

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

VARIATIES OP HET THEMA MISBRUIK*

In zijn bijdrage aan dit colloquium zet Bloembergen uiteen waarom spreken en schrijven over (de methode van) Meijers niet zo een eenvoudige opgave is. Voor een buitenlander is dit een nog moeilijker opgave: is zelfs voor een Nederlander van het formaat van een Bloembergen het omvangrijke oeuvre van Meijers al moeilijk te kennen, dan is dit nog meer zo voor een buitenlander die «van huize uit» bij zijn opzoekingen in verband met een of ander positiefrechtelijk probleem minder gemakkelijk in contact komt met de rechtsliteratuur in andere landen. De keuze van mijn onderwerp steunt dan ook niet op een wel doordachte beoordeling van wat er in Meijers werk meer of minder interessant is. Integendeel, zij is uitsluitend ingegeven door een gevoel van verbondenheid tussen ons beider Universiteiten, Leiden en Leuven, en moge meer speciaal een herinnering zijn aan de gastcolleges over «Misbruik van Recht en Wetsontduiking» die Meijers op uitnodiging van zijn Leuvense vriend Emiel Van Dievoet op 9-11 maart 1937 te Leuven heeft gehouden¹.

I. In zijn Leuvense bijdrage vergelijkt Meijers rechtsmisbruik en wetsontduiking, waarbij hij vooropstelt dat *misbruik van recht* hetzelfde vraagstuk uitmaakt ten aanzien van de subjectieve rechten als wetsontduiking ten aanzien van de voorschriften van het objectieve recht. In beide gevallen zit het bijzondere «niet hierin dat er grenzen kunnen zijn aan de toepassing van wettelijke voorschriften en wettelijke rechten, maar dat er een algemeen beginsel is,

hetwelk een zodanige grens stelt... Het is het omgeschreven recht, dat niet toelaat, dat alles, wat logisch uit een wetsvoorschrift of uit een wettelijk recht afgeleid kan worden, als geoorloofd mag beschouwd worden»².

Wat meer speciaal rechtsmisbruik betreft spreekt Meijers zich dan al resoluut uit voor een ruime opvatting. Misbruik van recht is niet alleen aanwezig als de houder van het recht handelt met het oogmerk van benadeling, althans zonder enig redelijk belang, maar ook wanneer een te grote onevenredigheid bestaat tussen het belang van de gerechtigde dat door de rechtsuitoefening wordt gediend en andermans belang dat erdoor ernstig wordt geschaad³. Daarbij verwijst Meijers uitdrukkelijk naar het in mijn land beroemde arrest van het Belgische Cassatiehof van 12 juli 1917, volgens hetwelk een rechthebbende «entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité» *niet* diegene mag kiezen «qui sera dommageable pour autrui»⁴. Toch dient te worden opgemerkt dat dit Belgische arrest in wezen geen zuivere toepassing is van de door Meijers bepleite belangenafweging aangezien het niet uitgaat van de afweging van het belang van de gerechtigde t.a.v. dat van een benadeelde derde maar integendeel van een afweging van het belang van de gerechtigde bij één manier van rechtsuitoefening t.a.v. het belang van diezelfde gerechtigde bij een andere manier van rechtsuitoefening, waarbij het belang van een derde de rechter weliswaar toelaat de ene manier van rechtsuitoefening boven de andere te verkiezen. Het Belgische arrest is dus eigenlijk nog een toepassing van het criterium van de afwezigheid van enig redelijk belang: wegens het gelijke nut dat beide manieren van rechtsuitoefening voor de rechthebbende opleveren, heeft deze laatste er geen redelijk belang bij de voor een derde meest schadelijke manier te kiezen. Niettemin moet (zonder chauvinisme van mijnentwege) worden toegegeven

* Lezing gehouden te Leiden op vrijdag 11 januari 1980 ter gelegenheid van het Meijers-Colloquium tot herdenking van de honderdste geboortedag van E.M. Meijers. De tekst van deze lezing werd met andere gepubliceerd in *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5504, p. 62 e.v.

¹ In de (toen nog Franstalige) notulen van de raadsvergadering van de Leuvense Rechtsfaculteit van 18 januari 1937 staat, zo wordt mij meegedeeld door prof. G. van Dievoet, jr., het volgende te lezen: «M. Van Dievoet fait savoir à la Faculté qu'à la demande de celle-ci, il a sollicité une conférence du professeur Meyers, de Leyde, au titre de la commission d'échanges interuniversitaires belgo-hollandaise». De tekst van de voordracht is opgenomen in *Annalen voor Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen*, 1936-37, p. 703 e.v.; *Verz. Priv. Opstellen*, I, p. 62 e.v.

² *Verz. Priv. Opstellen*, I, p. 68.

³ *Ibid.*, p. 74.

⁴ Cass., 12 juli 1917, *Pas.*, 1918, I, 65, op p. 73. Voor een weergave van de feiten en een situering van dit arrest in de algemene Belgische leer over rechtsmisbruik, zie VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, 1969, p. 179 e.v., in het bijzonder p. 186, met verdere verwijzingen.

dat het Belgische arrest, mede gelet op zijn datum (1917) vrij vooruitstrevend is: nog in 1936 besliste Uw Hoge Raad, in de beruchte Berg en Dalse zaak, dat, wanneer verschillende wijzen van uitvoering mogelijk zijn, men niet gehouden is van een bepaalde wijze van uitvoering af te zien, alleen omdat daaruit voor een derde nadeel zou voortvloeien, dat bij een andere wijze van uitvoering zou wegblijven⁵.

De door Meijers voorgestane, ruime opvatting — die ook ten grondslag ligt aan artikel 8, lid 2, Inleidende titel Ontwerp B.W. : «een bevoegdheid wordt misbruikt, wanneer men haar gebruikt, (...) in een geval waarin men rekening houdend met de daarbij betrokken belangen naar redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen» (zie ook verder) — heeft naderhand bijval gekregen, en ongeveer gelijktijdig, zowel vanwege Uw Hoge Raad als vanwege het Belgische Hof van Cassatie en zulks in goed op elkaar gelijkende casusposities. In zijn arrest van 17 april 1970 inzake een grensoverschrijdende garagegebouwer (Kuipers) te goeder trouw is geweest, de verwijdering (amotie) vorderende eigenaar (De Jongh) «door in plaats van genoeg te nemen met een redelijke schadevergoeding een vordering tot amotie in te stellen, zich aan misbruik van recht zou hebben schuldig gemaakt, indien het nadeel dat Kuipers door de amotie zou lijden, zowel op zichzelf beschouwd als in zijn verhouding tot het belang dat De Jongh met haar vordering nastreeft, zó groot zou zijn dat, alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen, De Jongh naar redelijkheid niet tot de uitoefening van haar recht amotie te vorderen had kunnen komen». Nu echter door Kuipers niet anders werd aangevoerd dan «dat de door de afbraak van de garage door hem te ondervinden schade onevenredig groter is dan het voordeel dat die afbraak aan De Jongh oplevert» werd, naar de mening van de Hoge Raad, terecht door de feitenrechter aangenomen dat geen misbruik van recht kon worden aangetoond⁶. Iets meer dan een jaar later, nl. op 10 september 1971, wijst het Belgische Hof van Cassatie een vergelijkbaar arrest (klaarblijkelijk, gelet op de conclusie van de proc.-gen. Ganshof van der Meersch, zonder kennis te hebben van het arrest van Uw Hoge Raad, waarnaar wel verwezen wordt in de annotatie in het R.W.). Daarin staat te lezen, in verband met een 23 jaar voordien te goeder trouw opgerichte grensoverschrijdende zijgevelmuur, «dat het recht op afbraak wegens onrechtmatige toeëigening door een derde van een anders grond, evenals het eigendomsrecht waarvan het de schending sanctioneert, voor misbruik vatbaar is; dat dergelijk misbruik kan ontstaan niet alleen door de uitoefening van bedoeld recht met het enkele inzicht om te schaden doch eveneens door de uitoefening ervan op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon». Gelet op dit criterium verwerpt het de voorziening

in cassatie tegen de beslissing van de feitenrechter omdat die «rekening houdend met het feit van een sedert 23 jaar bestaande toestand, met de beperkte berokkende schade en het, buiten alle verhouding daarmede, uit de eventuele afbraak door de verweerders voortspruitende nadeel» terecht kon oordelen dat, in de gegeven omstandigheden, het eisen van de afbraak kennelijk de grenzen te buiten ging van de normale uitoefening door een voorzichtig en bezorgd persoon van het recht op afbraak»⁷.

Uit deze twee uitspraken blijkt m.i. een grote overeenstemming, althans op het vlak van de principes. Beide hoge rechtscolleges nemen aan — ik citeer het arrest van de Hoge Raad — dat de gerechtigde «in beginsel recht heeft de amotie van het op haar terrein gebouwde gedeelte (...) te vorderen, ook al zou (de bouwer) bij de grensoverschrijding te goeder trouw zijn geweest en een redelijke schadevergoeding hebben aangeboden»⁸ maar dat tenminste als de bouwer te goeder trouw is geweest, van dit recht misbruik kan worden gemaakt als de door de afbraak berokkende schade zó groot zou zijn op zichzelf en in verhouding tot het nut voor de gerechtigde (H.R.) of buiten alle verhouding staat tot het voordeel van de gerechtigde bij afbraak (H.v.C.), dat, alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen (H.R.), in de gegeven omstandigheden (H.v.C.) afbraak naar redelijkheid niet kan worden gevorderd (H.R.) of dat afbraak de grenzen van een normale rechtsuitoefening kennelijk te buiten gaat (H.v.C.). Deze formuleringen komen grotendeels overeen met de door Meijers in zijn Leuvense bijdrage en in artikel 8 Inleidende titel Ontwerp B.W. voorgestelde formulering. Beide beslissingen leidden weliswaar op het vlak van de praktische resultaten tot tegengestelde oplossingen: in het Nederlandse geval wordt afbraak bevolen, niet in het Belgische⁹. Ter verantwoording daarvan kunnen evenwel belangrijke feitelijke verschillen worden aangewezen (in het Nederlandse geval bedroeg de grensoverschrijding circa 70 cm. en moest slechts de afbraak van een garagemuur worden bevolen, in het Belgische geval bedroeg de overschrijding maar 20 cm en had de afbraak betrekking op een huismuur).

Het zou mij te ver leiden hier nader in te gaan op de theorie van het rechtsmisbruik. Mijn bedoeling was aan te tonen hoezeer Meijers' opvatting inzake rechtsmisbruik daterend uit de jaren 'dertig nog altijd actueel is: zijn Leuvense bijdrage is overigens een treffende illustratie van Meijers' open systeemdenken steunend op ongeschreven rechtsbeginselen en op rechtsvergelijkende gegevens, zoals door Bloembergen besproken in zijn bijdrage aan dit colloquium. Toch wil ik hier als algemene indruk (die wel eens verkeerd zou kunnen zijn wegens onvoldoende kennis van het Nederlandse recht) te kennen geven dat de Belgi-

⁷ Cass., 10 september 1971, R.W., 1971-72, 321 met conclusie proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁸ Betekenisvol is bijv. het in België goed bekende Etrimo-arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 10 juni 1965, *Pas.*, 1966, II, 159 waarbij, op verzoek van geburen, de afbraak van een *appartementsgebouw* werd bevolen dat (met kennis van zaken) was opgericht geworden in strijd met een bij wet ingestelde en contractueel bevestigde erfdienstbaarheid. Het cassatieberoep tegen deze uitspraak werd afgewezen door Cass., 6 oktober 1966, *Pas.*, 1967, I, 174.

⁹ In zijn annotatie in AA, 1970, op p. 549, signaleert H.K.K. dat uiteindelijk toch geen afbraak zou hebben plaatsgevonden en dat genoeg werd genomen met schadevergoeding.

⁵ H.R., 13 maart 1936, *N.J.*, 1936, nr. 415 m.o. P.S. De feitenrechter, het Hof te Arnhem, die de zaak verder moest berechten bleef de handeling niettemin onrechtmatig achten en wel omdat zij generlei nut voor de gerechtigde had doch uitsluitend de bedoeling had een ander te benadelen (daarover, met de verwijzingen, MEIJERS, *loc. cit.*, p. 63 e.v.)

⁶ H.R., 17 april 1970, *N.J.*, 1971, nr. 89 m.o. PhA.N.H.; AA, 1970, 542 m.o. H.K.K.

sche rechtsleer en rechtspraak meer dan de Nederlandse geneigd zijn aan de leer van het rechtsmisbruik een zeer ruime toepassing te geven¹⁰. Er is in België bijv. geen ernstige controverse omtrent de vraag of rechtsmisbruik kan voorkomen buiten het domein van het eigendomsrecht of van de andere absolute rechten : een bevestigend antwoord op die vraag wordt als vanzelfsprekend aangenomen¹¹ ; even gemakkelijk wordt aanvaard dat misbruik kan worden gemaakt van contractuele rechten¹² en zelfs van algemene vrijheden¹³. Zo ook wordt zonder motivering door de rechtspraak aanvaard dat bij het afwegen van belangen om uit te maken of een misbruik van recht voorhanden is, rekening moet worden gehouden met het algemeen belang¹⁴.

Voor één punt moge ik niettemin speciale aandacht vragen. Zowel in België als in Nederland wordt, buiten de gevallen waarin misbruik wordt gemaakt van een welbepaald contractueel recht, vrij algemeen als wettelijke grondslag voor de leer van misbruik van recht gezien artikel 1382 Belgisch resp. 1401 Nederlands B.W.¹⁵. Dat is ook Meijers' opvatting¹⁶. Dit belet echter niet dat in de rechtsleer talrijke criteria worden voorgesteld tot concretisering

¹⁰ Over de ruime toepassing van de leer in België, zie de uitvoerige noot van VAN OMMESLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», onder het hiervoor genoemde cassatiearrest van 10 september 1971 in *R.C.J.B.*, 1976, 303 e.v.

¹¹ Zie de ruime waaier van subjectieve rechten in verband waarmee rechtsmisbruik in België werd aangenomen bij VAN OMMESLAGHE, *art. cit.* Ook Meijers staat in zijn Leuvense bijdrage (op p. 73 van de *Verz. Priv. Opstellen*, I) een ruime toepassing voor. In zijn reeds geciteerde opmerkingen schrijft H.K.K. evenwel : «Of het begrip tevens een nuttige functie kan vervullen buiten de gevallen van onjuiste uitoefening van absolute rechten is een nog niet volledig opgeloste vraag» (*AA*, 1970, op p. 545).

