betrokkenen op de werkvloer. Het is dan aan de zogenaamde '*hiërarchische lijn*' binnen de onderneming om erop toe te zien dat werknemers hun verplichtingen ter zake naleven.

⁶ Hetzij een strafrechtelijke geldboete van 400 tot 4.000 euro, hetzij een administratieve geldboete van 200 tot 2.000 euro.

1.6 Wat als een werknemer de preventiemaatregelen niet opvolgt?

Een werknemer die pertinent en bewust weigert de veiligheidsvoorschriften op te volgen en hierdoor schade veroorzaakt, kan een ernstige tekortkoming worden verweten, in de mate dat de voorschriften uiteraard gekend zijn bij de werknemer. De werkgever kan dan een **tuchtsanctie** opleggen, zoals voorzien in het arbeidsreglement, of zelfs overgaan tot **ontslag**.

Er is intussen al rechtspraak gekend waarbij de weigering door een werknemer om een mondkapje te dragen in een bedrijf waar de *social distancing* niet kon worden gegarandeerd, en dit ondanks de herhaaldelijke instructie hiertoe van de werkgever, een ontslag om dringende redenen rechtvaardigt.

Als een werknemer door dit gedrag daadwerkelijk schade berokkent, bv. een besmetting bij een collega veroorzaakt, rijst de vraag naar de **strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid** van de werknemer. In die context wijzen we op de aansprakelijkheidsbeperking zoals voorzien in artikel 18 AOW.

Tot slot kan aan een werknemer ook een strafsanctie worden opgelegd op basis van hogervermeld artikel 238 Ssw. Deze bepaling bestraft immers 'eenieder', dus ook de werknemer, die de door zijn werkgever getroffen veiligheidsmaatregelen niet naleeft.

1.7 Wat met de verzekeringsrechtelijke aspecten in geval van aansprakelijkheid van de werknemer?

De werkgever zal zich in veel gevallen kunnen beroepen op een verzekeringsovereenkomst die de aansprakelijkheid veroorzaakt door een werknemer dekt.

In uitzonderlijke gevallen zal de aansprakelijkheidsverzekeraar zich verhalen op de werknemer die wegens bedrog, zware fout of herhaaldelijk lichte fout, zoals bedoeld in artikel 18 AOW, door een verzekeringsovereenkomst gedekte schade berokkent. De aansprakelijkheidsverzekeraar zal immers de leiding van het geschil nemen en waar nodig regres uitoefenen op een aansprakelijke partij. Echter, aangezien de werknemer meestal mee verzekerd is onder de aansprakelijkheidsverzekering, is de veroorzaakte schade in principe steeds gedekt, behalve in geval van uitsluiting of verval.

2. Omgaan met een Covid-19 besmetting

2.1 Welke verplichtingen rusten op een werkgever?

Een werkgever die geïnformeerd is dat een werknemer (griepachtige) symptomen vertoont die wijzen op een COVID-19-besmetting of dat een werknemer positief heeft getest, moet de werknemer onmiddellijk **huiswaarts sturen** en vragen om zo snel mogelijk de huisarts (niet de arbeidsarts!) telefonisch te contacteren. Let wel, een werknemer die niet aantoonbaar ziek is, kan door een werkgever niet zonder meer verplicht worden om thuis te blijven. Ten aanzien van de overige medewerkers zal de werkgever de nodige **preventieve maatregelen** moeten nemen (*supra*, titel 2.1) en in herinnering brengen. Zodra een werkgever weet dat een werknemer besmet is, is het ook aangewezen contact op te nemen met de interne preventieadviseur, de arbeidsarts en de sociale overlegorganen voor advies over bijkomende of aangepaste maatregelen.

Aan een besmette werknemer die arbeidsongeschikt is, moet de werkgever gewaarborgd loon betalen op basis van het klassieke medisch getuigschrift. Aan een arbeidsgeschikte werknemer die in contact

is geweest met een besmet persoon of die tot een risicogroep behoort, zich niet naar de arbeidsplaats mag begeven en over een quarantaine-attest beschikt, moet de werkgever loon betalen voor zover telewerk mogelijk is. Wanneer telewerk niet mogelijk is, kan de werknemer op basis van het medisch getuigschrift van quarantaine een uitkering van tijdelijke werkloosheid wegens corona-overmacht ontvangen.⁷

2.2 Wat als een werknemer schade oploopt of overlijdt ten gevolge van Covid-19?

Als een werknemer ten gevolge van een COVID-19-besmetting overlijdt of tijdelijke of blijvende gezondheidsschade oploopt, dan kan dit niet alleen de aansprakelijkheid van de onderneming in het gedrang brengen, maar ook leiden tot reputatie- en imagoschade.

2.2.1 Strafrechtelijke en burgerrechtelijke aansprakelijkheid

Zoals reeds aangehaald (*supra*, titel 2.3), kan een onderneming, inclusief haar leidinggevenden, strafrechtelijk vervolgd worden op grond van bv. de

niet-naleving van de welzijnsverplichtingen en/of wegens slagen en verwondingen. Dit kan aanleiding geven tot gevangenisstraf en/of boetes, eventueel opgelegd met uitstel.

Een werknemer en/of diens familie kunnen ook een burgerlijke vordering instellen tegen de werkgever en de bestuurders voor eigen fouten (op basis van artikel 1382 BW) en zelfs voor fouten van collega-werknemers (op basis van artikel 1384, lid 3 BW). Er zal echter maar een burgerrechtelijke aansprakelijkheid weerhouden worden in de mate dat er een fout wordt aangetoond én er een oorzakelijk verband is tussen die fout en de schade. Een strafrechtelijke inbreuk kan ook een burgerrechtelijke fout uitmaken. Het gebrek aan voorzichtigheid in de zin van artikel 418 Sw. dekt immers dezelfde lading als het gebrek aan voorzichtigheid in de zin van het foutbegrip van artikel 1382 BW. Bijgevolg kan een werkgever in geval van een besmetting op de werkvloer onder bepaalde voorwaarden ook gehouden zijn tot het betalen van een schadevergoeding aan het slachtoffer en/of diens familie.

2.2.2 Beroepsziekte en arbeidsongeval⁸

Het Federaal agentschap voor beroepsrisico's (*Fedris*) heeft COVID-19 vrij snel erkend als een **beroepsziekte** voor werknemers in bepaalde sectoren. Dit betekent dat deze werknemers aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding ten laste van Fedris. De werknemers die niet werken in de geviseerde sectoren moeten aantonen dat zij de besmetting/ziekte daadwerkelijk (dus niet potentieel) hebben opgelopen in het kader van de beroepsactiviteiten om een schadevergoeding te kunnen krijgen van Fedris. In geval van erkenning als beroepsziekte geniet de werkgever in principe burgerrechtelijke immuniteit, waardoor de werknemer de werkgever niet meer kan aanspreken voor enige vergoeding.

Wat de kwalificatie als **arbeidsongeval** betreft, stelt Fedris dat in 'welbepaalde beperkte gevallen' mogelijk is voldaan aan alle voorwaarden die noodzakelijk zijn voor de erkenning van een arbeidsongeval. Die cumulatieve voorwaarden zijn (i) een plotse gebeurtenis, (ii) die een letsel heeft veroorzaakt en die optrad (iii)

⁷ Zie <https://www.rva.be/nl/documentatie/infoblad/e1-0>.

⁸ Fedris, "FAQ COVID-19", zie <https://www.fedris.be/nl/FAQ-Covid-19>.

tijdens en (iv) door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

De uitstoot van ademhalingsdruppeltjes of het contact met een oppervlak dat met die druppeltjes is bedekt, kan volgens Fedris beschouwd worden als een plotse gebeurtenis, voor zover men die gebeurtenis kan isoleren en kan aanwijzen als de oorsprong van het letsel en voor zover zij optreedt binnen de termijn die als incubatietijd wordt aanvaard. Het is wachten op de eerste gerechtelijke uitspraak over een concrete toepassing van voormelde cumulatieve voorwaarden op een besmetting van een werknemer met COVID-19.

Voor de volledigheid merken we nog op dat in geval van een erkenning als arbeidsongeval, de werkgever in principe burgerrechtelijke immuniteit geniet, waardoor de werknemer de werkgever niet meer kan aanspreken voor enige andere vergoeding.

2.3 Welke aansprakelijkheidsverzekeringen kan een werkgever, bestuurder of werknemer aanspreken?

De werkgever kan in het kader van risicomanagement verschillende types van verzekeringen afsluiten. Ook de bestuurder kan een beroep doen op specifieke polissen om zijn persoonlijke aansprakelijkheid te laten verzekeren. Hieronder volgt bij wijze van voorbeeld een overzicht van mogelijke dekkingen.

2.3.1 Arbeidsongevallenverzekering

Onder bepaalde voorwaarden zou een COVID-19-besmetting als een arbeidsongeval kunnen worden beschouwd. De werknemer dient in dat kader te voldoen aan een bepaalde bewijslast. Bijgevolg kan de werknemer zich in bepaalde concrete omstandigheden richten tot de arbeidsongevallenverzekeraar van de werkgever of tot Fedris om vergoeding te bekomen van bepaalde gevolgen die voortvloeien uit een besmetting.

De arbeidsongevallenverzekeraar kan hierbij, conform artikel 55 van de Arbeidsongevallenwet, geen enkel vervalbeding tegen de werknemer invoeren,

behalve deze uitdrukkelijk voorzien door de Arbeidsongevallenwet⁹.

2.3.2 BA uitbating

De werkgever zou zich kunnen richten tot de verzekeraar BA uitbating. Mogelijke aansprakelijkheidsclaims zouden immers niet alleen kunnen komen van de werknemer met wie de werkgever een contractuele relatie heeft, maar ook van derden, zoals de familieleden van de werknemer, met wie de werkgever een buitencontractuele relatie heeft. Ook in dit geval zal de benadeelde geconfronteerd worden met de bewijslast. Hij dient immers aan te tonen dat de werkgever niet alleen een fout heeft gemaakt, maar ook dat deze fout in oorzakelijk verband staat met de besmetting van de benadeelde en dat deze besmetting dus niet door een externe oorzaak werd opgelopen.