¹² Daarover DE BERSAQUES, «L'abus de droit en matière contractuelle» noot onder Hof Luik, 14 februari 1964, *R.C.J.B.*, 1969, 501 e.v., die er echter op wijst dat het misbruik van een contractueel recht na de contractsluiting veelal zal leiden tot een overtreding van artikel 1134, derde lid, Belg. B.W. In dezelfde zin, voor Nederland, HOFFMANN-DRION-WIERSMA, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, p. 92, voetnoot 2.

¹³ Het hiervoor vermelde cassatiearrest van 12 juli 1917 handelt bijv. over misbruik van de mededingsvrijheid als afgeleid recht van de vrijheid van handel. Vgl. daarmee de restrictieve bewoordingen bij HOFFMANN-DRION-WIERSMA, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, II, achtste druk, 1971, op p. 93 bovenaan en voetnoot 2. Zie nochtans verder in deze bijdrage, onder IV, de bespreking van het misbruiken van de algemene contractsvrijheid.

¹⁴ Zie Cass., 16 november 1961, *R.W.*, 1962-63, 1157, zij het dat het daar gaat over de afweging van twee manieren van rechtsuitoefening zijdens de gerechtigde — cf. het in de tekst besproken cassatiearrest van 12 juli 1917 — en niet over het afwegen van het belang van de gerechtigde tegenover dat van de geschade. Niets belet m.i. dat ook met betrekking tot die tweede categorie het algemeen belang in aanmerking zou worden genomen : zie nochtans VAN OMMESLAGHE, *art. cit.*, p. 332 met verdere verwijzingen. Wat Nederland betreft, moet erop gewezen worden dat zelfs Meijers, die nochtans een ruime opvatting voorstaat, het algemeen maatschappelijk belang niet in aanmerking wil nemen zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling (*art. cit.*, p. 73-74).

¹⁵ Zie o.m. voor België DE BERSAQUES, «L'abus de droit», *R.C.J.B.*, 1953, 272 e.v., voor Nederland, RUTTEN, *Asser-Serie, Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet*, 1975, p. 65 e.v. ; zie nochtans HOFFMANN-DRION-WIERSMA, *op. cit.*, p. 92.

¹⁶ *Art. cit.*, p. 77-78.

van de algemene zorgvuldigheidsnorm, zoals, voor Nederland o.m., strijd met het doel van het recht, afwezigheid van belang, aanwezigheid van een onredelijk belang, bedoeling om te benadelen, onevenredigheid tussen het gediende en het geschade belang¹⁷. Bij dit alles mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat bij misbruik van recht de gerechtigde optreedt krachtens een hem door de wet verleend subjectief recht, m.a.w. binnen de formele grenzen van een hem toekomend recht. Dit heeft volgens de meest recente rechtsleer ten gevolge dat de rechterlijke toetsing van wat binnen de uitoefening van het recht als onrechtmatig moet worden beschouwd wegens strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, een marginale d.i. een beperkte toetsing is, een toetsing die, naar de formulering van Van der Grinten, ligt «tussen enerzijds die gevallen waarin elke rechterlijke toetsing is uitgesloten, en anderzijds gevallen waarin volledige toetsing geschiedt»¹⁸. In beginsel is de rechthebbende immers vrij in de uitoefening van zijn recht : als zodanig staat het hem vrij binnen de grenzen van zijn recht alle uitoefeningswijzen te kiezen waartoe hij in redelijkheid kan beslissen. Over de opportuniteit van deze of gene beslissing moet de rechter zich onthouden¹⁹. Hij mag alleen tussenbeide komen wanneer de uitoefening van het recht «zo verregaand onredelijk is dat een weldenkend mens, in de situatie van de gerechtigde, daartoe niet zal kunnen komen»²⁰. Hoe marginaal de rechterlijke toetsing wel moet zijn, hangt mede af van de aard van het uitgeoefende recht en de maatschappelijke waardering die men voor dat recht heeft : hoe absoluter, d.i. hoe minder gebonden het recht is of geacht wordt te zijn, hoe beperkter de rechterlijke toetsing moet zijn²¹.

II. Een bijzondere categorie van rechtsmisbruik vormt het *misbruik van bevoegdheid*, bijzonder omdat het hier gaat om een speciale soort van rechten, die nl. verleend zijn met het oog op, en dus gebonden zijn aan, een welbepaald doel, zodat de rechterlijke toetsing, blijkens het hiervoor gestelde, minder marginaal is en zich heel in het bijzonder uitstrekt tot de overeenstemming van de uitoefening van de bevoegdheid met het doel waarvoor zij gegeven is²².

¹⁷ Aldus RUTTEN, *loc. cit.* Voor België, zie bijv. DERINE e.a., *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Zakenrecht*, I, A, 1974, p. 419.

¹⁸ VAN DER GRINTEN, «Marginale toetsing» in *Op de grenzen van komend recht, Beekhuis-bundel*, 1969, p. 109 e.v., op p. 109, meer speciaal in verband met rechtsmisbruik, p. 115-116. Over de oorsprong van de theorie en verdere verwijzingen, zie de reeds meermaals geciteerde annotatie van H.K.K. in *AA*, 1970, op p. 546.

¹⁹ Zie RONSE, «Marginale toetsing», *T.P.R.*, 1977, 207 e.v., op p. 209-211.

²⁰ H.K.K. in *AA*, 1970, op p. 547.

²¹ Eigenaardig genoeg houden de meeste gevallen van rechtsmisbruik verband met de uitoefening van onroerende eigendomsrechten (of daarvan afgeleide rechten), dit zijn de nog meest absolute en ook als dusdanig gewaardeerde rechten. Het zou bijgevolg juist in de uitoefening van die rechten moeten zijn dat aan de gerechtigde de grootste vrijheid toekomt en aan de rechter het meest marginale toetsingsrecht. Wellicht is het verschijnsel te verklaren door het feit dat de subjecten van die rechten zich het sterkst voelen en daarom juist het minst zorgvuldig te werk gaan tegenover de buitenwereld (in die zin versta ik de verklaring van HOFFMANN-DRION-WIERSMA, *op. cit.*, p. 95).

²² Deze doelgebonden bevoegdheden zijn bijgevolg aan een uit-

Meijers, in zijn Leuvense bijdrage, onderkende het bijzonder karakter van deze rechten ten volle : « een bijzondere plaats », zo schrijft hij, « nemen verder onder de bevoegdheden degene in, die aan de betrokken personen voor een bepaald doel gegeven zijn ». Onder deze bevoegdheden rangschikt hij de rechtsmiddelen « als het instellen van een rechtsvordering, het gaan in hoger beroep, enz. door het recht gegeven om de rechtmatige belangen van de burgers te beschermen. Een zodanige voor dit doel gegeven bevoegdheid kan niet willekeurig uitgeoefend worden ; het doel begrenst haar gebruik. Vandaar de regel : point d'intérêt, point d'action ». Daaronder komen ook « alle publiekrechtelijke en semi-publiekrechtelijke bevoegdheden... Wie als ambtenaar een zekere bevoegdheid heeft gekregen, wie als voogd optreden kan, moet zijn macht voor het aangegeven doel gebruiken. Gebruikt hij zijn macht voor een ander doel, dan is dit onrechtmatig. Het is het misbruik, dat de Franschen 'détournement de pouvoir' noemen »²³.

Meijers beklemtoont evenwel dat het hier gaat over een heel bijzondere categorie van bevoegdheden die nl. gegeven zijn met het oog op een specifiek doel. Hij verzet zich tegen de voordien door de Franse auteur Josserand verdedigde opvatting volgens welke alle bevoegdheden en rechten in het privaatrecht voor een bepaald doel zouden gegeven zijn : « les droits subjectifs », aldus Josserand, « (sont) des droits-fonctions et ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit. L'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »²⁴. Alle privaatrechtelijke rechten en bevoegdheden zouden dus een eigen sociale en economische finaliteit hebben ; worden zij bij het gebruik daarvan afgewend, dan heeft men te maken met rechtsmisbruik of bevoegdheidsafwending.

De opvatting van Josserand heeft in Frankrijk en ook in België heel wat navolgers gehad²⁵. Zelfs een auteur als De Page werd erdoor overtuigd²⁶. Toch is zij afgestuit op ernstige kritiek. Enerzijds werd onderstreept dat de subjectieve rechten aan de rechthebbenden worden verleend tot eigen behoeftenbevrediging en niet ter verwezenlijking van een bepaalde sociaal-economische politiek ; anderzijds werd beklemtoond dat, bij ontstentenis van een duidelijke bij de wet vastgestelde finaliteit van een subjectief recht, het aan de willekeur van de rechter zou zijn overgelaten om de sociale en economische finaliteit van een specifiek subjectief recht vast te stellen²⁷.

Ten gevolge van de uitgebrachte kritiek vond Josserand's opvatting in haar algemeenheid geen ingang in

België evenmin als in Frankrijk²⁸. Zij heeft niettemin in een niet onaanzienlijke mate resultaat opgeleverd doordat Josserand's opvatting thans vrijwel door een ieder wordt aanvaard — zij het in België nadrukkelijker dan in Nederland²⁹ — voor sommige bevoegdheden die duidelijk krachtens de wet zoals geïnterpreteerd door rechtspraak en rechtsleer, aan de rechthebbende werden toegekend met het oog op een welbepaald doel en die daarom doelgebonden bevoegdheden worden genoemd³⁰. In België werd de aldus beperkte theorie zelfs door het Hof van Cassatie geconsacreerd, zij het niet *expressis verbis*³¹. Zoals hiervoor aangestipt is zij ook door Meijers gebillijkt en is zij in haar beperktheid overgenomen in artikel 8, lid 2, Inleidende titel Ontwerp B.W., waar naast het criterium van het enkele oogmerk om te schaden en dat van de onevenredigheid tussen het met de rechtsuitoefening gediende en het daarvoor geschade belang (*supra*), als derde criterium van rechtsmisbruik wordt genoemd : het gebruiken van een bevoegdheid « voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend ».

Welke zijn de voornaamste soorten van dergelijke doelgebonden bevoegdheden ? Zoals gezegd rangschikt Meijers onder deze categorie de rechtsmiddelen alsmede alle publiekrechtelijke en semi-publiekrechtelijke bevoegdheden³². Voor België heeft Van Ommeslaghe onlangs een vrij volledige inventaris opgemaakt van dergelijke doelgebonden bevoegdheden die in de Franstalige terminologie vaak « droits fonctions » worden genoemd. Men is het erover eens dat de duidelijkste voorbeelden te vinden

²⁸ Toch kunnen enige beslissingen worden aangewezen die Josserand's opvattingen gunstig gezind zijn : zie voor België, de verwijzingen bij VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 183, noot 90 ; voor Frankrijk, bij PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.*, 1972, *Chron.*, p. 67 e.v.

²⁹ Voor België, zie de verwijzingen bij VAN OMME-SLAGHE, *art. cit.*, p. 312 e.v. Opmerkelijk in dat opzicht is bijv. de gewijzigde houding van de invloedrijke auteur en gewezen raadshere in het Hof van Cassatie, De Bersaques, die Josserand's opvattingen eerst in hun algemeenheid fel bekritiseerde maar ze dan, voor bepaalde bevoegdheden, heeft aanvaard : zie eerst zijn noot in *R.C.J.B.*, 1953, 272, dan zijn noot in *R.C.J.B.*, 1975, 213.

Voor Nederland, zie de in de tekst gesignaleerde mening van Meijers evenals RUTTEN, *op. cit.*, p. 65, waar het criterium van strijd met het doel van het recht als een van de mogelijke criteria van rechtsmisbruik wordt genoemd.

³⁰ Bij een andere gelegenheid heb ik, op het voetspoor van buitenlandse, vooral Anglo-Amerikaanse literatuur, geprobeerd de categorie van de doelgebonden bevoegdheden nader af te lijnen : zie *Algemeen Deel*, p. 87 e.v. en p. 168 e.v.

³¹ Cass., 28 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 217 m.n. BÜTZLER. Het Hof gebruikt niet de termen afwending van bevoegdheid, d.i. de in België gebruikelijke Nederlandse vertaling voor « détournement de pouvoir », maar de algemene term « misbruik van recht ». Het arrest wordt niettemin algemeen beschouwd als een toepassing van de speciale categorie van rechtsmisbruik, die machtsafwending of misbruik van bevoegdheid wordt genoemd : zie VAN OMME-SLAGHE, *art. cit.*, p. 315 e.v. ; DERINE e.a., *op. cit.*, p. 420.

³² MEIJERS, *art. cit.*, *Verz. Priv. Opstellen*, I, p. 72. In de *Memorie van Toelichting* bij art. 8, Inleidende titel Ontwerp-B.W. wordt op p. 30 naar twee arresten van de Hoge Raad verwezen, m.n. een arrest van 14 januari 1881, *W.*, 4661 en een ander van 4 september 1942, *N.J.*, 1942, nr. 617 die dit criterium van rechtsmisbruik hebben toegepast. *Adde*, in verband met misbruik van een publiekrechtelijke of semi-publiekrechtelijke bevoegdheid : *H.R.*, 8 december 1961, *N.J.*, 1962, nr. 56.

gebreider toetsing onderworpen dan gewone subjectieve rechten. Daartegenover staat de categorie van de zogenaamde discretionaire rechten, dit zijn rechten of bevoegdheden die de gerechtigde naar vrije willekeur kan uitoefenen. Ten aanzien van die rechten is geen rechterlijke toetsing mogelijk. Hun aantal wordt steeds kleiner. Over die rechten : MEIJERS, *Verz. Priv. Opstellen*, I, p. 71 e.v. ; VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 170 e.v. ; VAN OMME-SLAGHE, *art. cit.*, p. 321 e.v.

²³ *Verz. Priv. Opstellen*, I, p. 72-73.

²⁴ JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e uitg., 1939, nr. 291 e.v.

²⁵ Daarover VAN OMME-SLAGHE, *art. cit.*, p. 305 e.v.

²⁶ DE PAGE, *Traité*, I, 3ème éd., 1962, nr. 111 e.v.

²⁷ Voor de verwijzingen, zie VAN OMME-SLAGHE, *art. cit.*, p. 307 e.v. Zie ook de kritiek van MEIJERS, *art. cit.*, p. 73.

zijn in het familierecht en in het beheersrecht³³. De ouderlijke macht en de daarvan afgeleide bevoegdheden, zoals de bevoegdheid van de ouders al dan niet toe te stemmen in het huwelijk van hun minderjarige kinderen (art. 148 e.v. Belg. B.W.), alsook de beheersbevoegdheden van vennootschapsbestuurders, zijn typische doelgebonden bevoegdheden³⁴. De eerste moet worden uitgeoefend in het belang van het kind, de tweede in het belang van de vennootschap. Ofschoon daaruit blijkt dat die bevoegdheden met het oog op een welbepaald doel moeten worden aangewend, en dus zeker niet in het eigen belang van de houder van de bevoegdheid en evenmin voor een ander, zij het volkomen onbaatzuchtig doel, zijn daarmee niet alle betwistingen van de baan. Men kan nl. van mening verschillen omtrent de juiste inhoud van het aan een bepaalde bevoegdheid meegegeven doel. Is het bijv. juist te stellen, zoals ik daareven met heel wat aarzeling heb gedaan, dat de ouderlijke macht verleend is in het belang van het kind t.o.v. wie de uitoefening van ouderlijke macht plaatsheeft? Moet het niet zijn: in het belang van het gezin, d.i. het gezamenlijk belang van vader, moeder én kinderen, althans in het belang van alle kinderen of van een ander kind? Concreet komt de vraag hierop neer: mogen vader en moeder de toestemming tot het huwelijk van een minderjarig kind weigeren, of — minder spectaculair — beslissen dat het kind geen hogere studie zal aanvangen ten einde, dank zij het arbeidsinkomen van dat kind, het gezinsinkomen te verhogen waardoor aan het hele gezin meer comfort kan worden verstrekt of waardoor het mogelijk wordt een jonger, wellicht meer begaafd kind een hogere studie te laten doen? Zo ook is niet zonder meer duidelijk wat moet verstaan worden onder een beheersbevoegdheid die gegeven is in het belang van de vennootschap. Is het niet juist te zeggen: in het belang van de onderneming, waarmee bedoeld wordt dat alle bij het welvaren van de onderneming betrokken belangen, ook die van de werknemers en zelfs van de regio en van de gehele gemeenschap, in aanmerking moeten worden genomen?

Is een meningsverschil al mogelijk aangaande de inhoud van het aan een bepaalde bevoegdheid meegegeven doel, evenzeer kan men erover twisten of een bepaald recht wel een doelgebonden bevoegdheid is³⁵. In dit opzicht kan een tendens worden vastgesteld om subjectieve rechten die voordien niet als doelgebonden rechten werden beschouwd, nu wel als dusdanig aan te merken. Een voorbeeld is de hiervoor al genoemde ouderlijke bevoegdheid toe te stemmen in het huwelijk van een minderjarig kind. Deze bevoegdheid werd vroeger in België geacht zuiver discretionair te zijn, d.i. een bevoegdheid die door de ouders naar willekeur kon worden uitgeoefend³⁶; thans is zij ingevolge wetwijzigingen duidelijk doelgebonden (zie art. 106bis Belg. B.W.). Een ander, meer controversieel

voorbeeld zijn de lidmaatschapsrechten, o.m. het stemrecht, van de aandeelhouders van een vennootschap die thans door velen als doelgebonden bevoegdheden worden beschouwd omdat zij moeten worden uitgeoefend in het belang van de onderneming³⁷.

Het zou mij te verleiden hier nader op in te gaan. Ik moge volstaan met de vaststelling dat afwending van een recht van het doel waarvoor het gegeven is, een bijzondere vorm van rechtsmisbruik is, zij het dat in concreto nog heel wat discussie kan bestaan over de vraag of een bepaald recht al dan niet behoort tot de categorie van de doelgebonden rechten maar ook over de vraag waarin nu juist de speciale doelstelling bestaat. Het bijzondere van deze categorie bestaat evenwel hierin, dat de rechterlijke toetsing t.a.v. de uitoefening van het recht door de houder ervan minder marginaal is dan bij gewone subjectieve rechten, omdat de rechter gehouden is na te gaan of het recht niet van zijn speciale bestemming werd afgewend, m.a.w. gehouden is alle andere manieren van rechtsuitoefening die niet met die bestemming overeenkomen, als ongeoorloofd aan te merken. Naar aanleiding van die toetsing kan hij niettemin geconfronteerd worden met allerlei vragen zoals de hiervoor genoemde.

III. Sommige bevoegdheden zijn doelgebonden en worden bijgevolg misbruikt wanneer zij door de houder van de bevoegdheid worden afgewend van het doel waartoe zij gegeven werden. Het doel waartoe een bepaalde bevoegdheid is verleend is niet altijd nauwkeurig afgelijnd en evolueert trouwens met de heersende opvattingen. Een wijziging in die opvattingen kan overigens ten gevolge hebben dat een bepaald recht of een bepaalde bevoegdheid die eerst neutraal of zelfs discretionair was, dan geacht wordt doelgebonden te zijn. Tot zover de hiervoor gedane vaststellingen.

Ik moge thans uw aandacht vragen voor een ander punt. Doelgebonden bevoegdheden zijn vaak doelgebonden omdat zij deel uitmaken van een groter doelgebonden geheel, m.a.w. deel uitmaken van een bepaald juridisch instituut dat met het oog op een specifiek doel in het leven is geroepen. Het misbruik dat ten gevolge van doelafwending van de bevoegdheid wordt gemaakt, is dan vaak geheel of gedeeltelijk te herleiden tot een *misbruik van instelling*³⁸. Voorbeelden daarvan zijn het misbruik van octrooi (of merk) en het misbruik van vennootschap, die hierna kort worden besproken. Maar ook de hiervoor al besproken gevallen van misbruik van ouderlijke macht en zelfs, zoals hierna moge blijken, van misbruik van beheers- of aandeelhoudersrechten, illustreren zulks. De ouderlijke macht is immers in haar geheel, als instelling, gecreëerd in het belang van het betrokken kind (of van het gezin?) zodat elke

³³ VAN OMMESLAGHE, *art. cit.*, p. 316 e.v.

³⁴ Over laatstgenoemde categorie, moge ik verwijzen naar mijn proefschrift over *Bewindsbevoegdheid*, 1962, p. 130 e.v.

³⁵ Zo bijv. over de vraag of de categorie van de rechtsmiddelen wel echt doelgebonden bevoegdheden uitmaken, zoals o.m. door Meijers aangenomen. Daarover VAN OMMESLAGHE, *art. cit.*, p. 320 met verwijzingen.

³⁶ Over discretionaire rechten, zie hiervoor, noot 22. De evolutie van discretionair naar doelgebonden recht, van de bevoegdheid toestemming te verlenen in het huwelijk, heb ik beschreven in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, p. 172 e.v.

³⁷ Zie voor België de verwijzingen bij VAN OMMESLAGHE, *art. cit.*, p. 318 e.v. Zie mijn bijdrage over «Bedrijfsbezetting...», *R.W.*, 1976-77, 65 e.v.

³⁸ Instelling wordt hier genomen in een zeer losse betekenis, nl. als synoniem voor systeem (of subsysteem), d.i. een geheel van elementen die op een bepaalde wijze samenhangen. Hoe groot het systeem of subsysteem is, hangt af van de grens die de onderzoeker zelf trekt; de nationale rechtsorde, een codex, een onderdeel van een rechtstak maar ook een rechtsinstituut kunnen dus een systeem of subsysteem uitmaken: BLOEMBERGEN, «De eenheid van privaatrecht en administratief recht», *W.P.N.R.*, 1977, nr. 5372, p. 2.

eruit afgeleide bevoegdheid, zoals het recht aan het kind een bepaalde opvoeding te geven of met een voorgenomen huwelijk in te stemmen, een aan dat doel gebonden bevoegdheid is³⁹.

Dat het octrooi- (of merk-)recht een doelgebonden instelling is en dat diensgevolge de eruit afgeleide bevoegdheden principieel doelgebonden bevoegdheden zijn, blijkt in alle duidelijkheid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen omtrent de verhouding tussen het nationaal octrooi- (of merk-)recht en de fundamentele verdragsregel van het vrije goederenverkeer tussen de E.G.-Lid-Staten. Geconfronteerd met de vraag of en zo ja in welke mate de octrooi (of merk-)gerechtigde in een bepaalde Lid-Staat zich op zijn octrooi (of merk-)recht kan beroepen om invoer uit andere Lid-Staten te verbieden van produkten die op grond van een parallel octrooi in een ander land zijn vervaardigd (resp. onder een zelfde merk in een ander land in het verkeer zijn gebracht) diende het Hof van Justitie zich te bezinnen over de doelgerichtheid van die rechten. Eerst stelde het Hof in het algemeen dat «het (EEG-)Verdrag weliswaar aan het bestaan der in de wettelijke regeling van een Lid-Staat op het stuk van de industriële en commerciële eigendom erkende rechten geen afbreuk doet, doch dat de uitoefening dier rechten onder de verboden van het verdrag kan vallen; dat artikel 36 weliswaar verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen toestaat die uit hoofde van bescherming van de industriële of commerciële eigendom gerechtvaardigd zijn, doch inbreuken op bedoelde vrijheid slechts gedooft voor zover die hun rechtvaardiging vinden in het waarborgen van de rechten welke het specifieke voorwerp van deze eigendom vormen» (cursivering toegevoegd)⁴⁰. In latere arresten zag het Hof zich ertoe gedwongen het specifiek voorwerp van genoemde rechten te omschrijven: «ter zake van octrooien (heeft) de industriële eigendom met name tot specifiek voorwerp de octrooihouder, ter beloning van des uitvinders creatieve inspanning, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van produkten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten»⁴¹. Een gebruik van het industrieel eigendomsrecht dat het specifiek voorwerp van het uitsluitend recht te buiten gaat, zo bijv. een gebruik dat ten doel heeft, door grensoverschrijdend handelsverkeer onder bijzondere omstandigheden te verbieden een artificiële scheiding van de gemeenschappelijke markt in het leven te

roepen of in stand te houden, dient als misbruik van het recht te worden aangemerkt⁴². Aan de hand van deze regel stipt het Hof aan welke manieren van rechtsuitoefening als geoorloofd, welke daarentegen als ongeoorloofd moeten worden beschouwd gelet op de bepalingen van het EEG-Verdrag inzake vrij goederenverkeer en vrije mededinging⁴³.

De specifieke doelgerichtheid van het octrooirecht bestaat dus volgens het Hof in het belonen van de creatieve inspanning van de uitvinder. Het Hof vermeldt deze doelgerichtheid tot aflijning van het toepassingsgebied van bepalingen die tot twee verschillende rechtsorden behoren: de nationale en de supranationale rechtsorde, meer in het bijzonder om uit te maken hoever de nationale industriële eigendomsrechten en de daarmee samenhangende afgeleide rechten, zoals in casu het recht de invoer van octrooi- (of merk-)schendende produkten uit andere landen te verbieden, wel kunnen worden gebruikt gelet op de fundamentele verdragsregelen inzake vrij goederenverkeer. De specifieke doelgerichtheid van het octrooirecht zou echter ook consequenties kunnen hebben binnen de eigen nationale rechtsorde. Men kan zich m.n. inbeelden dat, op grond van een eng geïnterpreteerde doelgerichtheid zoals die door het Hof van Justitie wordt voorgestaan, de bij wet ingestelde octrooibescherming slechts wordt verleend aan de uitvinder zelf en niet, zoals thans veelal wordt aangenomen, mede, zoniet hoofdzakelijk, aan de investeerder aan wie de uitvinder zijn uitvinding heeft overgedragen. Dat de octrooibescherming meestal ook de investeerder ten goede komt, wijst er overigens op dat, zoals hiervoor reeds werd aangestipt, de specifieke doelgerichtheid van een recht of een rechtsinstituut voor evolutie vatbaar is: anders dan gesuggereerd door het Hof van Justitie, is niet alleen de beloning van de creativiteit van de uitvinder maar ook de valorisatie van de enorme, vaak riskante investeringen die de commercialisatie van een uitvinding vereist, thans tot het specifieke voorwerp van het octrooirecht gaan behoren. Volgens sommigen, gealarmeerd door de economische machtsvorming die daardoor in de hand wordt gewerkt, is dit niettemin een toegeving, die niet kan worden verantwoord vanuit de oorspronkelijke doelgerichtheid van het octrooirecht⁴⁴.

Misbruik van rechtspersoonlijkheid is een ander voorbeeld van misbruik van instelling, zij het dat ook hier de opvattingen nog fluctueren mede omdat de doelgerichtheid van de instelling niet vast omlijnd is. De theorie is het verst

³⁹ Eventueel zal een uitzondering worden gemaakt, om welbepaalde redenen, voor de een of andere afgeleide bevoegdheid zoals destijds, naar Belgisch recht, het recht toe te stemmen in het voorgenomen huwelijk van een minderjarige zoon of dochter, dat dan geacht werd discretionair te zijn. Nu is ook deze afgeleide bevoegdheid doelgebonden zoals alle andere tot de ouderlijke macht behorende bevoegdheden: cf. supra.

⁴⁰ H.v.J., 8 juni 1971 in de zaak DGG/Metro, 78/70, *Jurispr.*, 1971, 497, overweg. 11.

⁴¹ H.v.J., 31 oktober 1974 in de zaak Centrafarm/Sterling, 15/74, *Jurispr.*, 1974, 1147, overweg. 9. Wat merken betreft bestaat de wezenlijke functie van het merk erin «de consumenten een waarborg te bieden voor de identiteit van de oorsprong der waren» (H.v.J., 22 juni 1976 in de zaak Terrapin/Terranova, 119/75, *Jurispr.*, 1976, 1039, overweg. 6).

⁴² H.v.J., 22 juni 1976, *gecit.*, overweg. 7.

Het gebruik van het industrieel eigendomsrecht om octrooi- of merkschendende invoer te verbieden, is, het zij herhaald, slechts een misbruik onder bijzondere omstandigheden, zo bijv. ingeval de import wordt gestopt van een produkt dat de octrooihouder zelf of een ander met zijn toestemming rechtmatig in een andere Lid-Staat op de markt heeft gebracht.

⁴³ Voor meer bijzonderheden, zie o.m. VAN EMPEL, «Octrooien en Merken in de EEG», in *Nieuwe ontwikkelingen in het Europees kartelrecht*, Europese monografieën nr. 22, 1976, p. 121 e.v.; VAN GERVEN, «Marktverdeling binnen de EEG en ten aanzien van derde landen door middel van industriële eigendomsrechten», in *Europees recht en praktijk*, Juridische uitgaven UIA, 1979, p. 231 e.v.