2.3.3 Bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering

Een bestuurder is aansprakelijk voor beslissingen, daden of gedragingen die zich kennelijk buiten de marge bevinden waarbinnen normaal voorzichtige en zorgvuldige bestuurders, geplaatst in dezelfde omstandigheden, redelijkerwijze van mening kunnen

⁹ Zie art. 46 Arbeidsongevallenwet: bv. wanneer het ongeval door de getroffene opzettelijk werd veroorzaakt.

verschillen.¹⁰ De bestuurder die zich persoonlijk aangesproken ziet voor de fouten die hij zou hebben gemaakt in de uitoefening van zijn bestuursmandaat zal in bepaalde gevallen de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering kunnen aanspreken.

2.4 Aandachtspunten bij een schadegeval

Voor elk van bovenstaande verzekeringen gelden een aantal bijzondere aandachtspunten.

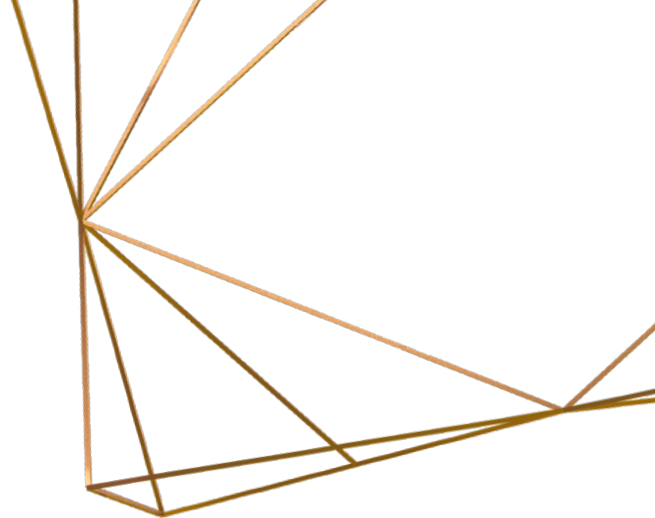
De verzekerde is verplicht om zo snel als redelijkerwijze mogelijk **aangifte** te doen van het schadegeval en heeft een **medewerkingsplicht**. Hij dient alle nuttige inlichtingen te verstrekken en op alle vragen te antwoorden die hem gesteld worden om de verzekeraar toe te laten de omstandigheden en de omvang van de schade vast te stellen.

Daarnaast heeft de verzekerde een **schadebeperkingsplicht**. Hij dient alle nuttige maatregelen te nemen om de gevolgen van het schadegeval te beperken en zal dus het nodige moeten doen om de verdere verspreiding van COVID-19 in de onderneming te vermijden en de reeds geleden schade te beperken.

Uiteraard is het niet ondenkbaar dat de schade veroorzaakt werd door een fout van de verzekerde zelf. Een verzekeringsovereenkomst zal in principe de schade veroorzaakt door de schuld van de verzekerde dekken, inclusief de grove schuld. Enkel de tekortkomingen die op specifieke, uitdrukkelijke en beperkende wijze voorzien worden door de verzekeringsovereenkomst en die in oorzakelijk verband staan met het schadegeval kunnen leiden tot het verval van het recht op de verzekeringsprestatie. Opzettelijk veroorzaakte schadegevallen zullen daarentegen nooit gedekt zijn, tenzij de opzettelijke fout werd begaan door een persoon voor wie de verzekerde burgerrechtelijk aansprakelijk is, zoals de werknemer van een verzekerde onderneming.

De werkgever of bestuurder zal dus geval per geval de verzekeringsovereenkomst dienen te bestuderen om te beoordelen of de fout van de verzekerde gedekt is onder de polis dan wel of het risico is uitgesloten van dekking.

¹⁰ Art. 2:56 Wetboek Vennootschappen en Verenigingen (WVV).



Conclusie

De gezondheidscrisis noopt tot verhoogde waakzaamheid bij werkgevers, werknemers en bestuurders. Om besmettingen op de werkvloer te voorkomen is het cruciaal dat, in samenspraak met de interne en/of externe preventiedienst, de nodige risicoanalyses worden uitgevoerd op de werkvloer en de passende preventiemaatregelen worden genomen, gecommuniceerd, nageleefd en desgevallend aangepast met het oog op het verzekeren van de veiligheid van de werknemers en eventuele derden in de onderneming.

Een COVID-19-besmetting kan immers leiden tot een strafrechtelijke en/of burgerrechtelijke aansprakelijkheidsclaim van een werknemer en/of diens sociale omgeving. De werkgever en bestuurder riskeren daarbij niet enkel geldboetes, maar ook schadevergoedingen, op voorwaarde dat voldaan is aan bepaalde voorwaarden en bewijslast.

De werkgever en bestuurder zouden voor wat hun burgerrechtelijke aansprakelijkheid betreft verschillende types verzekeringen kunnen aanspreken. Er zal geval per geval moeten worden nagegaan welke verzekeringspolissen werden onderschreven en welke dekking precies wordt geboden.



Eveline Ankaert

Counsel

T +32 (0)2 787 90 58

E eveline.ankaert@lydian.be





Investment Funds in Belgium: choose the right type!

1. Investment funds: UCITS and AIFs

An investment fund is an undertaking which (i) does not have a general commercial or industrial purpose, (ii) pools together capital raised from its investors for the purpose of investment with a view to generating a pooled return for those investors, and (iii) where the unitholders or shareholders of the investment fund – as a collective group – have no day-to-day discretion or control.

Investment funds exist in all different shapes and sizes: from Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities (**UCITS**) typically aimed at retail investors to all sorts of Alternative Investment Funds (**AIFs**) such as private equity funds, hedge funds, real estate funds, infrastructure funds, etc. If you want to establish an investment fund, you may wonder which regulatory framework is most suited.

All investment funds which do not qualify as UCITS are AIFs. AIFs are often non-public investment funds and can be regulated or unregulated. Belgian law also provides for a specific framework on securitisation vehicles, so-called institutional Undertakings for

Investment in Receivables (**UIRs**). There is no regulated framework anymore for public securitisation vehicles, meaning that an unregulated Special Purpose Vehicle must be established in this case.

Choosing the right type of investment fund will therefore depend on several factors.

2. Type of investors

Which type of investors are targeted or – to put it another way – is the fund open to the general public or restricted to professional investors and/or high net worth individuals?

If the fund is to be marketed to as many as (small) investors as possible, a UCITS will most likely be your best choice. Depending on the investment objectives, a public AIF could, however, be an alternative. On the other hand, if the fund is not intended for the open market, a private AIF will be the logical choice.

As a general rule, public funds are more heavily regulated, while private funds will either benefit from a light regulatory framework or be unregulated altogether.

Regulated private funds are optional, therefore leaving the possibility to establish unregulated private funds.

3. Which assets should the fund be allowed to invest in?

Closely linked to the previous criterion, the type of investment fund will depend on the assets it is allowed to invest in, or its eligible investment assets. Public funds may only invest in certain types of eligible investment assets, while private funds can – If they remain unregulated – invest in all types of assets. If a private fund opts for a regulated status, it will need to comply with the rules on its eligible investment assets as imposed by the applicable regulation.

Hence, the following types of funds can be distinguished on the basis of their eligible investment assets:

3.1 Public funds

- **UCITS** may only invest in **transferable securities** and liquid financial assets;
- **Public AIFs** which invest in **transferable securities** and liquid financial assets;

- **Money market funds (MMFs)** which invest in short-term assets. MMFs can be structured as UCITS or AIFs;
- **Public AIFs** which invest in **private equity**, or so-called *Openbare Privaks/ Pricafs Publiques*, and their variant for investing in start-ups, the *Openbaar Startersfonds/ Fonds Starter Public*;
- Public AIFs which invest in **real estate**, or *Openbare Vastgoedbevaks/SICAFs publiques*. This statute is, however, no longer used in practice and has been replaced by the much more suitable regime of Belgian public **REITs** or *Openbare Gereguleerde Vastgoedvennootschappen/ Sociétés Immobilières Réglementées Publiques*. Belgian REITs are not investment funds but are subject to their own rules, providing them with more flexibility as to the activities they may undertake;
- European Public AIFs which invest in **long-lived capital** in order to finance tangible assets such as energy, transport and communication infrastructures, industrial and service facilities, housing and climate change and eco-innovation technologies as well as intangible assets such as education, research and development that boost

innovation and competitiveness. These are so-called European Long-Term Investment Funds or **ELTIFs**.

3.2 Regulated private funds

- Private AIFs which invest in **financial instruments** and liquid financial assets, including money market instruments. This type of fund may serve as a vehicle for **hedge funds**, although hedge funds can also take the form of an unregulated private AIF;
- Private AIFs which invest in **private equity**, or so-called *Private Privaks/Pricafs Privées*, and their variant for investing in start-ups, the *Private Startersprivaks/Pricafs Privées Starter*;
- Private AIFs which invest in **real estate**, or so-called *Gespecialiseerde Vastgoedbeleggingsfondsen/ Fonds d'Investissement Immobiliers Spécialisés*. Private real estate funds can theoretically also take the form of *Institutionele Vastgoedbevaks/ SICAFs Institutionnelles*, but here again this regime has in practice been replaced by the Belgian institutional REIT. An institutional REIT must have a public REIT amongst its shareholders for at least 25 % of its capital;

- European Private AIFs which invest in **venture capital** to seed start-ups, or so-called European Venture Capital Funds (**EuVECAs**);
- European Private AIFs which invest in **social enterprises** whose primary objective is to have a social impact, or European Social Entrepreneurship Funds (**EuSEFs**);
- The aforementioned **ELTIFs** could also be structured as a private fund;
- Although they do not qualify as investment funds, institutional UIRs invest in **receivables** and are used in securitisation transactions.

3.3 Unregulated private funds

Eligible investment assets can include, for example, financial instruments and liquid financial assets, private equity, real estate, ships, forests, wine, art, cryptocurrencies, etc. and any combination thereof.

4. Should investors be able to enter and exit the fund at all times?

Investment funds can be structured as either open-ended or closed-ended. In an open-ended fund, investors may purchase and redeem units or shares

of the fund at all times, while in a closed-ended fund, the investors do not have this right.

The open-ended or closed-ended structure will depend on the liquidity of the fund's investment assets. UCITS and AIFs which invest in financial instruments will therefore be open-ended, while all other funds, such as private equity funds and real estate funds, will be closed-ended. As an exception, ELTIFs can, under certain strict conditions, be structured as open-ended instead of closed-ended.