⁴⁴ Daaromtrent, BIEDENKOPF, «Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht», *Festschrift F. Böhm*, 1965, p. 134 e.v.

tot ontwikkeling gekomen in de Verenigde Staten waar zij bekend staat als «the doctrine of piercing the corporate veil» of «of disregarding the corporate entity». In feite is het doel ervan de beperkte aansprakelijkheid eigen aan sommige vormen van rechtspersoonlijkheid te doorbreken — vandaar wordt de theorie ook genoemd «doorbraak van beperkte aansprakelijkheid» — ten einde de aandeelhouders of de bestuurders van de vennootschap, fysieke personen of rechtspersonen, die zich van de vennootschap hebben bediend voor eigen persoonlijke doeleinden, aansprakelijk te stellen, bijv. bij faillissement van de vennootschap, voor de verbintenissen van de vennootschap («Haftungsdurchgriff»)⁴⁵. Het bestaan en de aanvaarding van de theorie onder bijzondere omstandigheden wijzen op een relativisering van het begrip rechtspersoonlijkheid: «de rechtspersoonlijkheid», aldus Uniken Venema in zijn opstel over concernrecht voor de Beekhuisbundel, «zal m.i. slechts dienen te 'gelden' voor zover dit niet leidt tot resultaten, die onredelijk en maatschappelijk onaanvaardbaar worden geacht...; tegenover bepaalde personen of voor bepaalde doeleinden zal de rechtspersoonlijkheid soms niet gelden, zonder dat voor het overige de rechtspersoonlijkheid daarmee wordt ontkend»⁴⁶.

De bijzondere omstandigheden die kunnen leiden tot terzijdestelling van de beperkte aansprakelijkheid verschillen van land tot land. In de V.S. wordt vrijwel algemeen aanvaard dat, ofschoon de rechtspersoonlijkheid en het eraan verbonden «privilege of limited liability» in de regel zullen worden erkend, dit niet het geval zal zijn wanneer de vennootschap wordt gebruikt voor onwettelijke doeleinden («to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud or defend crime»). Meer speciaal wat betreft eenmans- of familie-vennootschappen zal de rechtspersoonlijkheid ter zijde worden geschoven als de vennootschap door de controlerende aandeelhouder of familie niet op een vennootschappelijke maar op een persoonlijke basis wordt gevoerd of de onderneming zonder adequate financiële basis werd opgezet of, wat betreft dochtermaatschappijen of geaffilieerde vennootschappen, wanneer de onderscheiden vennootschappen niet als separate ondernemingen worden aangediend of niet als dusdanig functioneren of als zij niet als afzonderlijke entiteiten op adequate wijze werden gefinancierd om de normale voorzienbare verbintenissen, gelet op omvang en aard van de voorgenomen activiteit, te voldoen⁴⁷.

De Belgische rechtspraak maakt in toenemende mate gebruik van de leer van de doorbraak van beperkte aansprakelijkheid, voornamelijk na faillissement van de vennootschap. In het algemeen kan men stellen dat de exclusieve aansprakelijkheid van de failliete vennootschap terzijde wordt gesteld ten einde het passief ten laste te leggen van de «feitelijke meester» van de vennootschap indien de vennootschap «als stroman gediend heeft van

diegene die, met miskenning van haar zelfstandigheid als rechtspersoon, onder de mom van die vennootschap voor eigen rekening handel heeft gedreven, of op een andere manier misbruik heeft gepleegd van het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid»⁴⁸. Dit zal o.m. het geval zijn bij vermenging van het vennootschapsvermogen met het privé-vermogen van de meester van de zaak, bij ontbreken van een regelmatige boekhouding, indien eigen onroerende goederen van de meester in de vennootschapsbalans werden opgenomen of wanneer over de kas van de vennootschap werd beschikt voor de betaling van privé-schulden zonder debitering van de meester in de boeken, etc.⁴⁹ Zie ik goed, dan wordt de theorie van de terzijdestelling van rechtspersoonlijkheid in Nederland buiten de uitdrukkelijke in de wet geregelde gevallen met veel terughoudendheid bejegend⁵⁰. Er wordt op gewezen dat de praktische resultaten daarvan ook langs andere reeds gebaande wegen kunnen en slechts langs die wegen mogen worden bereikt, nl. via figuren als onverschuldigde betaling en ongegronde verrijking, onrechtmatige daad, zelfs middellijke vertegenwoordiging⁵¹, maar ook via het preventieve toezicht van de minister van Justitie bij de oprichting van N.V. 'en B.V.' en⁵². Zou het ontwerp van het E.G.-faillissementsverdrag eindelijk worden aangenomen, dan zou doorbraak van aansprakelijkheid bij faillissement van een vennootschap onder bijzondere omstandigheden in het Nederlandse recht worden geïntroduceerd, naar het Franse, en daarvan afgekeken, het Belgische voorbeeld⁵³.

Hoe dit ook zij, misbruik van rechtspersoonlijkheid vormt in de talrijke landen waar de leer wordt aanvaard een mooi voorbeeld van misbruik van instelling. Dit is het duidelijkst in landen zoals de V.S. en Duitsland waar ook het feit dat het kapitaal van een vennootschap abnormaal klein is in het licht van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten, op zichzelf of in samenhang met andere

⁴⁸ RONSE, *art. cit.*, p. 781. Zie ook Cass., 26 mei 1978, *loc. cit.*

⁴⁹ Voor de verwijzingen naar de rechtspraak en de bespreking van andere feiten die nu eens wel, dan niet als relevant worden beschouwd, zie RONSE, *art. cit.*, p. 785 e.v.; BRAECKMANS, *art. cit.*, 852 e.v.

⁵⁰ Zie o.m. WESTBROEK, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?* Vereniging «Handelsrecht», 1969, op p. 76 e.v.; MAEIJER, *Vennootschapsrecht in beweging*, 3e druk 1976, p. 241 e.v. VAN SCHILFGAARDE, *Doorbraak van aansprakelijkheid in het N.V. recht*, 1970, bespreekt talrijke gevallen van bij de wet voorziene of te voorziene doorbraak maar stelt voor het overige, op p. 12, dat hij niet zal bepleiten «dat buiten iedere wettelijke regeling om een systeem van doorbraak van aansprakelijkheid wordt opgebouwd», zulks in tegenstelling met wat in de V.S. en ook in België, dit zijn de hiervoor in de tekst besproken landen, gebeurd is. Ik heb tot mijn spijt geen kennis kunnen nemen van de in 1977 op de vergadering van de N.J.V. uitgebrachte preadviezen van Raaijmakers en Roelvink.

⁵¹ Voor een bespreking daarvan, zie RAAIJMAKERS, *op.cit.*, p. 277 e.v.

⁵² Zie daarover o.m. T.V.V.S., 1978, 244, in verband met een ondergekapitaliseerde dochtermaatschappij, evenals 1979, 301, in verband met de bij de oprichting in te vullen vragenlijsten, die ertoe strekken misbruik van rechtspersoon te voorkomen.

⁵³ Bij VAN SCHILFGAARDE, *op. cit.*, vindt men de tekst van de relevante bepalingen in bijlage, op p. 43 (alsmede van de Franse wettelijke bepalingen die als voorbeeld hebben gestaan) en een korte bespreking daarvan op p. 27 e.v.

⁴⁵ Over de terminologie in de verschillende landen en voor verwijzingen naar recente rechtsleer en rechtspraak, zie RONSE e.a. «Overzicht van de rechtspraak, Vennootschappen (1968-1977)», T.P.R., 1978, 776 e.v. Adde: Cass., 26 mei 1978, R.W., 1978-79, 846, met de lezenswaardige noot van BRAECKMANS.

⁴⁶ *Op. cit.*, op p. 288.

⁴⁷ Zie o.m. HENN, *Law of Corporations*, 1961, p. 203 e.v.; 1970 (2e druk), p. 250 e.v.; zie ook de bespreking van het Amerikaanse recht bij RAAIJMAKERS, *Joint ventures*, 1976, p. 235 e.v.

feiten, als reden van doorbraak van beperkte aansprakelijkheid wordt aangemerkt⁵⁴. Uitgangspunt is daarbij, dunkt me, dat met de oprichting van een rechtspersoon zoveel mogelijk gelijkstelling met een natuurlijke persoon wordt nagestreefd⁵⁵, aldus o.m. wat betreft het hebben van een eigen naam en nationaliteit en het bezitten van een afgescheiden vermogen ter verwezenlijking van de eigen doelstelling die bij vennootschappen bestaat in het drijven van een onderneming. Is de opgerichte rechtspersoon een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dan wordt daarenboven de exclusieve aansprakelijkheid van de vennootschap voor door haar aangegane schulden beoogd, d.i. beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de aandeelhouders tot hun inbreng in de vennootschap. Welnu, in ruil voor dit voorrecht van beperkte aansprakelijkheid moeten de aandeelhouders/oprichters de vennootschap voorzien van voldoende kapitaal — en dit kan meer zijn dan het eventueel vereiste wettelijke minimum — om in de redelijke behoeften van de onderneming te voorzien in acht genomen de aard en de omvang van de voorgenomen activiteiten⁵⁶. Zou het anders zijn, dan zouden het bestaan van de rechtspersoon en meteen de rechten en belangen van al wie in het verkeer met de rechtspersoon zal te maken hebben, reeds bij de aanvang duidelijk in gevaar zijn gebracht⁵⁷. De rechtspersoon wordt zodoende onbekwaam gemaakt behoorlijk te functioneren; hij wordt van het begin af afgewend van zijn bestemming onder eigen verantwoordelijkheid en met eigen middelen het vooropgestelde doel te verwezenlijken. De instelling wordt daardoor misbruikt. Evenzeer als onderkapitalisatie van de vennootschap dient voorts als misbruik van de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid te worden aangemerkt: elke behandeling van de vennootschap, tijdens haar bestaan, als stroman van de eigenlijke meester van de zaak. Worden het afgescheiden vermogen en de exclusieve aansprakelijkheid van de vennootschap door de meester van de zaak niet «au sérieux» genomen doordat voortdurend gehandeld wordt alsof het vermogen van de meester en dat van de vennootschap één zijn, dan heeft men immers te

maken met een geveinsde, van zijn eigenlijke bestemming afgewende en aan de persoonlijke behoeften van de meester van de zaak dienstbaar gemaakte rechtspersoon. Derden te goeder trouw moeten het bestaan van de rechtspersoon dan niet méér «au sérieux» nemen als de meester zelf en zijn derhalve gerechtigd door de rechtspersoon heen te kijken.

Hiervoor werd al gewezen op het doelgericht karakter van de bevoegdheden van beheerders en ook van de lidmaatschapsrechten van de aandeelhouders ener vennootschap. Deze doelgerichtheid ligt, zo moge hier nog even worden aangestipt, in het verlengde van de doelgerichtheid van de rechtspersoon/vennootschap zelf. Doel van de rechtspersoon is immers, zoals hierboven gesteld, het doen ontstaan van een rechtssubject, naar het voorbeeld van de natuurlijke persoon, met een afgescheiden rechtssfeer, in het bijzonder een afgescheiden vermogen, ter verwezenlijking van een bepaalde doelstelling die bij een vennootschap bestaat in het drijven van een onderneming. Dat de bevoegdheden van de beheerders en aandeelhouders van de vennootschap in het belang van de onderneming moeten worden uitgeoefend (cf. supra) hangt dus nauw samen met de doelgerichtheid van de rechtspersoon zelf: in feite zijn beide, de rechtspersoon zelf, dus ook zijn vermogen en het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid dat bepaalde rechtspersonen kenmerkt, én de bevoegdheden van de organen van de rechtspersoon, ondergeschikt aan de eigen doelstelling van de rechtspersoon ter verwezenlijking waarvan die rechtspersoon in het leven werd geroepen.

Uit het voorgaande moge blijken dat doelgerichtheid van rechten en bevoegdheden vaak de vorm aanneemt of samenhangt met het doelgericht zijn van een geheel rechtsinstituut, zij het dat de juiste definiëring van de doelgerichtheid van een bepaalde instelling vaak aanleiding is tot nog grotere moeilijkheden dan al het geval is bij het definiëren van de doelgerichtheid van specifieke rechten en bevoegdheden. De marginale, zij het ingevolge de doelgerichtheid van de instelling toch al specifieke, toetsing van de rechter t.a.v. het juiste gebruik van de instelling, wordt daardoor niet vergemakkelijkt. Wordt de rechter zodoende niet een te zware, m.n. een te veel op subjectieve beoordeling gefundeerde opdracht meegegeven? In dit aan Meijers opgedragen opstel past het wellicht diens aansporing indachtig te zijn in verband met de door hem beklemtoonde noodzaak van een vrije rechtshantering, hoezeer de beoefening daarvan in de woorden van Meijers ook een subjectief element in de rechtspraak moge invoeren: dit laatste, aldus Meijers, «mag niet als argument tegen deze methode gebruikt worden. Slechts deze conclusie trekke men eruit: voor vrije rechtspraak is wetenschap alleen niet voldoende. Naast de noodige theoretische kennis staat nog de kunst om die kennis in toepassing te brengen. En in deze kunst kan men zich niet jong genoeg bekwaamen...». Vrije rechtshantering, zo vervolgt Meijers, vergt een grote ervaring in het toepassen van de theorie op gevallen uit de praktijk: «waar de ervaring ontbreekt, ontbreekt maar al te dikwijls ook de moed of de lust om zich aan vrije rechtshantering te wagen». En met een verwijzing naar de woorden van Krückmann: «een goed jurist heeft den plicht ook temperament en moed te bezitten», besluit hij als volgt: «Temperament en ervaring, zij zijn voor den waren rechtsgeleerde een onmisbare aanvulling van iedere weten-

⁵⁴ Zie de bespreking bij RAAJMAKERS met verwijzingen naar de rechtspraak, *op. cit.*, p. 236 e.v. voor wat betreft de V.S. Voor Duitsland, zie o.m. KUHN, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, 1964, p. 214 e.v. en de verwijzingen bij BRAECKMANS, *art. cit.*, 851.

⁵⁵ Vgl. art. 2.1.4. Ned. B.W.