Finally, in order to provide a certain degree of liquidity for their investors, public closed-ended funds must trade their shares on a stock exchange, except for public ELTIFs. A stock exchange listing is not required for private closed-ended funds nor for open-ended funds, whether public or private.

5. Legal form: investment company or common fund?

Another distinction to be made between investment funds is their legal form. All investment funds can, or sometimes must, take the form of an investment company with legal personality. Sometimes the law

allows the fund to take the form of a common fund, which is a contract between the investors and does not have legal personality of its own. Contrary to Anglo-Saxon legal systems, there are no trusts under Belgian law and hence Belgian investment funds cannot be created as unit trusts.

Where it is possible to choose between investment companies and common funds, this will impact the management structure. Common funds must always appoint an external management company (**ManCo**), while investment companies can be either self-managed or managed by a ManCo.

Furthermore, investment companies can only assume a limited number of company forms.

6. The management of the investment fund: licensed or registered?

A final yet important aspect of investment funds is the distinction between product level (the fund) and management level. As noted above, all investment funds must be managed either externally or, where allowed, internally. ManCos of UCITS will need to be licensed with the regulator. Self-managed UCITS do not

need to be licensed as manager, but the UCITS will be licensed in its capacity of investment fund.

For AIFs, the situation is slightly different. All managers of AIFs, i.e., both AIF ManCos and self-managed AIFs, must in principle be licensed as AIFM. Therefore, self-managed AIFMs will be licensed as manager and licensed or registered as an investment fund, depending on whether the AIF is public or private and regulated. Unregulated private funds do not trigger a registration requirement as a fund, although their management will be regulated.

An important exception to the license requirement for AIFMs is the registration regime for small-scale AIFMs managing private AIFs. If the AIFM has assets under management (**AuM**) of no more than EUR 500 million and investors may not redeem their shares during an initial period of five years, or if the AIFM has AuM of no more than EUR 100 million if it uses leverage, it may opt to be registered. Registration is far less burdensome than licensing. The registration regime is also a requirement for EuVECAs and EuSEFs.

Finally, institutional UIRs will also be either self-managed or managed by a ManCo. The ManCo needs to be licensed (no registration possible) and the institutional UIR, whether externally or self-managed, registered.

7. Tax treatment: investment company vs. common fund and regulated vs. unregulated

From a tax point of view, an important distinction that has to be made is the distinction between investment funds taking the form of an investment company and investment funds taking the form of a common fund. The legal form will determine the tax status of the investment fund itself.

In case the investment fund takes the form of an investment company, the investment fund will be subject to corporate income tax at the standard income tax rate. Such an investment fund will however only be taxed on a limited corporate tax base if the investment fund is regulated (except for EuVECAs, EUSEFs and ELTIFs), i.e., on the total of abnormal or benevolent advantages received and disallowed expenses, other

than depreciations and capital losses on shares and the financing cost surplus not classified as professional cost and the secret commissions tax.

EuVECAs, EUSEFs and ELTIFs that are established as an investment company will, however, not benefit from this limited corporate tax base. If the investment company chooses to remain unregulated, the aforementioned limited corporate tax base does not apply either.

In case the investment fund takes the form of a common fund, the investment fund does not have legal personality and, as such, will not be subject to corporate income tax. The income of the investment fund will then in principle be immediately taxable in the hands of the investors (as if the fund does not exist) following a full tax transparency regime, irrespective of any distribution to the investors. An exception to this rule exists.

The tax regime applicable to the investors also depends on the legal form of the investment fund, but additionally depends on whether the investor is an individual or a company.

Dividend and interest distributions to individual investors in an investment fund taking the form of an investment company will, normally, be subject to the standard withholding tax rate of 30%. Share capital reductions/reimbursements will, in principle, not be taxable, unless the investment fund has retained earnings/reserves. Capital gains on shares are not taxable if they are realized in the normal management of a private estate. Again, an exception to this rule exists. Liquidation and redemption bonuses are not subject to withholding tax, although an exception to this rule exists as well.

All income received by companies investing in an investment company will be subject to corporate income tax at the standard rate. As a general rule, the income received from such an investment company cannot benefit from the participation exemption, unless certain conditions are fulfilled. Deviations exist for certain types of investment funds. Furthermore, normally a 30% withholding tax applies to dividend distributions. Such withholding tax is however creditable against the corporate income tax due and even refundable.

In case of a common fund, individual investors will immediately be taxed on the underlying income earned by the fund. The taxation of the different types of possible income will equal the taxation that would apply if the investor had been investing directly. Under certain circumstances, an exception to the full transparency regime may apply. Corporate investors are also immediately taxed on the underlying income.

Although the rules enumerated above in general apply to all investment funds, specific tax rules may apply in case of certain types of investment funds.



Tom Geudens

Partner

T +32 (0)2 787 90 08

E tom.geudens@lydian.be

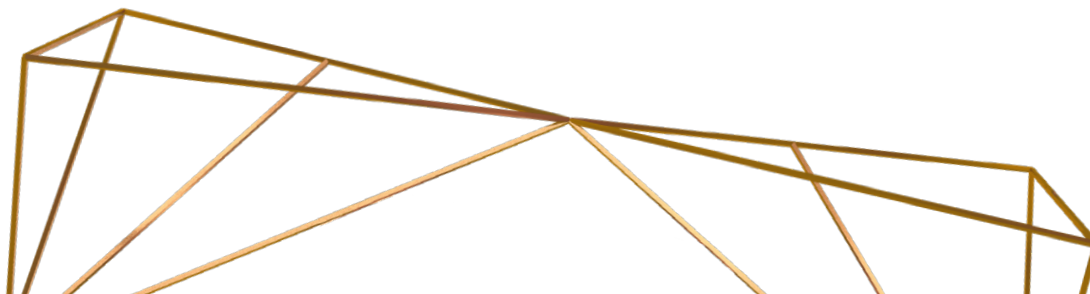


Matthias De Cock

Associate

T +32 (0)2 787 90 67

E matthias.decock@lydian.be



Buurman, wat doe je nou?

Het op 17 maart 2020 gepubliceerde Boek 3 'Goederen', zoals in werking getreden op 1 september 2021, besteedt eveneens ruim aandacht aan burenrelaties. Deze bijdrage licht dan ook specifiek de door de wetgever doorgevoerde wijzigingen inzake burenrelaties toe.

1. Wettelijke verankering van de leer van de bovenmatige burenhinder

De wetgever verankert allereerst de in de rechtspraak ontwikkelde leer op basis van artikel 544 oud BW (d.i. de leer van de foutloze aansprakelijkheid / evenwichtsleer) in artikel 3:101 BW, zonder daarbij alle preciseringen, verfijningen en evoluties in de rechtsleer en rechtspraak te gaan implementeren.

In overeenstemming met artikel 3:101, §1, eerste lid BW blijven bijgevolg drie vereisten gelden om op de leer van de bovenmatige burenhinder beroep te doen, namelijk (i) nabuurschap (ii) toerekenbaarheid van de hinder en (iii) bovenmatigheid van de hinder.

Deze drie vereisten worden hieronder kort toegelicht:

1.1 Nabuurschap

Volgens de wetgever in de Memorie van Toelichting geldt nabuurschap (i) ten voordele van diegene die beschikt over een attribuut van het eigendomsrecht en (ii) ten nadele van diegene die door de uitoefening van dat attribuut van het eigendomsrecht zorgt voor een verbreking van het evenwicht dat moet bestaan tussen naburige eigendommen.

Dit impliceert concreet dat, naast een eigenaar, bijvoorbeeld ook de huurder, bruiklener, concessiehouder, vruchtgebruiker, erfpachthouder, houder van een erfdienstbaarheid, opstalhouder, etc. (i) aansprakelijk kan worden gesteld of (ii) op zijn beurt zelf iemand anders aansprakelijk kan stellen op basis van de leer van de bovenmatige burenhinder.

1.2 Toerekenbaarheid van de hinder

Inzake toerekenbaarheid houdt de wetgever vast aan het principe van de foutloze aansprakelijkheid, wat impliceert dat iemand slechts tot vergoeding van schade ingevolge bovenmatige burenhinder gehouden kan zijn indien de burenhinder veroorzaakt is door een toerekenbare daad, verzuim of gedraging.

Daarenboven introduceert de wetgever in artikel 3:101, §3, tweede lid BW een wettelijk vermoeden. Zo wordt hinder geacht toerekenbaar te zijn indien de hinder voortvloeit uit werkzaamheden die door de betrokken eigenaar expliciet of stilzwijgend zijn toegelaten. Op die manier dekt de wetgever bijgevolg ook uitdrukkelijk de hypothese waarbij hinder wordt veroorzaakt door werkzaamheden op een naburig onroerend goed, voor zover de hinder inherent is aan de desbetreffende werken.

1.3 Wettelijke criteria ter beoordeling van de bovenmatigheid van de hinder

De wetgever voorziet voor het eerst in wettelijke (niet-exhaustieve) criteria die de rechtbanken en hoven moeten toelaten om hinder als bovenmatig te beschouwen, namelijk:

- i. tijdstip van de hinder (bijvoorbeeld luide geluiden overdag t.o.v. 's nachts);
- ii. frequentie van de hinder (bijvoorbeeld éénmalige t.o.v. structurele overlast);
- iii. intensiteit van de hinder (bijvoorbeeld de mate waarin een geluid indringend is);
- iv. eerst ingebruikneming (bijvoorbeeld collectieve, dan wel individuele eerst ingebruikneming). Dit

criterium verwijst naar reeds bestaande rechtspraak en rechtsleer die een onderscheid maakt tussen de situatie waarbij (i) iemand zich vestigt op een plaats en de desbetreffende bovenmatige hinder pas nadien aanvangt, wat een indicatie pro de vaststelling uitmaakt dat bepaalde hinder bovenmatig kan zijn of (ii) de hinder al vanaf het begin aanwezig was, wat een tegenindicatie voor de bovenmatigheid van hinder uitmaakt;

- v. publieke bestemming van het onroerend goed van waaruit de hinder wordt veroorzaakt.

2. Diverse remedies tegen burenhinder

De wetgever voorziet bovendien in diverse maatregelen die de bevoegde rechter moeten toelaten om het verstoorde evenwicht te herstellen, namelijk:

- i. een geldelijke vergoeding ter compensatie van de bovenmatige hinder;
- ii. de vergoeding van de kosten verbonden aan compenserende maatregelen op het gehinderde onroerend goed om de hinder te verminderen tot een normaal niveau;
- iii. het bevel de handeling die het evenwicht verstoort te staken of op het hinderende onroerend goed maatregelen te nemen die de hinder verminderen

tot een normaal niveau, doch voor zover dit op zich geen nieuw onevenwicht doet ontstaan en een normaal gebruik en genot van het onroerend goed hierdoor niet wordt uitgesloten.