⁵⁶ Zie de bij RAAJMAKERS, *op. cit.*, p. 237 geciteerde heersende mening in de V.S. Vgl. het recent ingelaste artikel 29^{ter} Belgische Vennootschapswet waarbij de overhandiging aan de notaris wordt voorgeschreven, vóór de oprichting van een N.V., van «een financieel plan waarin zij het bedrag van het maatschappelijk kapitaal van de op te richten vennootschap verantwoorden» alsmede, in verband daarmee, art. 35, 6°, houdende een bijzondere oprichters-c.q. beheersaansprakelijkheid. Wat P.V.B.A.'s betreft, zie art. 120^{ter} jo. 123, 7°, Vennootschapswet.

⁵⁷ Cf. KUHN, *op. cit.*, op p. 216: «Die Normgruppen über Aufbringung und Sicherung von Kapital und Vermögen bestehen nicht um ihrer selbst willen, sondern sind als eine von mehreren gesetzesgeberischen Massnahmen darauf gerichtet, die Kapitalgesellschaften im Interesse des Verkehrsschutzes und zugleich der einzelnen Beteiligten Funktionsfähig zu machen und zu erhalten... Aus Gründen des Verkehrsschutzes muss die Gesellschaft infolge dessen kapitalmässig so aufgebaut und 'organisiert' sein, dass ihr Bestand nicht von vornherein ganz offensichtlich gefährdet ist...».

schappelijke kennis»⁵⁸. Temperament en moed, zo zou ik eraan willen toevoegen, om het recht, naar het voorbeeld van Meijers, menselijker en rechtvaardiger te maken.

Door deze aansporing aangemoedigd moge ik mijn zoektocht in verband met het misbruikverschijnsel voortzetten.

IV. In 1934 publiceerde Meijers in het *WPNR* een studie over «Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeeling van een der handelende personen»⁵⁹. In die bijdrage wees hij erop dat de historische argumenten, die in Frankrijk worden aangevoerd om een vernietigingsactie wegens benadeling toe te staan tegen een overeenkomst die door een van partijen werd afgedwongen door misbruik te maken van een zedelijk overwicht op de wederpartij of van de omstandigheden waarin de benadeelde zich bevond, voor het Nederlandse recht *niet* opgaan. Dit belette hem evenwel niet om, onder verwijzing naar recente wijzigingen in de wetgeving en de rechtspraak in binnen- en buitenland, voorop te stellen dat «de nadeelige overeenkomsten onder onzedelijken invloed tot stand gekomen, ook voor ons recht als overeenkomsten, wier oorzaak in strijd met de goede zeden is, (moeten) worden beschouwd (art. 1373 B.W.)»⁶⁰. Ofschoon het zoëven genoemde beroep op artikel 1373 Ned. B.W. (ongeoorloofde oorzaak) geen algehele voldoening geeft: «inderdaad heeft men hier niet zoozeer met een onzedelijke oorzaak te doen, als wel met een vierden, algemeenen grond van vernietiging van rechtshandelingen, wegens een wilsgebrek: naast dwang, dwaling en bedrog treedt onzedelijke invloed zich uitend in ernstige benadeeling van de wederpartij», is Meijers van oordeel dat «zoolang wij dezen vierden grond voor vernietiging niet in de wet opgenomen vinden, wij niet verder (kunnen) komen dan in gevallen van ernstige benadeeling door een onredelijk gebruik van een bijzonderen invloed of van een economische overmacht, tot een onzedelijke oorzaak te besluiten en art. 1373 B.W. toe te passen»⁶¹.

De door Meijers voorgestane zienswijze wordt inmiddels in uw land algemeen aanvaard, in die zin dat «een wanverhouding tussen prestaties op zichzelf de overeenkomst niet onzedelijk maakt, maar dat zo een overeenkomst wel onzedelijk kan worden door bijkomende omstandigheden, zoals misbruik van omstandigheden»⁶². Vooralsnog ontbreekt daarvoor een wettelijke basis en wordt, ter ondersteuning van de leer, verder een beroep gedaan op de artikelen 1371 en 1373 Ned. B.W. betreffende de ongeoorloofde oorzaak (die overeenkomsten met de artikelen 1131 en 1133 Belg. B.W.). De invoering van titel 3 van uw nieuw B.W. zou daarin verandering brengen. Artikel 3.2.10 maakt van *misbruik van omstandigheden* immers een volwaardig

wilsgebrek. Volgens lid 1 van dat artikel is een rechtshandeling vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Misbruik van omstandigheden is aanwezig, aldus lid 4 «wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden». Opmerkelijk in deze definitie voor een buitenstaander is de gewilde afwezigheid van elke verwijzing naar benadeling of wanverhouding tussen de contractspresaties (vergelijk daarmee § 138, al. 2, BGB en artikel 21 Zwitsers Obligationenrecht waar het vereiste van kennelijke wanverhouding niet wordt losgelaten)⁶³. Daarmee is een hele ontwikkeling tot een afsluiting gekomen, een ontwikkeling die erin bestaat de nadruk te leggen op de noodzakelijke gelijkwaardigheid van partijen, veeleer dan op de gelijkwaardigheid van prestaties, of anders uitgedrukt: niet de ongelijkwaardigheid van haar inhoud, maar de ongelijkwaardige wijze van haar totstandkoming is de grond voor de aantastbaarheid van de overeenkomst⁶⁴.

De gesignaleerde ontwikkeling kan overigens nu al duidelijk worden afgelezen uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Ofschoon de Hoge Raad tot dusver nooit gesteld heeft dat benadeling *niet* noodzakelijk is voor de toepassing van de theorie (en dus voor de ongeldigheid van de overeenkomst) — in vroegere arresten, o.m. in het (tweede) Bovag-arrest van 11 januari 1957⁶⁵, is er wel op gewezen dat benadeling of wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties niet een voldoende voorwaarde is, dat nl. daarenboven misbruik van bijzondere omstandigheden vereist is — wordt het benadelingsvereiste in latere arresten zo ruim geïnterpreteerd dat daaronder begrepen wordt alle voor de onder druk gezette partij aan het sluiten van de overeenkomst verbonden nadelen, *waarin deze dan ook mogen bestaan*⁶⁶, zelfs alleen al het feit dat de overeenkomst aan die bedoelde partij werd opgedrongen⁶⁷. Consequentie daarvan is dat benadeling in objectieve zin, verstaan als ernstige onevenredigheid der prestaties, praktisch geheel kan ontbreken, indien het misbruik van de omstandigheden zelf, de «undue influence», maar voldoende ernstig gewild en determinerend was voor het sluiten van de overeenkomst⁶⁸. Dit verhindert niet dat wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties nog een rol zal spelen als vermoeden van misbruik, meer i.h.b. doet vermoeden dat de overeen-

⁵⁸ MEIJERS, «De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak», rede uitgesproken bij de aanvaarding van het hogeraarsambt aan de R.U.Leiden op 2 november 1910, *Verz. Priv. Opstellen*, I, op. p. 19 en 20.

⁵⁹ *W.P.N.R.*, 1934, nrs. 3371 en 3372; *Verz. Priv. Opstellen*, III, p. 210 e.v.

⁶⁰ *Art. cit.*, *Verz. Priv. Opstellen*, III, p. 219.

⁶¹ *Ibid.*, p. 220.

⁶² ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der Overeenkomsten*, 4e druk, 1975, p. 158; zie ook p. 36 en 133; HOFMANN, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, I, 2, 9e druk bewerkt door Abas, 1977, p. 153 e.v.

⁶³ In het door Meijers opgestelde ontwerp was het benadelingsvereiste wel opgenomen: zie art. 3.2.10, lid 3, *Ontwerp Nieuw B.W.* opgesteld door prof. mr. E.M. Meijers, Tekst, 1954, p. 118.

⁶⁴ Over deze ontwikkeling en de verantwoording ervan, lees NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, 1979, p. 120 e.v.

⁶⁵ H.R., 11 januari 1957, *N.J.*, 1958, nr. 37, met conclusie LAN-GEMEIJER en noot H.B.

⁶⁶ H.R., 29 mei 1964, *N.J.*, 1965, nr. 104, met conclusie LAN-GEMEIJER en noot G.J.S.; H.R., 13 juni 1975, *N.J.*, 1976, nr. 98, met conclusie BERGER en noot G.J.S.

⁶⁷ Aldus NIEUWENHUIS, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁸ Cf. G.J.S. in zijn noten in *N.J.*, 1965, nr. 104 en *N.J.*, 1976, nr. 98 met verdere verwijzingen.

komst niet zou zijn gesloten indien er geen sprake was geweest van misbruik van omstandigheden⁶⁹.

Ook in België wordt aangenomen dat «het louter bestaan van een wanverhouding tussen de prestaties van de in een overeenkomst betrokken partijen 'in se' niet impliceert dat de overeenkomst bij een of beide partijen ongeoorloofd is»⁷⁰. Er is, volgens een vrijwel eensgezinde rechtsleer meer nodig, nl. dat een partij misbruik heeft gemaakt van de ondergeschikte positie, de benarde toestand, de zwakte, de onervarenheid, of de onwetendheid van de wederpartij⁷¹. Het Hof van Cassatie heeft de doctrine impliciet gelijk gegeven⁷². De vraag echter, of benadeling een noodzakelijke voorwaarde, dan wel of misbruik van omstandigheden al op zichzelf volstaat ter verantwoording van de ongeldigheid van de overeenkomst werd in mijn land, voor zover ik kan zien, nooit aan de orde gesteld. Zij zou, meen ik, worden beantwoord in de zin van de noodzaak van benadeling en dan nog wel van een *ernstige*, door niets te verantwoorden wanverhouding tussen de wederzijdse contractsprestaties⁷³. Dat moge ook blijken uit de omstandigheid dat de besproken leer in België bekend staat als de leer van de «gekwalficeerde of omstandige benadeling» (*la lésion qualifiée*) ten einde ze te onderscheiden van het bij de wet in uitzonderlijke omstandigheden erkende wilsgebrek van de «eenvoudige» benadeling. De klemtoon ligt dus duidelijk op de benadeling waar hij in Nederland, blijkens de benaming «misbruik van omstandigheden», ligt op de bijzondere omstandigheden.

Waar men in België dan wel speciale aandacht aan besteedt, is de grondslag waarop de leer, bij afwezigheid van een uitdrukkelijke wettekst, kan worden gegrond: ongeoorloofde oorzaak of «culpa in contrahendo». Hoewel het Hof van Cassatie (evenals de Hoge Raad) het houdt bij de ongeoorloofde oorzaak (artt. 1131 en 1133 Belg. B.W.), zoals nog blijkt uit het bij het begin van de vorige alinea weergegeven citaat, geeft de meerderheid van de auteurs de voorkeur aan de leer van de «culpa in contrahendo», dus artikel 1382 Belg. B.W. (art. 1401 Ned. B.W.)⁷⁴. De redenen waarom de artikelen betreffende de ongeoorloofde oorzaak terzijde worden geschoven werden nog onlangs door De Bersaques opgesomd: het is ongebruikelijk, althans bij het bepalen van het ongeoorloofde karakter van de oorzaak ener overeenkomst buitenstaande omstandigheden in aanmerking te nemen; de toepassing van de bepalingen inzake ongeoorloofde oorzaak veronderstellen, volgens sommigen, dat beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van het ongeoorloofde doel dat door een van hen werd nagestreefd; het aanvaarden

van een ongeoorloofde oorzaak leidt tot absolute nietigheid met alle gevolgen vanden o.m. dat de nietigheid door beide partijen én ambtshalve door de rechter kan worden ingeroepen en dat zij niet kan worden gedekt; een dergelijke nietigheid kan de belangen van derden te goeder trouw al te fel schaden⁷⁵. Het is hier niet de plaats op deze controverse in te gaan⁷⁶. Wat mij betreft, alleen dit: zou de leer van de «culpa in contrahendo» de rechter meer armslag geven bij het moduleren van de regel en van de sanctie (nietigheid van de overeenkomst of van de kwestieuze clausule of matiging van de overdreven prestatie), zodat beiden zo goed mogelijk aan de concrete omstandigheden kunnen worden aangepast, dan dient zij de voorkeur te krijgen⁷⁷.

Misbruik van omstandigheden, voor zover zulks gepaard gaat (in uw land) met enige vorm van benadeling dan wel (in mijn land) met een ernstige wanverhouding tussen de contractsprestaties, is dus ongeoorloofd en leidt tot de nietigheid van de overeenkomst of de betrokken clausule, althans vermindering van de overdreven prestatie. Ik moge thans nog even aandacht vragen voor een speciaal misbruikgeval, m.n. *misbruik van machtspositie*. In het hiervoor genoemde (tweede) Bovag-arrest kwam deze speciale omstandigheid reeds ter sprake. De Hoge Raad aanvaardde nl. dat het niet onjuist is bij wijze van uitgangspunt te stellen «dat een nadelige overeenkomst (clausule) als voormeld een geoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere invloeden, welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, met name wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder de druk der omstandigheden, waarvan zijn medecontractant misbruik maakte»⁷⁸. In casu ging het over het gebruik maken van de economische macht waarover de in de Bovag verenigde garagehouders beschikten. In een later arrest, van 24 mei 1968, klinkt het nog uitdrukkelijker. Daar aanvaardt de Hoge Raad dat weliswaar «niet het gebruik, maar het misbruik van de in een monopolie gelegen machtspositie het gedrag van de monopoliehouder onrechtmatig doet zijn»⁷⁹. In zake was het Bureau voor Muziekauteursrecht Buma aan hetwelk ten laste werd gelegd dat het onrechtmatig handelde tegen bepaalde zaalverhuurders door gebruik makend van haar monopolistische positie haar tarifiëring zodanig te stellen, dat zaakverhuurders min of meer genoodzaakt zijn met Buma te contracteren. De Hoge Raad overwoog dienaangaande «dat wat het onderhavige geval betreft, van zulk een misbruik sprake zou kunnen zijn, indien de medewerking die in de zaalverhuurderregeling

⁶⁹ *Ibid.*, p. 26-27.

⁷⁰ Zie daarover ook MEIJERS, *art. cit.*, *Verz. Priv. Opstellen*, III, p. 219 e.v.

⁷¹ Er dient evenwel te worden opgemerkt dat hetzelfde resultaat ook wel eens zou kunnen worden bereikt via een soepeler toepassing van de nietigheidssanctie zoals die voortvloeit uit de ongeoorloofde oorzaak. Dit geldt bijv. voor de sanctie die bestaat in een matiging van de overdreven prestatie, hetgeen kan worden bereikt door de overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak slechts als nietig te beschouwen ten belope van het overdreven gedeelte: aldus DE BERSAQUES, «Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?», *R.C.J.B.*, 1954, 186 e.v., op p. 200.