De rechter kiest daarbij vrij welke maatregelen hij oplegt, aangezien de bovenvermelde maatregelen niet hiërarchisch zijn en een cumulatie van diverse maatregelen mogelijk is.

3. Exclusieve bevoegdheid van de vrederechter inzake burenhinder

Verder sleutelt de wetgever ook aan de procedurele bevoegdheid inzake burenhinder. Uit de rechtspraak bleek immers dat de bevoegdheid inzake burenhinder tot op heden verdeeld was.

De vrederechter was immers enkel bevoegd indien het burengeschil te maken had met een van zijn bijzondere bevoegdheden (o.a. mede-eigendom, erfdienstbaarheden, afpaling). Burengeschillen die niet onder deze bijzondere bevoegdheden vielen en ook niet tot de bevoegdheid *rationae summae* (vorderingen tot vijfduizend euro) behoorden tot de materiële bevoegdheid van de burgerlijke rechtbank van eerste aanleg (of de ondernemingsrechtbank bij

vorderingen inzake ondernemingen). De rechtbank van eerste aanleg was ook bevoegd wanneer een schadevergoeding voor burenhinder werd gevraagd via artikelen 1382 en 1383 oud BW (buitencontractuele aansprakelijkheid). Dit had tot gevolg dat een vordering vaak verkeerdelijk bij de vrederechter werd ingeleid, ongeacht de som, en dit om verschillende redenen.

De wetgever geeft nu de exclusieve bevoegdheid aan de vrederechter (artikel 591 Ger.W.), waardoor geschillen inzake bovenmatige burenhinder op grond van artikelen 3.101 en 3.102 BW voortaan integraal door de vrederechter worden behandeld.

De verjaringstermijn van de vordering voor bovenmatige burenhinder blijft daarbij wel ongewijzigd, waardoor deze nog steeds verjaart door verloop van (i) vijf jaar te rekenen vanaf de dag volgend op die waarop de door de burenhinder benadeelde persoon kennis kreeg van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de voor de burenhinder aansprakelijke partij, dan wel (ii) twintig jaar, vanaf de dag volgend op deze waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan.

De wetgever nuanceert wel dat de materiële bevoegdheidsregels voor de op de (buiten)contractuele aansprakelijkheid gesteunde vorderingen ongewijzigd blijven. Dit impliceert dat wanneer een vordering, die in hoofdorde op artikel 1382 oud BW is gebaseerd en in subsidiaire orde op artikel 3.101 BW, niet onder de exclusieve bevoegdheid van de vrederechter valt, de bevoegdheid moet worden bepaald in functie van de pecuniaire inzet van de vordering (lees: betreft het een vordering tot vijfduizend euro of een vordering voor meer dan vijfduizend euro).

4. Mogelijkheid tot preventieve vordering

Tot slot voorziet de wetgever in het hiervoor al vermelde artikel 3.102 BW uitdrukkelijk in de mogelijkheid om preventief tegen burenhinder op te treden. Deze preventieve vordering is (i) evenwel strikt gelimiteerd tot gevallen van ernstige en manifeste risico's en (ii) enkel mogelijk om maatregelen te nemen die voorkomen dat het risico in kwestie zich realiseert.

Zo kan een eigenaar of gebruiker van een onroerend goed voortaan, wanneer een onroerend goed ernstige en manifeste risico's inzake (i) veiligheid (ii) gezondheid of (iii) vervuiling ten aanzien van een naburig onroerend goed veroorzaakt, in rechte vorderen dat preventieve maatregelen worden genomen om te verhinderen dat het risico zich ook effectief realiseert.

Ter illustratie: er moet niet worden gewacht tot een bouwvallig huis effectief instort met de nodige schade aan naburige erven tot gevolg, maar de naburen kunnen (voor zover aan de gestelde criteria is voldaan) op basis van artikel 3.102 BW preventief naar de rechter stappen om een eventuele instorting van het gebouw te voorkomen.



Wouter Neven

Partner

T +32 (0)2 787 90 82

E wouter.neven@lydian.be



Tom van Stiphout

Associate

T +32 (0)11 26 00 55

E tom.vanstiphout@lydian.be





Actualia inzake aanvullende pensioenen

Het laatste jaar was er weinig nieuwe wetgeving rond aanvullende pensioenen. Dit betekent echter allerm minst dat de ontwikkelingen in het aanvullend-pensioenlandschap hebben stilgelegen. In de rechtspraak werden namelijk verschillende discussiepunten uitgeklaard.

1. Nieuwe ontwikkelingen – overzicht

De afgelopen jaren werden de informatievereisten ten aanzien van de aangeslotenen bij aanvullende pensioenplannen aanzienlijk bijgestuurd en scherp gesteld. De meest recente regelgevende initiatieven op dat vlak zijn de nieuwe informatieverplichtingen naar aanleiding van IORP II en de nog verder concreet uit te werken verplichtingen inzake transparantie over duurzaamheid en ESG. De rechtspraak bracht verduidelijking over een aantal al meer gekende informatieverplichtingen en mogelijke discussiepunten ter zake.

Ingevolge de gekende rechtspraak inzake het onderscheid tussen arbeiders en bedienden van het Grondwettelijk Hof van 7 juli 2011 werd initieel een volledige harmonisatie beoogd tegen 1 januari 2025. Het

sociaal akkoord 2021-2022 stelde deze deadline echter bij naar 1 januari 2030. Over de praktische gevolgen van het onderscheid tussen arbeiders en bedienden en de gevolgen voor het aanvullend pensioen in situaties waarbij een arbeider *de facto* een bediende is en retroactief dient te worden aangesloten bij het pensioenplan van de bedienden, werden recentelijk enkele punten uitgeklaard in de zogenaamde 'Ford cases'.

Tot slot stond ook de rechtspraak inzake de fiscaliteit van aanvullende pensioenen niet stil in 2020, meer bepaald inzake de 80%-grens. Waar een overschrijding van de 80%-grens normaliter resulteert in een belasting van het gedeelte van de premie dat de grens overschrijdt als 'verworpen uitgave' in de vennootschapsbelasting, werd in recente rechtspraak gehoor gegeven aan een mogelijk alternatief.

2. Informatievereisten

2.1 Verzending van informatiedocumenten

De arbeidsrechtbank en vervolgens ook het arbeidshof hebben zich uitgesproken over de manier waarop informatiedocumenten verzonden dienen te worden en de bewijsproblematiek daaromtrent. Deze zaak had

betrekking op een discussie inzake de verzending van het keuzeformulier bij uitdiensttreding. De weduwe van een ex-werknemer vroeg bij het overlijden van haar echtgenoot naar de uitbetaling van het overlijdenskapitaal van zijn aanvullend pensioen. Volgens de pensioeninstelling was er echter geen overlijdenskapitaal aangezien de overlijdensdekking bij de uitdiensttreding was komen te vervallen. Het keuzeformulier, waarin gekozen kon worden voor overdracht naar een onthaalstructuur met overlijdensdekking, werd immers nooit aan de pensioeninstelling terugbezorgd. Volgens de weduwe werd het keuzeformulier echter nooit aan haar man verzonden en kon er bijgevolg geen keuze worden gemaakt.

De arbeidsrechtbank besliste in dit verband op 29 juni 2017 dat het door de werkgever bijgebrachte, niet-gedateerde keuzeformulier niet volstond om aan te tonen dat het keuzeformulier (tijdig) verzonden was en achtte daarom een fout in hoofde van de werkgever bewezen (schending van artikel 31 WAP). De arbeidsrechtbank kende echter geen schadevergoeding toe aan de weduwe omdat, volgens de rechtbank, zelfs indien de ex-werknemer het keuzeformulier tijdig zou

hebben ontvangen, het niet zeker was dat hij zou hebben gekozen voor het onderbrengen van de reserves in een onthaalstructuur met overlijdensdekking. De weduwe ging tegen dit vonnis in beroep.

Naar aanleiding van dit vonnis rees de vraag of het aangewezen is alles aangetekend te versturen. Het arbeidshof bracht hieromtrent duidelijkheid bij arrest van 17 december 2019. Het arbeidshof kwam namelijk tot het besluit dat het volstaat dat aannemelijk kan worden gemaakt dat het keuzeformulier tijdig werd verzonden. In deze zaak slaagde de werkgever erin deze aannemelijkheid aan te tonen doordat de weduwe zelf een stuk van het keuzeformulier had bijgebracht en een latere brief die de weduwe ontvangen had een ander briefhoofd had dan het bijgebrachte keuzeformulier (nieuw/oud adres). Het arbeidshof benadrukte daarbij uitdrukkelijk dat er geen verplichting bestaat om het keuzeformulier aangetekend te verzenden.

2.2 Foute gegevens in informatiedocumenten

2.2.1 Pensioenfiche (pensioenoverzicht)

Op 19 juni 2018 sprak het arbeidshof van Antwerpen zich uit over de gevolgen van het verstrekken van foute informatie via de pensioenfiche (tegenwoordig

pensioenoverzicht). In de pensioenfiche van een werknemer werd gedurende vele jaren een fout bedrag vermeld omwille van een vergissing in de meegetelde anciënniteit van de werknemer. Op het moment dat dit ontdekt werd, werd de pensioenfiche meteen gecorrigeerd en ontving de werknemer uitgebreide verontschuldiging. Er werd toelichting gegeven bij de vergissing en zelfs een geldelijke vergoeding aangeboden. De werknemer ging echter alsnog over tot dagvaarding en vroeg een aanpassing van zijn verworven reserves in lijn met de foutieve pensioenfiches, evenals een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik. Het arbeidshof benadrukte eerst dat het pensioenreglement de enige bron van recht is voor een aanvullend pensioen. De pensioenfiche is een informatiedocument en creëert geen rechten. Indien er een materiële vergissing wordt begaan die strijdig is met het pensioenreglement, dient die vergissing te worden rechtgezet, ook als dat ten nadele is van de aangeslotene. Het arbeidshof stelde daarnaast dat een materiële vergissing in de pensioenfiche geen schuldbekenenis impliceert en ook geen overeenkomst uitmaakt die afwijkt van het pensioenreglement. Tot slot benadrukte het arbeidshof dat de rechtzetting

na vaststelling van de vergissing in deze zaak geen rechtsmisbruik uitmaakt.