⁷² H.R. 11 januari 1957, reeds geciteerd.

⁷³ H.R. 24 mei 1968, *N.J.*, 1968, nr. 252; *AA*, 1969, p. 133 m.n. G.

⁶⁹ Voor meer bijzonderheden, NIEUWENHUIS, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁰ Cass., 25 november 1977 (en niet april zoals vermeld in *R.W.*) *Arr. Cass.*, 1978, 343, *R.W.*, 1978-79, 169.

⁷¹ Zie o.m. DE BERSAQUES, «La lésion qualifiée et sa sanction», *R.C.J.B.*, 1977, 10 e.v., i.h.b. op p. 12 e.v.; VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, p. 349 e.v. Voor recente rechtspraak en rechtsleer, zie o.m. KRUIJTHOF e.a., «Overzicht van rechtspraak, Verbintenissen (1965-1973)», *T.P.R.*, 1975, 439 e.v., op p. 478 e.v.; VAN OEVELEN, «Kroniek Verbintenissenrecht (1976-77), resp. (1977-1978)», *R.W.*, 1977-78, 2294, en 1978-79, 168.

⁷² Zie Cass., 21 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 92.

⁷³ DE BERSAQUES, *art. cit.*, p. 36.

⁷⁴ Zie de verwijzingen bij DE BERSAQUES, *art. cit.*, p. 35.

door Buma van de zaalverhuurders wordt gevraagd, voor deze zó bezwaarlijk en nadelig was, dat Buma, *rekening houdend met alle bij de door haar ontworpen regeling betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen tot een regeling welke de zaalverhuurders in een positie bracht waarin zij door hun huurders tot zulk een voor hen bezwaarlijke en nadelige medewerking konden worden genoopt*⁸⁰ (cursivering toegevoegd).

Het commentaar van Van der Grinten bij dit arrest is bijzonder belangwekkend. «Het beschikken over een monopolie», zo parafraseert hij de stelling van de Hoge Raad, «brengt mede feitelijke macht, die anderen min of meer machteloos doet zijn. Het monopolie doorbreekt de gelijkheid van positie, er is een overwicht bij één persoon. Voor het recht heeft dit gevolgen. Wie zulk een overwicht heeft, kan rechtens niet voorbijgaan aan de belangen van anderen. Bij de beslissing omtrent zijn gedragingen behoort hij de belangen van anderen die bij deze gedragingen in het geding zijn, mede te betrekken. Doet hij dit niet of doet hij dit onvoldoende, dan maakt hij misbruik van zijn machtspositie en handelt hij onrechtmatig»⁸¹. En verder: «Tast hij met veronachtzaming van deze ongeschreven rechtsplicht belangen van anderen aan, dan kan de door hem aangegane overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden nietig zijn, dan wel — indien het niet gaat over de belangen van de contracterende wederpartij — kan zijn handelen onrechtmatig zijn»⁸².

Op dit punt gekomen is de stap naar de problematiek van de standaardvoorwaarden maar klein. Zowel in het Bovag-arrest als in het Buma-arrest ging het over dergelijke voorwaarden. Ook bij standaardvoorwaarden heeft men immers te maken met ongelijkwaardigheid van de contractspartijen, zij het niet noodzakelijk, zoals m.i. terecht door Nieuwenhuis onderstreept, met een feitelijke ongelijkwaardigheid — of die aanwezig is hangt af van de toevallige maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen — maar in elk geval met een structurele ongelijkwaardigheid, die gelegen is in de omstandigheid «dat de contractautonomie door één der partijen vrijwel geheel is geannexeerd»⁸³. Ik kan niet nalaten hier de overweging te citeren uit een arrest van het Duitse Bundesgerichtshof waaraan Nieuwenhuis refereert: «Wer allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellt, nimmt die Vertragsfreiheit, soweit sie die Gestaltung des Vertragsinhalts betrifft, für sich allein in Anspruch. Er ist daher nach Treu und Glauben verpflichtet, schon bei der Auffassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Bringt er nur seine eigenen Interessen zur Geltung, so misbraucht er die Vertragsfreiheit...»⁸⁴. De verwantschap met het com-

mentaar van Van der Grinten op het Buma-arrest van de Hoge Raad ligt voor de hand: wie feitelijke macht heeft of zich structurele macht toemeet kan rechtens niet voorbijgaan aan de belangen van diegenen die aan zijn macht onderworpen zijn. De rechter behoort te toetsen of de machthebber, in acht genomen de belangen van de betrokkenen, in redelijkheid tot zijn gedraging kon komen. Blijkt van niet, dan heeft hij misbruik van omstandigheden gepleegd, d.i. misbruik van de contractsvrijheid⁸⁵.

In België kan geen tegenhanger worden aangewezen van het hiervoor besproken misbruik van machtspositie. De suggestie dat, naar het Nederlandse voorbeeld, ook het innemen van een machtspositie in aanmerking zou worden genomen als bijzondere omstandigheid die, in geval van ernstige wanverhouding tussen de contractsprestaties, kan leiden tot vaststelling van een omstandige benadeling⁸⁶ ontmoet, als ik goed zie, weinig bezwaren⁸⁷. Speciale aandacht werd daaraan evenwel niet besteed.

Het ogenblik is gekomen om nu ook de bespreking van het leerstuk van misbruik van omstandigheden of omstandige benadeling af te ronden. Bij nader toezien komt het mij voor dat dit leerstuk een toepassing is van misbruik van contractsvrijheid. Principieel is het aan de autonome beslissing van het individu overgelaten of hij al dan niet een overeenkomst zal sluiten en op welke condities hij wil contracteren⁸⁸. Bij het gebruiken van die vrijheid moet men er echter op toezien dat men de afhankelijkheid, noodtoestand, lichtzinnigheid of onervarenheid van de wederpartij niet aangrijpt om die wederpartij tot een voor hem

⁸⁵ Dient bij misbruik van machtspositie als species van misbruik van omstandigheden benadeling te worden aangetoond? Vergelijk men de in de tekst geciteerde overwegingen uit het Bovag-arrest met die uit het Buma-arrest dan blijkt ook hier een verschuiving van een enger geïnterpreteerd («onevenredig grote last») naar een ruimer geïnterpreteerd («een voor hen — de zaalverhuurders — bezwaarlijke en nadelige medewerking») benadelingsvereiste.

Dit vereiste wordt dus niet helemaal losgelaten zoals nochtans wordt voorgestaan door NIEUWENHUIS (*op. cit.*, p. 217 e.v.). STEIN maakt in dit opzicht een onderscheid tussen twee misbruikrubrieken: een benarde toestand waaronder afhankelijkheid van een machtspositie ressorteert, en psychische beïnvloeding («Misbruik van omstandigheden in het Ontwerp-B.W.», *N.J.B.*, 1972, 121). Alleen voor de eerste rubriek moet benadeling als vereiste gelden, zoniet zouden «alle standaardcontracten door een machtige ondernemer, ook die welke een redelijke verdeling van de risico's behelzen, aan nietigverklaring of wijziging door de rechter (...) worden blootgesteld» (p. 124). NIEUWENHUIS betwijfelt dit en meent dat in geen geval benadeling moet worden aangetoond, ofschoon het bewijs daarvan veel zal helpen (*op. cit.*, p. 131-132). Kan de tegenstelling tussen beide en ook van beide t.a.v. het standpunt van de Hoge Raad wellicht worden overbrugd door aan te nemen met G.J. SCHOLTEN dat voortaan nadeel en druk alleen samen en in onderling verband ernstig moeten zijn (noot in *N.J.*, 1965, nr. 104, p. 930)? Hoe ernstiger het misbruik, bijv. de machtspositie, hoe geringer het vereiste nadeel moet zijn, en omgekeerd, hetgeen meebrengt dat bij heel grote druk vrijwel geen nadeel moet worden aangetoond.

⁸⁶ VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 356.

⁸⁷ Zie bijv. KRUIHOF e.a., *loc. cit.*, op p. 478 bovenaan. Volgens DE BERSAQUES is elke «exploitation de l'infériorité de son cocontractant» een misbruik van bijzondere omstandigheden: zie *art. cit.* *R.C.J.B.*, 1977, op p. 12. Daaronder komt m.i. economische onmacht.

⁸⁸ VAN DER GRINTEN, noot in *AA*, 1969, 134.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Noot in *AA*, 1969, op p. 134-135 met nadere verwijzingen naar nog andere uitspraken van de Hoge Raad op p. 135, tweede kolom.

⁸² *Ibid.*, p. 136-137.

⁸³ NIEUWENHUIS, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁴ BGH, 4 november 1964, *N.J.W.*, 1965, 246 geciteerd bij NIEUWENHUIS op p. 145. De vroegere en latere rechtspraak van eerst het *Reichsgericht*, dan het *Bundesgerichtshof*, wordt uitvoerig besproken bij HONDIUS, *Standaardvoorwaarden*, 1978, p. 456 e.v.

nadelige contractsluiting te bewegen. Het komt aan de rechter toe hierop een marginale controle uit te oefenen, d.w.z. te onderzoeken of de uitoefening van de contractsvrijheid in het voorliggende geval niet zo verregaand onredelijk is dat een weldenkend mens, in de situatie van de gerechtigde, daartoe niet zal kunnen komen (cf. supra, onder I, in fine). Het is dan ook terecht dat Van der Grinten wijst op een duidelijke verwantschap van de formulering van de Hoge Raad in het Buma-arrest, gaande over misbruik van machtspositie, met die welke in de inleidende titel Ontwerp B.W. voor misbruik van bevoegdheid wordt gebezigd : al zou de contractsvrijheid worden aangewend om eigen op zichzelf redelijke belangen te dienen, toch ligt misbruik voor wanneer men in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en dat hetwelk geschaad wordt, maar redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen⁸⁹ (daarover, supra, onder I), waarbij men evenwel voor ogen moet houden dat de in aanmerking te nemen belangen van gerechtigde en benadeelde niet noodzakelijk materiële belangen zijn en de toegebrachte schade dus evenmin materiële schade hoeft te zijn maar evenzeer onstoffelijk of subjectief nadeel kan zijn. In dit daglicht gezien is er inderdaad veel voor te zeggen om, op het voetspoor van de in België heersende opvatting, de leer van de omstandige benadeling (of van het misbruik van omstandigheden) te zien als een toepassing van de algemene theorie «culpa in contrahendo» die, bij afwezigheid alsnog van een uitdrukkelijke wetsbepaling, gesanctioneerd wordt op grond van artikel 1382 Belg. B.W. (art. 1401 Ned. B.W.). Misbruik van recht en misbruik van contractsvrijheid wegens misbruik van bijzondere omstandigheden rusten aldus op dezelfde wettelijke grondslag.

Juist zoals er bij misbruik van recht redenen kunnen zijn, nl. in het geval van doelgerichte rechten of bevoegdheden, tot een minder marginale, m.n. een meer specifieke rechterlijke toetsing (supra, onder II), zo kan ook ter zake van misbruik van contractsvrijheid een beter omlind toezicht van de rechter geboden zijn. Dit lijkt bijv. het geval te zijn telkens wanneer een persoon zich op grond van een monopolie t.a.v. potentiële contractanten in een blijvende machtspositie bevindt. De gedraging van een dergelijk persoon moet aan bijkomende zorgvuldigheidsregels worden getoetst, zo bijv. inzake contractswijering evenals inzake gelijke behandeling van afhankelijke afnemers. Zoals hiervoor aangestipt is er veel voor te zeggen een zodanige bijkomende zorgvuldigheidsplicht ook op te leggen aan al wie voor zichzelf door het opleggen van standaardvoorwaarden een omvangrijker contractsautonomie opeist dan gebruikelijk is⁹⁰.

V. Wie enigszins vertrouwd is met het EEG-kartelrecht zal ongetwijfeld een verband hebben gelegd tussen het voormelde Buma-arrest van de Hoge Raad en het (tweede) Sabam-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 maart 1974⁹¹. Sabam is de Belgische tegenhanger van Buma. Door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel was aan het Hof een prejudiciële vraag voorgelegd, waarbij aan het Hof werd gevraagd of «het feit dat een onderneming, die over het feitelijk monopolie beschikt in een Lid-Staat de auteursrechten te beheeren, de globale afstand eist van alle auteursrechten zonder onderscheid te maken tussen bepaalde categorieën, kan worden beschouwd als een misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 86 van het EEG-Verdrag»⁹². De rechtbank had daaraan toegevoegd dat contracten die hun oorzaak vinden in een door artikel 86 verboden misbruik, immers een ongeoorloofde oorzaak hebben. Zoals bekend is het volgens artikel 86 EEG verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan⁹³. Het Hof van Justitie beantwoordde de gestelde vraag als volgt : «Het feit dat een met de exploitatie van auteursrechten belaste onderneming, die een machtspositie in de zin van artikel 86 inneemt, aan de bij haar aangesloten verplichtingen oplegt welke ter bereiking van haar maatschappelijk doel niet onontbeerlijk zijn en aldus op onbillijke wijze inbreuk maken op de vrijheid van een aangeslotene in de uitoefening van zijn auteursrecht, kan misbruik opleveren»⁹⁴. Het Hof, zo komt mij voor, beveelt aan de nationale rechter een gelijkaardige belangenafweging aan als ook de Hoge Raad doet in verband met misbruik van omstandigheden, in concreto misbruik van macht : misbruik ligt voor wanneer men, in acht genomen de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van een recht of bevoegdheid — was die uitoefening voor Sabam wel onontbeerlijk ter bereiking van haar maatschappelijk doel ? — en het geschade belang — in casu een al te verregaande inbreuk op de contractsvrijheid van de bij Sabam aangesloten leden —, in redelijkheid niet tot de uitoefening van het recht of de bevoegdheid had kunnen komen (cf. supra, onder IV, in fine).

In zijn noot onder het Buma-arrest wees Van der Grinten er reeds op dat de uitspraak van de Hoge Raad in zoverre steun vond in de wet, dat voorzieningen zijn gegeven in de Wet Economische Mededinging om op te treden tegen een economische machtspositie⁹⁵. Omdat die wet niet de rechter, doch de minister bevoegd verklaart tot toetsing van het gedrag van hen die een economische machtspositie hebben, zou dit nochtans ook als argument kunnen worden gebezigd voor de stelling, dat de civiele rechter het bestaan van een economische machtspositie niet als factor in zijn oordeel-

⁸⁹ Ibid., p. 136.

⁹⁰ Daarover Nieuwenhuis, *op. cit.*, p. 147 e.v., die bijv. schrijft op p. 151 : «We stuiten hier op een belangrijk punt : de omstandigheid, dat het getoetste beroep betrekking heeft op een standaardbeding, rechtvaardigt een strengere controle dan normaal. Bij een contractuele relatie die het gevolg is van een min of meer gelijkwaardige inbreng van beide partijen zal een beroep op een daarin opgenomen beding tot beperking van de aansprakelijkheid eerder moeten worden gehonoreerd dan wanneer dat beding deel uitmaakt van eenzijdig opgestelde standaardvoorwaarden...», enz.

⁹¹ H.v.J., 27 maart 1974, in de zaak Sabam (BRT, 127/73, *Jurispr.* 1974, p. 313 e.v.).

⁹² Rb. Brussel, 4 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2337.

⁹³ Voor meer bijzonderheden aangaande artikel 86 EEG, zie o.m. VAN GERVEN, *Leerboek handels- en economisch recht*, II, 1978, p. 392 e.v.

⁹⁴ Aldus het dispositivum van het hiervoor geciteerde arrest van 27 maart 1974.

⁹⁵ AA, 1969, p. 135.

vorming mag betrekken⁹⁶. Terecht, aldus Van der Grinten, heeft de Hoge Raad deze laatste stelling niet aanvaard. Bij de rechter zijn immers andere belangen aan de orde, nl. de belangen van andere individuele personen die door de gedraging van de monopoliehouder kunnen worden geraakt, dan die, m.n. het algemeen belang, waarvoor de overheid moet waken⁹⁷. Wat geldt voor de Nederlandse WEM geldt ook voor de EEG-kartelregelen.

Hiermede ben ik beland bij een problematiek nl. de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, waarbij ik zonder uitvoerige bespreking enige kanttekeningen moge plaatsen. Het misbruikthema is in uw land (veel minder in het mijne) immers ook in verband met de verhouding publiek-/privaatrecht aan de orde gesteld⁹⁸. Men spreekt daarbij over *misbruik van privaatrecht* waarmee, als ik goed zie, de vraag wordt aangeduid of de overheid bij het vervullen van de haar toevertrouwde taken al dan niet gebruik mag maken van privaatrechtelijke vormen en technieken⁹⁹. Het probleem ontstaat omdat de bevoegdheden van de overheid begrensd zijn en het gevaar bestaat dat de overheid via privaatrechtelijke technieken, zoals met behulp van een overeenkomst, datgene zou proberen te bereiken wat haar krachtens de wet niet is toegestaan. De nu volgende opmerkingen hebben nochtans niet betrekking op die vraag maar veeleer op de omgekeerde zij het algemenere vraag, nl. of doel en strekking van het privaatrecht zich ertegen verzetten dat *regels* van publiekrecht in het privaatrecht worden geïntroduceerd. Zou men tot het besluit komen dat

zulks inderdaad het geval is, dan zou hier veeleer sprake zijn van *misbruik van publiekrecht*, nl. misbruik van publiekrechtelijke regels voor privaatrechtelijke doeleinden. Laat mij onmiddellijk stellen dat een dergelijk misbruik m.i. niet voorhanden is en dat het integendeel wenselijk is publiekrechtelijke regels in het privaatrecht te introduceren, nl. in al die gevallen dat de verhouding tussen private partijen een duidelijke verwantschap vertoont met de verhouding tussen overheid en burgers. Eén van die gevallen is nu juist het hiervoor besproken geval van economische machtspositie.

In een korte maar lezenswaardige bijdrage over «Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht» verdedigt Meyer-Cording de opvatting dat telkens wanneer de gelijkwaardigheid van contractpartners wegens het bestaan van een economische machtspositie niet voorhanden is, het uit het privaatrecht stammende principe van de contractuele vrijheid uit hoofde van de monopoliehouder de plaats moet ruimen voor de uit het publiekrecht stammende verplichting van gelijke behandeling van al wie aan die macht onderworpen is¹⁰⁰. Terecht wijst Meyer-Cording erop dat voor deze opvatting wettelijke precedënten, ook in het privaatrecht, kunnen worden aangewezen: de verplichting van het vennootschapsbestuur de aandeelhouders gelijk te behandelen en die van de faillissementscurator tot gelijke behandeling van de chirografaïre schuldeisers. Zo ook, aldus de auteur, de verplichting van de werkgever zijn werknemers niet discriminatoir te behandelen¹⁰¹. Gelet op het bestek van deze bijdrage kon ik op deze vruchtbare gedachte niet verder ingaan. De hiervoor (supra, onder IV, in fine) gedane vaststelling dat een bijzonder rechterlijk toezicht gewettigd is t.a.v. de gedraging van iemand die zich in een machtspositie bevindt of die zich een overwegende positie toemeet, krijgt daardoor nochtans een stevige theoretische onderbouw.

En ander in deze bijdrage reeds ter sprake gekomen geval van een privaatrechtelijke verhouding die zeer verwant is met een typisch publiekrechtelijke verhouding, is het geval van een doelgebonden privaatrechtelijke bevoegdheid zoals de ouderlijke macht (cf. supra, onder II). Ook in dat geval kan er m.i. worden van uitgegaan dat de regels die in het administratief recht gelden t.a.v. misbruik of afwending van bevoegdheid («détournement de pouvoir») eveneens toepassing kunnen vinden op de privaatrechtelijke situatie¹⁰². Terloops moge ik erop wijzen dat deze twee voorbeelden illustraties zijn van de eenheidsgedachte die volgens Bloembergen (ook) aan de verhouding tussen privaatrecht en administratiefrecht ten grondslag moet liggen: dezelfde of verwante verschijnselen

⁹⁶ Ook in België zijn bij de wet voorzieningen getroffen tegen misbruiken van economische machtspositie, waarbij niet de rechter doch de minister en in laatste instantie de Koning bevoegd worden verklaard: wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie.

⁹⁷ Art. cit., p. 135; zie ook p. 137 waar verwezen wordt naar art. 86 EEG.

⁹⁸ Ik moge hier in het midden laten wat verstaan dient te worden onder *privaat* - resp. *publiekrecht* en alleen herinneren aan Meijers' opvatting dienaangaande: «Het verschil tussen *privaat* en *publiekrecht*», zo schrijft Meijers, «openbaart zich veeleer hierin, dat bij *privaatrechtelijke* verhoudingen aan het individu, zij het dan ook binnen steeds nauwere grenzen, een vrijheid van keuze wordt gelaten hoe het de hem door het recht verleende bevoegdheden wil uitoefenen, een keuze waarbij niet het algemene belang, maar eigen belang beslissend mag zijn... Eerst wanneer deze vrijheid bij de personen, die met elkaar in rechtsbetrekking staan, geheel ontbreekt, betreedt men het *publieke recht*. Veel wat vroeger door een werkgever mocht gedaan of nagelaten worden is hem thans in het algemene belang als plicht gesteld. Deze plichten blijven tot het *privaatrecht* behoren zolang de arbeider zelf naar eigen vrij inzicht van de middelen tot handhaving dier plichten kan gebruik maken. Slechts voor zover de overheid de handhaving dezer plichten aan zich trekt, kan hier van *publiek recht* gesproken worden...» De mogelijkheid een recht of bevoegdheid vrij in het eigen belang uit te oefenen is dus, volgens Meijers, kenmerkend voor het *privaatrecht*; de verplichting een recht of bevoegdheid in het algemeen belang uit te oefenen maar dan nog op voorwaarde dat de handhaving van die verplichting niet aan de begunstigde van de verplichting maar aan de overheid is overgelaten, is daarentegen kenmerkend voor het *publiekrecht*.

⁹⁹ Daarover o.m. TROOSTWIJK, «Recente verwickelingen in de verhouding publiekrecht-privaatrecht», *Beekhuisbundel*, 1969, p. 251 e.v. met verdere verwijzingen, alsmede het Jubileumnummer «De overheid in het privaatrecht», *W.P.N.R.*, nr. 5067 in het bijzonder de bijdragen van J.M. POLAK, p. 1 e.v. en van G.J. WIARDA, p. 23 e.v.

¹⁰⁰ In *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, 1965, p. 537 e.v.

¹⁰¹ Vgl. daarmee H.v.J., 8 juni 1976, in de zaak Defrenne t. Sabena, *Jurispr.* 1976, 455 waardoor verbod van discriminatie op grond van geslacht, neergelegd in artikel 119 EEG, nu ook in het EEG-recht (zoals voordien al het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit) horizontale uitwerking heeft gekregen, m.a.w. ook aan private werkgevers kan worden tegengeworpen. Voor meer bijzonderheden, zie mijn bijdrage «Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, 1977, 131 e.v.

¹⁰² Ik heb dit geval destijds nader uitgewerkt in mijn proefschrift over *Bewindsbevoegdheid*, 1962, p. 141 e.v.

moeten, terwille van de gelijkheid, de systeemconsistentie, de rechtszekerheid en de rechtseenvoud, over de rechtsgebieden heen met behulp van dezelfde rechtsbegrippen en -beginselen worden gevat en geregeld¹⁰³. Zij tonen tevens aan dat er aan het publiek- en privaatrecht gemeenschappelijke regels zijn¹⁰⁴ en bovendien dat die regels niet altijd in het privaatrecht beschreven zijn (omdat dit recht ouder, technisch volmakter en veel beter gecodificeerd is)¹⁰⁵ maar dat zij ook (wel eens; vaak?) in het publiekrecht beschreven kunnen zijn. Hetgeen erop wijst dat er naast overheidsprivaatrecht (privaatrecht waarin een overheidslichaam rechtssubject is) evenzeer particulier publiekrecht bestaat (publiekrecht waarin een particulier rechtssubject is).

Men kan de hiervoor aan de orde gestelde vraag nog verder uitrekken en zich nl. afvragen of doel en strekking van het privaatrecht zich er tegen verzetten dat het privaatrecht dienstbaar zou worden gemaakt aan andere domeinen van het recht of beter aan objectieven die in andere rechtsgebieden prioritair staan. Ik denk nu vooral aan objectieven van sociale of economische aard die mede via het sociaal — resp. het economisch recht kunnen worden verwezenlijkt. Men zou nl. kunnen verdedigen dat het privaatrecht rond bepaalde waarden is opgebouwd, i.h.b. de vrijheids- of autonomiegedachte en de gedachte van de persoonlijke verantwoordelijkheid, en dat afbreuk van het privaatrecht van deze waarden ten einde het (mede) dienstbaar te maken aan andere waarden, neerkomt op een misbruik van privaatrecht.

Wie deze mening bijvalt is m.i. blind voor de dynamiek die het privaatrecht (zoals het recht in het algemeen) kenmerkt. De autonomie- en vrijheidsgedachte ligt ongetwijfeld ten grondslag aan het privaatrecht maar ligt daaraan niet ten grondslag met uitsluiting van andere waarden. Naargelang andere waarden, in het bijzonder gelijkheid en broederschap of moderner: solidariteit, werkzaam zijn in andere rechtsgebieden zoals het sociaal-economisch recht dat ik hier speciaal op het oog heb¹⁰⁶, zullen c.q. moeten zij evenzeer tot uiting komen in het privaatrecht dat immers in een klank moet zijn met de andere rechtsgebieden. Ook dat is een consequentie van de eenheid en de systeemconsistentie die een gegeven (nationaal) rechtssysteem moeten kenmerken. Om dit waar te maken moet het privaatrecht overigens zijn eigen aard niet verloochenen. Gelijkheid — niet in de hiervoor besproken publiekrechtelijke zin van gelijke behandeling door een ongelijke, nl. een economisch sterke, van aan zijn macht onderworpen individuen, maar in de privaatrechtelijke zin van gelijk zijn in vrijheid — is

een waarde die ongetwijfeld vanaf de jaren dertig vooral in het sociale en in het economische recht heeft geleid tot talrijke wetgevendende tussenkomsten ter bescherming van economisch zwakken, zoals werknemers, spaarders, beleggers, uitleners op hypotheek, consumenten en dergelijke. Zij is nochtans een waarde die ook in het privaatrecht altijd aanwezig is geweest. Het kan ook moeilijk anders: een privaatrecht dat de vrijheid van *elk* rechtssubject en niet alleen de vrijheid van enkelen wil waarborgen, moet noodzakelijkerwijze de overdreven vrijheid van de economisch sterken die de vrijheidsgedachte naar hun hand kunnen zetten, beperken terwille van de vrijheid van de economisch zwakkeren, d.i. terwille van een enigszins *gelijke* maat van vrijheid. Instellingen zoals de theorie van de wilsgebreken en de in bepaalde gevallen bij wet erkende regel van de grove benadeling («laesio enormis») zijn getuigen van het feit dat reeds bij de uitvaardiging van de *Code civil* de vrijheid van een contractspartij niet totaal ondergeschikt werd gemaakt aan de vrijheid van de wederpartij en dat een zeker minimum aan gelijkheid ten minste als kerngedachte in het privaatrecht aanwezig was. Toen dan, ten gevolge van de industriële revolutie, aanzienlijke economische machtsconcentraties tot stand kwamen en de behoefte tot bescherming van de vrijheid van economisch zwakkeren zich duidelijker liet voelen, kon deze kerngedachte zonder al te veel moeilijkheden worden ontwikkeld onder meer via de hiervoor besproken theorie van het misbruik van omstandigheden of, zoals ze in België wordt genoemd, van de omstandige benadeling (supra, onder IV). Daarmee kreeg het privaatrecht niet een nieuwe, aan dat recht vreemde doelgerichtheid, maar werd integendeel de in dat recht vervatte en (naast vrijheid) gelijkheid beogende doelgerichtheid tot volwaardige ontwikkeling gebracht¹⁰⁷. Dat dit gebeurde in wisselwerking met de ontwikkeling in andere rechtsgebieden, nl. zoals reeds opgemerkt in eenklank met de uitvaardiging van sociale en economische beschermingswetgeving en later, in de naoorlogse periode ook in eenklank met de uitvaardiging in Nederland zowel als in België (mede onder druk van de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt) van een (nieuwe) kartelregeling strekkende tot meer gelijkheid in het mededingingsverkeer, is vanzelfsprekend en komt de systeemconsistentie tussen de onderscheiden rechtsgebieden, in casu het privaatrecht en het economisch recht, ten goede. Om die reden kan ik mij gemakkelijk verenigen met Van der Grinten's opmerking, bij het begin van dit nummer aangehaald, volgens welke het Buma-arrest ook steun vindt in de Wet Economische Mededinging¹⁰⁸.