2.2.2 Uittredingsfiche

Op 29 april 2019 sprak de arbeidsrechtbank van Brussel zich uit over de gevolgen van het verstrekken van foute informatie via de uittredingsfiche. Doordat de werkgever aan de pensioeninstelling een fout referentieloon had doorgegeven, ontving de werknemer naar aanleiding van zijn ontslag een uittredingsfiche met foute bedragen. Op het moment dat deze vergissing aan het licht kwam, werd een nieuwe uittredingsfiche verstuurd. De ex-werknemer claimde echter recht te hebben op het bedrag uit de eerste uittredingsfiche en meende daarnaast dat het niet-toekennen van dit bedrag een schending uitmaakte van zijn rechtmatig vertrouwen en de rechtszekerheid. Hij ging hierop over tot dagvaarding van de pensioeninstelling en vorderde de aanpassing van de verworven reserves in lijn met de foutieve uittredingsfiche. De arbeidsrechtbank wees deze vordering af en benadrukte, zoals ook eerdere rechtspraak dat deed, dat de enige bron van recht op een aanvullend pensioen het pensioenreglement is en dat een fout of vergissing in de uittredingsfiche geen rechten creëert. Ook in dit geval kon de fout worden

rechtgezet. Daarnaast wees de arbeidsrechtbank erop dat de pensioeninstelling louter de gegevens hanteerde die haar door de werkgever werden verstrekt en dat de pensioeninstelling dan ook geen fout verweten kon worden. Tot slot stelde het arbeidshof dat deze rechtzetting geen schending uitmaakte van het rechtmatig vertrouwen en de rechtszekerheid en dat geen schadevergoeding kon worden toegekend.

3. Arbeiders / bedienden

Recente rechtspraak inzake het onderscheid tussen arbeiders en bedienden in het kader van de toepasselijke aanvullende pensioenplannen, is terug te vinden in de zogenaamde 'Ford cases'. Er heerste binnen Ford grote discussie aangezien er tot 2013 grote verschillen waren tussen de arbeidsvoorwaarden (o.a. aanvullende pensioenen) van arbeiders en bedienden en dit terwijl er veel arbeiders *de facto* bedienden zouden zijn. De arbeidsrechtbank, gevolgd door het arbeidshof en daarna ook door het Hof van Cassatie, bevestigde inderdaad dat de arbeiders in kwestie eigenlijk bedienden waren. Naar aanleiding daarvan was er discussie ontstaan over de concrete gevolgen van de herkwalificatie, met name over achterstallig loon, achterstallige eindejaarpremies, vakantiegeld en

ook over de gevolgen van de retroactieve aansluiting bij de aanvullende pensioentoezegging voor bedienden.

Inzake de aanvullende pensioenen kwam het Hof van Cassatie uiteindelijk tot de volgende vaststellingen:

- Vooreerst benadrukte het Hof van Cassatie dat de regularisatie van de aanvullende pensioenrechten niet kan afhangen van de eventuele bijstortingen van individuele werknemersbijdragen voor diezelfde periode. De regularisatie kan niet leiden tot een retroactieve financiële benadeling van de werknemer. Het is volgens het Hof met name niet de werknemer die moet opdraaien voor de fout van de werkgever en/of de daardoor veroorzaakte schade.
- Het Hof van Cassatie stelde daarnaast dat de werkgever de niet-ingehouden werknemersbijdragen niet met terugwerkende kracht kon recupereren door de bijdragen in mindering te brengen van de verschuldigde schadevergoeding.
- Tot slot stelde het Hof van Cassatie nog dat de regularisatie niet gecompenseerd kon worden via eventuele aanspraken in de toekomst ten opzichte van een verzekeringsmaatschappij (ingevolge de aanvullende pensioenrechten die de werknemers als arbeider hadden opgebouwd).

4. Fiscaliteit

Het Hof van Beroep van Luik sprak zich op 6 mei 2020 uit over de mogelijke gevolgen van een overschrijding van de zogenaamde 80%-grens. Indien de 80%-grens overschreden wordt, wordt het gedeelte van de premie dat de grens overschrijdt normaal belast als 'verworpen uitgave' in de vennootschapsbelasting. In de zaak waar het Hof van Beroep zich over heeft gebogen, verliep dit echter anders.

Een onderneming ging in 2013 een IPT-verzekering aan. In 2015 vond er bij deze onderneming een fiscale controle plaats ten gevolge waarvan de volledige premie in de IPT-verzekering als kost werd verworpen omwille van een overschrijding van de 80%-grens. De vennootschap vroeg daarop de betaalde premie terug aan de verzekeraar en argumenteerde daarbij dat het fiscaal voordeel van doorslaggevend belang was geweest om de IPT-overeenkomst te sluiten. Bijgevolg moest de overeenkomst volgens de vennootschap als nietig worden beschouwd wegens dwaling. De vennootschap vroeg vervolgens haar belastbaar resultaat te verhogen met de ten onrechte afgetrokken premie via een onderschatting van het actief (en dus niet via de 'verworpen uitgave'). Zowel

de belastingadministratie als de verzekeraar gingen niet akkoord.

Het Hof van Beroep van Luik kwam tot het besluit dat er wel degelijk dwaling voorlag in hoofde van de onderneming en verklaarde de overeenkomst om deze reden nietig. Dit had tot gevolg dat de verzekeraar de premie moest terugbetalen.

Het Hof volgde daarnaast ook het argument dat het belastbaar resultaat met de ten onrechte afgetrokken premie verhoogd moest worden via een onderschatting van het actief van de onderneming. De nietigheid van de overeenkomst gold retroactief (vanaf de onderschrijving in 2013) en om die reden had de onderneming al in 2013 een vordering tot terugbetaling van de premie op de verzekeraar. Deze niet-geboekte vordering diende volgens het Hof dan ook te worden beschouwd als een onderschatting van het actief. Hoewel dit op fiscaal vlak op het eerste zich een nuloperatie lijkt, kan de onderneming er nu wel voor opteren om de premie eventueel in de toekomst alsnog fiscaal voordelig aan te wenden.



Alexander Vandenbergen

Partner

T +32 (0)2 787 90 75

E alexander.vandenbergen@lydian.be



Jurgen De Vreese

Counsel

T +32 (0)2 787 90 39

E jurgen.devreese@lydian.be



Lies Daniëls

Associate

T +32 (0)2 787 90 45

E lies.daniels@lydian.be

Surviving as a business after the COVID-19 pandemic: the [renewed] judicial reorganisation as cure-all?

Introduction

1. At the time of publication, it has already been more than a year and a half since the start of the COVID-19 pandemic. Various sectors were confronted with government-ordered closures of their business, raw materials became scarcer, staff members were put on temporary unemployment and a lot of companies had to contend with a drop in their turnover and/or profit margin. In short, the COVID-19 pandemic has had – and continues to have – a significant economic impact, which has resulted in companies facing financial difficulties and having to seek protection against creditors.

2. The Belgian government has taken several initiatives to protect Belgian companies, both at the federal and regional level. Among other things, the programme for employers to put staff on temporary unemployment was extended, tax payment deadlines were postponed and premiums were paid to support affected sectors. Unfortunately, despite these measures, the risk remained that many companies would still be unable to pay their debts in the short, medium or long term.

Since the existing insolvency procedures at the time (i.e. judicial reorganisation and bankruptcy) were deemed insufficient due to, among other things, the administrative burden involved and the sometimes strict qualification conditions, an automatic moratorium was introduced in the spring of 2020, protecting affected companies from creditor enforcement measures and bankruptcy or judicial dissolution. This moratorium was prolonged several times but eventually ended on 31 January 2021.

3. In addition, the Belgian legislator went one step further and introduced a partial reform of the rules on judicial reorganisation (Book XX of the Economic Code) with the Act of 21 March 2021. Below, the key aspects of this legislative reform will be explained.

This reform is inspired by the 2019/1023 European Directive that provides for minimum harmonisation within the Member States aiming at strengthening the reorganisation procedure to meet the challenges of the pandemic's impact on businesses, with special attention for SMEs.

1. Facilitation of access to the judicial reorganisation procedure

4. The submitters of the proposal for the Act of 21 March 2021 anticipated – we believe rightfully so – that a large number of companies will resort to the judicial reorganisation procedure to protect themselves from the financial difficulties they suffered as a result of the COVID-19 pandemic. The judicial reorganisation procedure effectively offers a potential remedy for companies that are in dire financial straits. A judicial reorganisation can be achieved by (i) an amicable agreement with two or more creditors, (ii) a collective agreement with all creditors via a reorganisation plan or (iii) a court-supervised transfer of (part of) the company's activities.

5. The reform of Book XX of the Economic Code, and specifically Title III (related to the appointment of a court administrator) and Title V (related to the judicial reorganisation procedure), aims to considerably lower the threshold for gaining access to the judicial reorganisation procedure to give companies a better chance of survival.

To this end, the following innovations have been introduced:

- Abolition of the inadmissibility sanction if certain (bookkeeping) documents are not attached to the petition for the opening of the judicial reorganisation procedure. This will save companies time and money;
- Allowing written reporting by the delegate judge;
- Introducing electronic voting by creditors and electronically held hearings. However, a Royal Decree still needs to be issued to implement these measures;
- Admission of companies that have already requested a judicial reorganisation procedure in the preceding years, without limitation of which type of judicial reorganisation procedure they may request (amicable agreement, collective agreement or court-supervised transfer). If the company has been the subject of a judicial reorganisation procedure in the preceding five years, the new judicial reorganisation procedure may not infringe on the creditors' rights obtained during the previous proceedings.

2. Extension of the possibility to appoint a court administrator

6. The legislative reform also provides for an extension of the possibility to request the appointment of a court administrator to oversee the management of the company. Whereas under the old rules, only the public prosecutor or an interested party could request the appointment of a court administrator in the case of manifest shortcomings in the management of the company, such an appointment may now also be requested by the company itself in the event of circumstances that render it impossible to manage the company, such as a pandemic.

3. Introduction of the “pre-pack agreement”

7. Another breakthrough is that the Act of 21 March 2021 introduces the “pre-pack agreement” into the judicial reorganisation procedure. A so-called “pre-pack” already existed in our neighbouring countries and allowed a company in financial difficulties to work out an agreement with (some of) its creditors in strict confidence and to subsequently have that agreement confirmed by the insolvency court. There have been calls in the legal world for some time now to introduce

such a pre-pack in Belgium as well, and the time has finally come.

8. The legislator has limited the application of the pre-pack to judicial reorganisation by amicable agreement or by collective agreement by means of a reorganisation plan. The pre-pack is therefore not possible for the judicial reorganisation by court-supervised transfer of activities, which is somewhat regrettable. The consequence of the exclusion of the transfer of activities is that if, prior to the reorganisation procedure, a company wishes to conduct negotiations with a potential acquirer of (part of) the activities, (i) that company (and the potential acquirer) is still dependent on the approval of this agreement by the appointed court administrator, who is legally obliged to conduct a market survey, and (ii) that company cannot enter into strong commitments vis-à-vis the interested acquirer, since there is no certainty that the agreement will be approved by the court administrator.

9. Although the limited scope of the pre-pack is regrettable, the introduction of the pre-pack into the judicial reorganisation procedure is an attractive innovation. The main advantage of the pre-pack is

that the negotiations with one or more creditors can take place behind closed doors. The appointment of the court administrator, who participates in the negotiations (more about this below), will not be published and thus, this “pre-phase” can be conducted without any publicity.

This is an important difference with the ordinary process of judicial reorganisation, in which the judgment opening the procedure is published in the Belgian Official Gazette. The consequence of the latter is that all of the company’s creditors are (or can be) aware of the judicial reorganisation procedure. This may further aggravate the company’s already precarious financial situation, as these creditors may decide to, for example, shorten payment terms, refuse to grant new credit (in the case of a financial partner), etc., which does not help the successful outcome of the judicial reorganisation.

10. The “pre-pack agreement” is a preparatory stage prior to the formal commencement of a judicial reorganisation procedure. A company whose continuity is threatened imminently or in the future may request

the appointment of a court administrator, who will assist the company in negotiating either an amicable agreement with two or more creditors or a collective agreement (known as the reorganisation plan) with all creditors. Whereas in the ordinary judicial reorganisation procedure, the company itself is at the helm of the negotiations, in the pre-pack phase it will be assisted by a court administrator.

If an agreement can be reached, the appointed court administrator will submit the agreement to the president of the insolvency court. If the agreement is approved by the president of the insolvency court, it will subsequently be submitted to the insolvency court for the purpose of homologation of the agreement. The preliminary work which has been carried out in the preparatory stage allows for an accelerated homologation of the agreement and finalisation of the judicial reorganisation procedure.

11. The disadvantage of the “pre-pack” phase is that the company does not benefit from a moratorium during this pre-procedural negotiation phase. Thus, in contrast to the ordinary judicial reorganisation

procedure, creditors can still take enforcement measures against the company and the company can still be declared bankrupt.

However, the appointed court administrator may request the president of the insolvency court to grant the company certain conditions and/or payment terms in respect of all or certain debts. The duration of such terms may not exceed four months. This way, the company may still benefit from a (partial) moratorium.

It should be noted that once the “pre-pack agreement” is sent to the insolvency court for homologation by the president of the court, the judicial organisation procedure is officially opened and the company automatically enjoys the protection against individual actions by creditors.

4. Temporary reform – Outlook

12. Most of the rules discussed above have already entered into force. Only the rules related to written reporting by the delegate judge and electronic voting still have to enter into force on 1 January 2023.

The reform was initially introduced as a temporary measure that would expire on 30 June 2021. Meanwhile, the rules were extended by the Royal Decree of 24 June 2021 until 16 July 2022.

It remains to be seen whether the rules will be further extended after 16 July 2022. It is somewhat surprising that the reform has only been granted a temporary character, given that the novel features it introduces render the judicial reorganisation procedure more attractive, something which will remain relevant in the future. In any case, Belgian companies can use the reform of Book XX of the Economic Code to protect themselves against the economic consequences of the COVID-19 pandemic.

13. The temporary changes and the introduction of the pre-pack in Belgium is already in line with the novel features of the European Directive 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge

of debt. This Directive will have to be implemented soon, but a draft proposal of law is yet to be introduced in parliament. The original deadline for implementation in local law was 17 July 2021.



Yves Lenders

Partner

T +32 (0)3 304 90 08

E yves.lenders@lydian.be



Kim van Zummeren

Senior Associate

T +32 (0)3 304 90 32

E kim.vanzummeren@lydian.be





Internationale tewerkstelling in het post-covid- en post-brexit-tijdperk

De internationale tewerkstelling van werknemers is vandaag de dag meer en meer relevant. In 2020 werd een stijging van maar liefst 25% vastgesteld in het aantal werknemers dat internationaal actief is bij Belgische werkgevers.¹ Recente gebeurtenissen zoals de coronacrisis en de Brexit zorgen echter voor enkele complicaties en roepen nieuwe vragen op bij de tewerkstelling van werknemers in een internationale context. In dit artikel lichten we kort toe wat, na de coronacrisis en Brexit, de impact van thuiswerk is op werknemers in een internationale context. Daarnaast bekijken we in welke mate de nieuwe Herzieningsrichtlijn (2018/957) invloed heeft op toekomstige detacheringen van en naar België.

1. Telewerk in een internationale context tijdens en na de coronacrisis

1.1 Tijdelijke maatregel tijdens de coronacrisis

Gedurende de coronacrisis (vanaf maart 2020) werden alle werknemers, en dus ook deze in een internationale tewerkstellingssituatie, verplicht of in sterke mate aangemoedigd om van thuis te werken. Hierdoor moesten werknemers die normaal gezien op het grondgebied van een andere lidstaat werken dan de lidstaat waar zij wonen, plots (tijdelijk) hun werkzaamheden in een andere lidstaat verrichten.

De Europese verordening 883/2004 bepaalt dat in principe het socialezekerheidsstelsel van de lidstaat van tewerkstelling toepasselijk is bij een internationale tewerkstelling binnen de EEA en Zwitserland (*lex loci laboris*). Op dit principe bestaan twee uitzonderingen voor zover enkele voorwaarden zijn vervuld: detachering en gelijktijdige tewerkstelling in meerdere landen.

Ten gevolge van de coronamaatregelen kon thuiswerken in een andere lidstaat dan de gewoonlijke lidstaat van tewerkstelling in theorie een plotselinge verandering

van het toepasselijk socialezekerheidsstelsel teweegbrengen. Indien een werknemer vóór de coronacrisis bijvoorbeeld voltijds tewerkgesteld was in Frankrijk, en dus onderhevig was aan het Frans socialezekerheidsstelsel, maar tijdens de coronacrisis voltijds van thuis werkte in België, zou de werknemer plots onderworpen moeten worden aan de Belgische socialezekerheidswetgeving.

De verandering van het toepasselijk socialezekerheidsstelsel geldt natuurlijk niet wanneer de uitzondering voor detachering speelt, meer bepaald wanneer de werknemer op verzoek van de werkgever wordt gedetacheerd naar een andere lidstaat om er werkzaamheden uit te voeren voor een periode van maximaal 24 maanden en op voorwaarde dat deze werknemer geen andere gedetacheerde persoon vervangt. Aangezien de maatregelen tijdens de coronacrisis echter overheidsmaatregelen waren en de werknemers niet op vraag van hun werkgever in een andere lidstaat werkten, is deze detacheringsuitzondering in principe niet van toepassing.

¹ SD Worx, "Onze internationale tewerkstelling steeg in 2020", 9 april 2021.

Ook een werknemer die normaal gezien werkzaam is op het grondgebied van twee of meerdere lidstaten (bijvoorbeeld vier dagen per week, of 80% van de arbeidstijd, in Frankrijk en één dag per week, of 20% van de arbeidstijd, in het woonland België) zou ten gevolge van de overheidsmaatregelen en op voorwaarde dat de normale regels worden toegepast, plots overstappen van de Franse naar de Belgische sociale zekerheid.

(Tijdelijke) wijzigingen zijn niet wenselijk en zouden overigens strijdig zijn met de doelstelling van de Europese verordening 883/2004 die net beoogt om de socialezekerheidsstelsels te coördineren en ervoor te zorgen dat een werknemer in één enkele lidstaat (bij voorkeur op bestendige wijze) sociaal verzekerd is.

Precies om die reden besloot de Belgische regering om de periodes van thuiswerk op Belgisch grondgebied gedurende de coronacrisis niet in aanmerking te nemen om de toepasselijke socialezekerheidswetgeving te bepalen. Deze uitzondering is enkel van toepassing op voorwaarde dat de oorzaak van thuiswerk gelegen is in een maatregel ter bescherming tegen het coronavirus

enerzijds en indien het arbeidspatroon daadwerkelijk normaliseert van zodra de beperkingen worden opgeheven anderzijds.

Deze maatregel werd van kracht op 13 maart 2020 en geldt (voorlopig en in functie van de coronamaatregelen) tot 31 december 2021. De werkgever dient voor deze uitzonderlijke maatregel geen verdere stappen te ondernemen zoals een (aangepaste) Limosa-melding. Ook de A1-verklaringen blijven geldig en de Belgische RSZ dient niet op de hoogte te worden gebracht.

Andere lidstaten zoals Frankrijk, Duitsland, Groothertogdom Luxemburg en Denemarken troffen gelijkaardige maatregelen.

Ook voor het bepalen van het toepasselijk belastingstelsel bij internationale tewerkstelling werden er maatregelen genomen voor de periode van de coronacrisis. België sloot verschillende protocollen met Nederland, Groothertogdom Luxemburg, Frankrijk en Duitsland. Deze bepalen in essentie dat de periodes van thuiswerk tijdens de coronacrisis geacht worden

te zijn gepresteerd in de lidstaat waar de grensarbeider zijn werk zou hebben uitgevoerd in afwezigheid van de coronamaatregelen.

1.1.1 Voortdurend telewerk na de coronacrisis

De voormelde tijdelijke maatregel is niet langer van toepassing na 31 december 2021, of op een latere datum in functie van de coronamaatregelen en de nieuwe, recente toename van thuiswerk in verschillende landen. Na 31 december 2021 (of op een latere datum) zal het toepasselijk socialezekerheidsstelsel opnieuw worden bepaald aan de hand van de *lex loci laboris*-regel. Als werknemers in een situatie van internationale tewerkstelling met andere woorden na het einde van de coronacrisis voltijds/halftijds van thuis willen blijven werken, dient de werkgever zich vragen te stellen over het toepasselijk socialezekerheidsstelsel dat voortaan op hen van toepassing zal zijn. Als het arbeidspatroon niet normaliseert van zodra de coronabeperkingen worden opgeheven, is de tweede voorwaarde van de tijdelijke maatregel niet vervuld en zal de werkgever retroactief socialezekerheidsbijdragen moeten betalen indien door het thuiswerk (in een andere lidstaat dan de

lidstaat van gewoonlijke tewerkstelling) het toepasselijk socialezekerheidsstelsel is gewijzigd.

Het is bijgevolg aanbevolen voor bedrijven om zeer duidelijke afspraken te maken met de werknemers in een internationale werkcontext en goed na te kijken wat de gevolgen zijn van een eventueel voortgezet thuiswerk na de crisis. Daarnaast is het ook aangeraden om binnen de onderneming een policy of een ruimer kader uit te werken voor de werknemers in een internationale context die thuis mogen werken aangezien dit belangrijke gevolgen kan hebben voor de toepassing van de correcte socialezekerheids-, arbeids- en fiscale wetgeving.

1.2 Impact van de Brexit op werknemers in een situatie van internationale tewerkstelling

Het Verenigd Koninkrijk heeft op 31 januari 2020 de Europese Unie verlaten. Tijdens de overgangperiode tot en met 31 december 2020 bleef de Europese regelgeving in essentie verder van toepassing door de werking van het Terugtrekkingsakkoord (TA).

Sinds 1 januari 2021 is er in principe geen vrij verkeer van werknemers meer, wat een grote invloed heeft op het recht om te reizen en te werken in de Europese Unie. Er dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt tussen twee soorten inwoners die van het Verenigd Koninkrijk (VK) naar België willen reizen: (i) inwoners van het VK die vallen onder het toepassingsgebied van het TA en (ii) inwoners van het VK die niet vallen onder het toepassingsgebied van het TA.

1.2.1 Inwoners van het VK die vallen onder het toepassingsgebied van het TA

Onder deze categorie vallen Britse onderdanen die reeds vóór 1 januari 2021 hun recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend en bijvoorbeeld een duurzaam verblijf in België hebben of de status van grensarbeider. Let op, gedetacheerde werknemers van het VK vallen hier in principe niet onder aangezien zij zich niet beroepen op hun individueel recht op vrij verkeer maar op het recht van vrij verkeer van diensten van hun buitenlandse werkgever. Zij kunnen hier wel onder vallen indien zij over voldoende bestaansmiddelen beschikken.

a. Vrij verkeer – Deze inwoners genieten zogenaamde *'grandfathering rights'* waardoor zij hun voormalig statuut onder de Europese wetgeving behouden na 31 december 2020. Dit houdt in dat zij verder mogen wonen en werken in België mits zij vóór 31 december 2021 een nieuwe verblijfskaart / kaart voor klein grensverkeer (M- of N-kaart) aanvragen bij de gemeente van hun woonplaats / werkplaats. Deze personen zullen echter buiten België wel beschouwd worden als 'derdelanders' en zullen dus geen recht hebben op vrij verkeer.

b. Sociale zekerheid – Het TA beschermt alle inwoners van de EER (en Zwitserland) en het VK die op het einde van de overgangperiode (31 december 2020) internationaal worden tewerkgesteld en waarbij zowel een lidstaat als het VK betrokken zijn. Voor deze werknemers blijft de Europese verordening 883/2004 inzake sociale zekerheid van toepassing na de overgangperiode zo lang de grensoverschrijdende tewerkstelling niet wordt onderbroken, hetgeen niet betekent dat de tewerkstellingsituatie identiek moet

blijven. Wijzigingen zijn mogelijk zolang er een grensoverschrijdende link is (met dien verstande dat het louter hebben van een werkgever in een andere lidstaat niet volstaat als grensoverschrijdende link).

1.2.2 Inwoners van het VK die niet vallen onder het toepassingsgebied van het TA

Onder deze categorie vallen Britse onderdanen die pas ná 1 januari 2021 naar België komen. Deze werknemers vallen niet onder het TA maar onder de bepalingen van het nationaal recht en het handels- en samenwerkingsakkoord of de *Trade and Cooperation Agreement* (TCA) van 24 december 2020.

a. Vrij verkeer – Voor het recht op vrij verkeer voor deze inwoners dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen (i) een verblijf van korte duur (*business travel*) en (ii) een verblijf van lange duur.

i. Verblijf van korte duur (*business travel*)

Inwoners van het VK kunnen maximaal negentig dagen (in een periode van 180 dagen) zonder visum in de Schengen-zone verblijven. Dezelfde

regels gelden voor personen met de nationaliteit van een lidstaat van de Europese Unie die in het VK wensen te verblijven.

Om te werken is in principe een arbeidskaart vereist gedurende dit verblijf van korte duur. Belgische wetgeving en de TCA voorzien echter in een aantal uitzonderingen. Zo is volgens de TCA een verblijf van korte duur (zelfs zonder arbeidskaart) toegestaan voor bepaalde professionele activiteiten zoals vergaderingen, onderzoeken, seminars, commerciële transacties, enz., evenwel beperkt tot maximaal negentig dagen in een periode van zes maanden. De uitzonderingen in de Belgische wetgeving voor het aanvragen van een arbeidskaart zijn beperkter dan de TCA wat betreft het soort activiteiten en de duurtijd. Let op, het is niet omdat er in een vrijstelling voorzien is voor het aanvragen van een arbeidskaart, dat er daarom automatisch een vrijstelling geldt voor een Limosa-melding. Een voorbeeld van een vrijstelling voor het aanvragen van een

arbeidskaart en een Limosa-melding in België bestaat voor het bijwonen van vergaderingen in beperkte kring, zolang de vergaderingen in België niet langer duren dan zestig dagen per kalenderjaar, met een maximum van twintig opeenvolgende dagen per vergadering.

ii. Verblijf van lange duur

Indien inwoners van het VK voor een lange duur willen verblijven in België, is het (Belgisch) vreemdelingenrecht van toepassing. In principe dienen werknemers dus een arbeidskaart en zelfstandigen een beroepskaart aan te vragen.

De Belgische wetgeving voorziet echter in verschillende uitzonderingen bv. voor familieleden van Europese burgers.

Deze strikte regel geldt niet voor een kort verblijf in de Schengen-zone (van negentig dagen in een periode van 180 dagen). Hiervoor dient er geen visum te worden aangevraagd.

b. Sociale zekerheid – De TCA legt regels vast voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels van werknemers die niet onder het toepassingsgebied van het TA vallen en die internationaal tewerk worden gesteld binnen het VK en de Europese Unie (Noorwegen, Liechtenstein, IJsland of Zwitserland niet inbegrepen).

Dit Protocol Sociale Zekerheid van de TCA is gelijkaardig aan de regels in de Europese Verordening 883/2004. In een situatie van internationale tewerkstelling is er in beginsel slechts één socialezekerheidsstelsel van toepassing, namelijk dat van de lidstaat waar de werknemer werkt. Afwijkende regels zijn van toepassing bij detachering en gelijktijdige tewerkstelling.

Er zijn evenwel een aantal verschillen tussen het Protocol Sociale Zekerheid van de TCA en de Europese Verordening 883/2004. Zo is het Protocol niet van toepassing op kinderbijslag en kan een periode van detachering niet worden uitgebreid tot na twee jaar.

1.3 Detachering van werknemers: impact van de Herzieningsrichtlijn

1.3.1 Detacheringsrichtlijn (96/71/EC) – Oorsprong, doelstelling en omzetting naar Belgisch recht

Eén van de basisfundamenten van de Europese Unie ligt in het vrij verkeer van diensten. De Detacheringsrichtlijn (96/71/EC) waarborgt bij de uitoefening van vrij verkeer van diensten een zekere minimumbescherming van werknemers in een grensoverschrijdende tewerkstelling en tracht misbruiken bij detacheringen te voorkomen. Deze richtlijn verplicht de lidstaten om aan gedetacheerde werknemers eenzelfde bescherming te verzekeren als aan de nationale werknemers. De lidstaten moeten erop toezien dat voor deze werknemers een 'harde kern' van minimale arbeidsvoorwaarden van hun rechtsgebied nageleefd wordt.

In België werd de Detacheringsrichtlijn omgezet via de Detacheringswet van 5 maart 2002. Deze wet schrijft de verplichting voor dat iedere werkgever die in België een gedetacheerde werknemer tewerkstelt, verplicht is

om de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden na te leven die worden voorgeschreven in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die onderworpen zijn aan strafsancties, alsook in algemeen verbindend verklaarde cao's. In plaats van een limitatieve lijst op te nemen van arbeidsomstandigheden en -voorwaarden die van toepassing zijn op gedetacheerde werknemers (zoals de Detacheringsrichtlijn eigenlijk voorschrijft), koos de Belgische wetgever voor een 'open norm'. Met uitzondering van de Arbeidsovereenkomstenwet, heeft de wetgever dus zo goed als het volledige Belgische arbeidsrecht van toepassing verklaard op gedetacheerde werknemers en gaat de Belgische wet dus veel verder dan aanvankelijk bedoeld.

De Detacheringsrichtlijn stuitte echter op kritiek aangezien de doelstellingen van de richtlijn onvoldoende werden bereikt. Daarenboven werden meerdere lidstaten bij de omzetting en toepassing van de Detacheringsrichtlijn op de vingers getikt door het Hof van Justitie wegens een schending van het principe van vrij verkeer van diensten (bv. Luxemburg,

dat net als België een 'open norm' hanteert). Deze kritiek werd met de Herzieningsrichtlijn in 2018 aangepakt.

1.3.2 De Handhavingsrichtlijn (2014/67/EC) en de Herzieningsrichtlijn (2018/957)

Achttien jaar na de Detacheringsrichtlijn volgde een nieuwe richtlijn 2014/67/EC van 15 mei 2014 (de *'Handhavingsrichtlijn'*). Deze richtlijn voorziet in criteria ter beoordeling van het bestaan van een detachering, de verplichting tot aanduiding van een verbindingpersoon die in naam en voor rekening van de werkgever het contact met de inspectiediensten moet verzekeren, een hoofdelijke loonaansprakelijkheid in geval van onderaanneming in de bouwsector en in maatregelen voor de wederzijdse erkenning van administratieve sancties van lidstaten onderling. De richtlijn veranderde de oorspronkelijke richtlijn echter niet inhoudelijk en bood de lidstaten voornamelijk meer mogelijkheden om op te treden.

Een grondige inhoudelijke wijziging van de Detacheringsrichtlijn vond plaats via de richtlijn 2018/957 van 28 juni 2018 (de *'Herzieningsrichtlijn'*),

ten gevolge van de gebreken en kritiek op de Detacheringsrichtlijn. In deze richtlijn werd de lijst van 'harde kern'-bepalingen uitgebreid die aan gedetacheerde werknemers een minimale bescherming bieden. Zo werd onder meer het begrip 'minimumloon' uitgebreid naar 'beloning' en werd daarmee het principe van *'gelijk loon voor gelijk werk'* geïntroduceerd. Daarnaast werden de volgende twee bepalingen nog toegevoegd aan de 'harde kern'-bepalingen van de richtlijn: voorwaarden van huisvesting van de gedetacheerde werknemer (indien de werkgever voorziet in huisvesting van werknemers die zich niet op hun normale plaats van tewerkstelling bevinden) en kostenvergoedingen voor reis-, maaltijd-, en verblijfkosten voor werknemers die beroepshalve weg zijn van huis.

De Herzieningsrichtlijn maakt naar analogie met de Belgische Detacheringswet gebruik van een open norm voor een detachering van langer dan twaalf maanden. Na een periode van detachering van twaalf maanden (of achttien maanden bij een gemotiveerd verzoek van de dienstverlener), heeft een werknemer een

veel hechtere band met de arbeidsmarkt naar waar hij of zij werd gedetacheerd en dient een uitgebreider aantal arbeidsvoorwaarden te worden toegepast. Zo zijn in dat geval zo goed als **alle** arbeids- en tewerkstellingsvoorwaarden van toepassing die worden voorgeschreven in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, alsook in algemeen verbindend verklaarde cao's of scheidsrechterlijke uitspraken. Het is voor een dienstverlener ook niet mogelijk om deze regel te omzeilen door de gedetacheerde werknemers telkens vóór het bereiken van de twaalfmaandengrens te vervangen. De periodes van detachering van verschillende werknemers worden namelijk samengeteld indien deze werknemers mekaar vervangen en indien ze dezelfde taak uitvoeren op dezelfde plaats.

De Herzieningsrichtlijn voorziet ook in specifieke bepalingen voor een gelijke behandeling van uitzendkrachten die uit een andere lidstaat gedetacheerd worden en een informatieverplichting van een inlenende onderneming aan het buitenlands uitzendbureau of aan de onderneming van herkomst.

Ten slotte voorziet de Handhavingsrichtlijn in een verzachtende omstandigheid bij het bepalen van sancties indien de officiële nationale website niet voorziet in de toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die bij een detachering dienen te worden nageleefd.

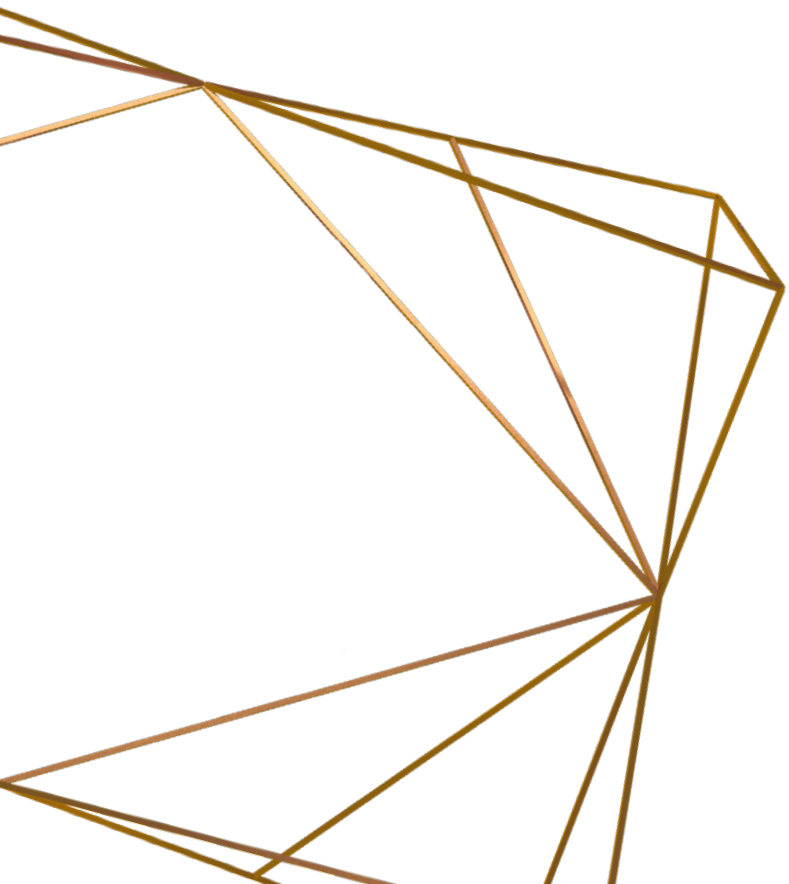
1.3.3 Impact van de Herzieningsrichtlijn

Aangezien de Belgische wetgeving reeds met een 'open norm' werkte in de Detacheringswet, diende ze nauwelijks te worden aangepast, op enkele beperkte uitzonderingen na zoals de verduidelijking omtrent de betaling van toeslagen of een vergoeding van uitgaven voor reis-, maaltijd- en verblijfskosten, de invoering van een beperkt aantal bepalingen die bijkomend moeten worden nageleefd bij een detachering van langer dan twaalf maanden zoals bepalingen over gewaarborgd loon in geval van ziekte of ongeval, huisarbeid, beperkte aansprakelijkheid van werknemers, betaling van commissies voor handelsvertegenwoordigers, enz., een aanpassing van de Uitzendarbeidswet van 24 juli 1987 en een aanpassing van het Sociaal Strafwetboek.

We stellen vast dat de Herzieningsrichtlijn een stuk dichter bij de Belgische Detacheringswet is geslopen maar dat de richtlijn en de Belgische wetgeving nog niet volledig op mekaar zijn afgestemd. Zo blijft er een onderscheid bestaan tussen de open norm onder de Herzieningsrichtlijn en de Belgische Detacheringswet. De toekomstige Belgische en Europese rechtspraak zal uitmaken in welke mate dit nog interpretatieproblemen zal opleveren.

Conclusie

Vandaag de dag stellen werkgevers meer en meer werknemers tewerk in een internationale context. Een zorgvuldige voorbereiding, kennis en opvolging is van belang om internationale tewerkstellingen in goede banen te leiden in het post-Covid- en post-Brexit-tijdperk. Let als werkgever dus goed op met waar u uw werknemers tewerkstelt (vooral in welk land), breng de toepasselijke regelgeving in kaart, maak goede schriftelijke afspraken met uw werknemers en leef daarbij alle formaliteiten na.



Kato Aerts

Counsel

T +32 (0)3 304 90 01

E kato.aerts@lydian.be



Philip De Roo

Senior Associate

T +32 (0)2 787 90 14

E philip.deroo@lydian.be







Lydian Brussels Office

Tour & Taxis
Havenlaan 86c b113 Avenue du Port
1000 Brussel - Bruxelles
België - Belgique

T +32 (0)2 787 90 00
F +32 (0)2 787 90 99

Lydian Antwerp Office

Arenbergstraat 23
2000 Antwerpen - Anvers
België - Belgique

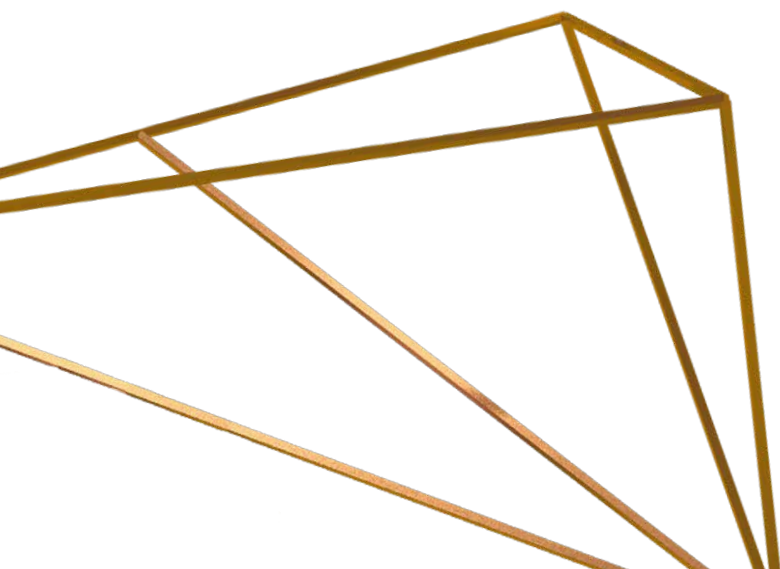
T +32 (0)3 304 90 00
F +32 (0)3 304 90 19

Lydian Hasselt Office

Thonissenlaan 75
3500 Hasselt
België - Belgique

T +32 (0)11 260 050
F +32 (0)11 260 059

Please note that the contributions included in this booklet represent general summaries of noteworthy issues, decisions and legislation. The booklet is designed to serve for information purposes only and should not be considered as legal advice. The texts are final on 17 December 2021.



Responsible Publisher: Jan Hofkens
Tour & Taxis, Havenlaan 86C B113 Avenue du Port
1000 Brussels, Belgium
© Lydian, 2022

ALL RIGHTS RESERVED. This booklet contains material protected under Copyright Laws and Treaties. Any unauthorized reprint or use of this material is prohibited. No part of this booklet may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system without express written permission from the publisher.







Lydian is a full-service, fully-fledged, independent Belgian business law firm. Lydian stands for a strong and highly professional environment with high level legal services. Our approach is all about being committed, available, responsive and proactive. We understand the opportunities and demands of our client's business, and will put its interests first. Our legal culture, which is firmly grounded on London magic circle and premium Belgian law firms, makes us ideally placed to provide the highest quality services to an international standard and practice law with the sophistication of a big firm, but with the close client-lawyer contact more typical for a smaller firm. Communication with our clients is key to us.

**"Straight-to-the-point advice
is the hallmark of Lydian"**

LEGAL 500