¹⁰³ Daarover BLOEMBERGEN, «De eenheid van privaatrecht en administratief recht», *W.P.N.R.*, nrs. 5372-5375.

¹⁰⁴ BLOEMBERGEN, «Opnieuw: bestuursrecht en privaatrecht», *Bouwrecht*, 1979, p. 369, op p. 374, bijdrage geschreven naar aanleiding van het boek van P. DE HAAN, DRUPSTEEN en FERNHOUT, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; instrument en waarborg*, 1978.

¹⁰⁵ Aldus De Haan in het in vorige voetnoot geciteerde boek, zoals aangehaald bij BLOEMBERGEN, *art. cit.*, op p. 374.

¹⁰⁶ Over de betekenis van de triptiek vrijheid, gelijkheid, broederlijkheid als kernbegrippen van het economisch recht, zie mijn bijdrage «Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht», *S.E.W.*, 1971, 404 e.v., alsmede J.J.M. VAN DER VEN, «Vrijheid, gelijkheid, broederschap», in *In de kern en over de grenzen van het recht*, 1973.

¹⁰⁷ Dit inzicht is ontleend aan BIEDENKOPF, «Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht», *Festschrift F. Böhm*, 1965, p. 134 e.v. Zie ook, zo neem ik aan — ik heb deze bijdrage niet kunnen inzien — RAISER, «Rechtsschutz und Institutionenschutz» in *Summum ius summa injuria, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 1963, p. 145 e.v.

¹⁰⁸ Om die reden ook blijf ik erbij dat bij de oplossing van privaatrechtelijke vragen, o.m. de graad van tegenwerpelijheid van overeenkomsten aan derden (cf. de in Nederland onder de term «profiteren van door een ander gepleegde wanprestatie» bekend staande problematiek), mede rekening dient te worden gehouden met de objectieven die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen (voor kritiek daarop, zie SWENNEN, «Desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk is fout», *R.W.*, 1978-79, 1937 e.v., 1955 e.v.). Wel moet Swennen worden toegegeven dat

De ontwikkeling van de gelijkheidsgedachte in het privaatrecht, onder druk van een forse ontwikkeling van die gedachte in andere rechtsgebieden, bijv. in het sociaal en economisch recht — waar gelijkheid wordt nagestreefd zowel ter bescherming van sociaal en economisch zwakken als tot vrijwaring van de vrije mededinging gezien als objectief van economische politiek, nl. als coördinatieprincipe van de vrije markteconomie — is dus in overeenstemming met de dynamiek van dat privaatrecht en betekent geen afwending van dat recht van de eigen doelgerichtheid, wel integendeel. Hetzelfde geldt voor de broederlijkheids- of solidariteitsgedachte die in andere takken van het recht, i.h.b. het sociale-zekerheidsrecht, zo sterk aanwezig is¹⁰⁹. Ook deze gedachte is niet volkomen vreemd aan de *Code civil*. Men denke aan de mogelijkheid voor de rechter, in artikel 1244, tweede lid, Belg. B.W. en Franse C. civ., om, met grote omzichtigheid weliswaar, aan een debiteur uitstel van betaling te verlenen rekening houdend met de toestand van de debiteur (maar ook met die van de wederpartij) en met de economische omstandigheden. Hierin vindt men de gedachte terug van solidariteit tussen, d.i. spreiding van de gevolgen van ongunstige omstandigheden over, de contractspartijen. Tot grote ontwikkeling is deze gedachte weliswaar niet gekomen. Men denke bijv. aan de grote weerstand die de imprevisie (of de leer van de verandering in feitelijke omstandigheden) zowel in uw land als in het mijne, maar dan vooral bij de rechtspraak ontmoet¹¹⁰, waaruit moge blijken dat die rechtspraak, zich al te veel blind starend op de spreuk «pacta sunt servanda», niet hoog oploopt met de gedachte dat de gevolgen van onfortuinlijke omstandigheden niet op de schouders van één partij mogen worden gelegd maar redelijk moeten worden verdeeld over beide partijen. Een andersgerichte ontwikkeling waarbij aan de solidariteitsgedachte, via het beginsel van de goede trouw in de uitvoering van de overeenkomst meer armslag wordt gegeven, is evenwel niet uit te sluiten¹¹¹ en zou zeker niet in strijd zijn met de welbegrepen doelgerichtheid van het privaatrecht. Wettelijke bekrachtiging van deze tendens kan in uw land trouwens worden verwacht gelet op artikel 6.5.3.11 van het Ontwerp-B.W. Daarin wordt de rechter gemachtigd op vordering van een der partijen de overeenkomst te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van die aard zijn, dat de wederpartij naar

maatstaven van redelijkheid en billijkheid de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. In nauw verband met de imprevisie staat het probleem van de muntontwaarding. Ook in dat opzicht vond in beide landen een weinig solidariteitsgezinde oplossing bijval in de rechtspraak. Voortgaande op een voor geldlening geschreven artikel in het B.W. (art. 1793 Ned. B.W., art. 1895 Belg. B.W.) werd het nominaliteitsbeginsel als algemene regel aangenomen¹¹²; de muntontwaarding komt daardoor uitsluitend ten laste van de schuldeiser die immers maar aanspraak kan maken op de numerieke, in het contract uitgedrukte geldsom¹¹³.

Binnen het kader van de aldus omschreven ambivalente doelgerichtheid van het privaatrecht dient de zienswijze te worden verstaan van auteurs als Biedenkopf die op het voetspoor van Raiser, betogen dat rechtsinstituten, o.m. privaatrechtelijke rechtsinstituten een eigen doelgerichtheid hebben. Rechtsonderhorigen die van dit rechtsinstituut een gebruik willen maken, dienen aan te tonen dat hun oogmerken wel degelijk passen in het kader van die doelgerichtheid. Dit is in het verleden vaak uit het oog verloren. Rechtspraak en rechtsleer hebben al te dikwijls privaatrechtelijke instituten blindelings, d.i. zonder enige legitimatie, ter beschikking gesteld van rechtssubjecten die niet in overeenstemming handelden met de doelgerichtheid van de gebruikte instelling. Dit is bijv. het geval met instituten als eigendom, de contractsvrijheid, het octrooi, de erfdienstbaarheid. Het gevolg daarvan was vaak een opeenhoping van macht, waardoor de klemtoon al te veel ging liggen op vrijheid en andere grondwaarden als gelijkheid (en solidariteit) nog meer op de achtergrond werden gedrongen¹¹⁴.

Deze opvatting verdient nader onderzoek (waartoe de tijd mij tot dusver ontbroken heeft). Het is duidelijk dat een dergelijk onderzoek onmiddellijk aansluit bij, en het ruimer kader en de verantwoording zou kunnen bieden voor, de enkele gevallen van misbruik van instelling, m.n. misbruik van octrooirecht en misbruik van rechtspersoonlijkheid die hiervoor (supra, onder III) ter sprake kwamen. Het zou overigens kunnen aantonen dat Jossierand, volgens wie elk subjectief recht doelgebonden is en, op straffe van «détournement», moet worden aangewend in overeenstemming met «le but de l'institution, son esprit et sa finalité» (supra, onder II) aan herontdekking toe is. Teveel moet men van dit onderzoek echter ook weer niet verwachten.

daarmee niet te exclusief of te nadrukkelijk rekening mag worden gehouden omdat het maar één van de waarden en niet de enige waarde is die in ons rechtssysteem verwoord is. Over de problematiek van de verhouding tussen privaatrecht en mededingingsrecht in het algemeen, zie o.m. MESTMÄCKER, «Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht», in *Recht und ökonomisches Gesetz*, 1978, p. 297 e.v.

¹⁰⁹ Vgl. in dit verband STEINDORFF, «Wirtschaftsordnung und -Steuerung durch Privatrecht?», in *Festschrift L. Raiser*, reeds gecit., p. 621 e.v.

¹¹⁰ Over deze problematiek, zie voor Nederland, ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht, Algemene Leer der Overeenkomsten*, 4e druk, 1975, p. 237 e.v.; voor België: KLUYSKENS, *De Verbintenissen*, 1948, p. 373 e.v.; VANDEPUTTE, *De Overeenkomst*, 1977, p. 185 e.v.

¹¹¹ Voor meer bijzonderheden, zie ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 1972, p. 274 e.v., alsmede HOFMANN, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, I, 2, 9e druk bewerkt door ABAS 1977, p. 195 e.v.

¹¹² Voor Nederland: ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht, De Verbintenis in het algemeen*, 5e druk, 1978, p. 321 e.v., met verwijzing o.m. naar H.R., 18 januari 1957, *N.J.*, 1959, nr. 110; voor België, VANDEPUTTE, *op. cit.*, p. 213 e.v. met verwijzing o.m. naar Cass., 14 februari 1929, *Pas.*, 1929, I, 87.

¹¹³ In een recent arrest van 20 september 1979 (*J.T.*, 1980, 116, *R.W.*, 1979-80, 1911) heeft het Hof van Cassatie, op conclusie van de proc.-gen. Dumon, zich bereid verklaard, de muntontwaarding die zich heeft voorgedaan tussen het ogenblik van een voorlopige waardebeoordeling en het ogenblik van de definitieve rechterlijke uitspraak, in aanmerking te nemen met het oog op de vaststelling van een onteigeningsvergoeding. Uit de overwegingen van het arrest en de genoemde conclusie blijkt evenwel dat deze opvatting niet geldt m.b.t. een contractueel verschuldigde numerieke som.

¹¹⁴ BIEDENKOPF, *art. cit.*; dezelfde, «Diskussion über ein neues Unternehmensrecht», in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, p. 339 e.v.

Men zij immers de volgende waarschuwing van Biedenkopf indachtig: «Voraussetzung für einen wirksamen Institutionenschutz ist die genaue Bestimmung des Zweckes, dem das Rechtsinstitut dienen soll. Der Missbrauch rechtlicher Institutionen, etwa der Fehlgebrauch privatrechtlicher Institute durch wirtschaftlich mächtige Rechtssubjekte, ist nur dann als rechtlich relevanter Sachverhalt erfassbar, wenn die Aufgabe der Rechtsinstitute eindeutig bestimmt ist und so als Begrenzung zulässiger Handhabung des Instituts dienen kann»¹¹⁵. Wil men niet vervallen in al te subjectieve oordelen over de doelgerichtheid van een of andere instelling en daarmee de gehele zienswijze compromitteren, die nochtans nuttige aanknopingspunten biedt, doet men er goed aan deze waarschuwing ernstig te nemen.

VI. Het is hoog tijd om te besluiten. Moet ik eigenlijk wel besluiten? Mijn aanwezigheid hier, zoals die van de andere sprekers, is in de eerste plaats om eer te betuigen aan de nagedachtenis van Meijers. Ofschoon ik Meijers niet persoonlijk gekend heb, heb ik toch heel wat jeugdhervindingen aan hem. Dank zij de grote belangstelling voor de rechtsvergelijking van mijn Leuvense leermeesters Van Hee, Van Hecke en Ronse, waren Meijers en Scholten geen onbekenden voor ons. In het pas in 1955 te Leuven opgerichte en dan al door hoogleraren en studenten paritair beheerde Instituut voor Rechtsvergelijking prijkte Meijers' foto. Mijn eerste juridische bijdrage handelde over «Het bewind in het ontwerp Meijers»¹¹⁶. In mijn proefschrift over *Bewindsbevoegdheid* liet ik mij ruimschoots door hem inspireren, zij het dat ik hem in mijn jonge onschuld «de Amsterdamse hoogleraar Meyers» noemde. U weet hoe een jong promovendus zich voelt bij het ontdekken van een eerste fout na de publikatie van zijn proefschrift: met de dood in het hart — ook hier geldt dat door ervaring dit gevoelens afslijft — heb ik een erratum moeten inlassen waarin ik Meijers aan Leiden restitueerde en zijn naam juist spelde. In mijn laatste studiejaar maakte ik ook kennis met het *Algemeen Deel* van Scholten. Sedertdien ben ik, als zovele buitenlanders, U blijven benijden om deze twee geniale juristen.

De eervolle uitnodiging van de inrichters van dit colloquium om hier een voordracht te houden heeft mij ertoe gebracht opnieuw kennis te maken met Meijers' werk dat mij tot dan vooral bekend was dank zij het ontwerp-B.W. en *De Algemene begrippen*. Ik had daardoor de gelegenheid verschillende bijdragen te lezen, samengebracht in de reeks *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, die ik niet eerder had gelezen. De Meijers die ik daarin ontdekte heb ik nóg meer gewaardeerd. Beïnvloed door de tegenstellingen die sommigen — ik neem aan, nu eens terecht, dan ten onrechte — menen te ontdekken tussen Meijers en Scholten¹¹⁷ maar ook al te veel voortgaande op de vrij abstracte redeneertechniek die Meijers' *Algemene begrippen* kenmerkt, heb ik bij het voorbereiden van deze bijdrage met steeds groter wordende bewondering en sympathie de concrete, pragmatische, open en toch beginselvaste denkwijze van Meijers ervaren. Dat een historicus van het

formaat van Meijers bereid is om, hoofdzakelijk op grond van rechtsvergelijkende argumenten en op grond van een gewijzigde rechtsopvatting, afstand te nemen van een oplossing die op grond van rechts- en wetsgeschiedenis nochtans als enig juiste voorkomt¹¹⁸, is voor mij het beste bewijs van de openheid van Meijers. Daarvan getuigt ook zijn overtuiging dat ongeschreven rechtsbeginselen grenzen stellen aan in de wet uitgedrukte voorschriften¹¹⁹.

Laat mij dan toch maar kort besluiten. Als mijn zoektocht i.v.m. misbruik iets heeft opgeleverd — de bedoeling was veel bescheidener, bestond er nl. in enige verschijnselen in verband waarmee de term misbruik wordt gebruikt naast elkaar te leggen en daarin mogelijk enig verband te ontdekken — dan is het wel dat aan de uitoefening van wettelijke rechten en bevoegdheden (cf. misbruik van recht, sub I, en van bevoegdheid, sub II), zowel als aan de algemene contractsvrijheid (cf. misbruik van omstandigheden, sub IV) door ongeschreven rechtsbeginselen grenzen zijn gesteld, grenzen die de rechter moet handhaven. Die rechterlijke toetsingsbevoegdheid is in principe slechts marginaal: kon de gerechtigde in redelijkheid tot de onderzochte uitoefening van zijn recht, zijn bevoegdheid, zijn contractsvrijheid komen? In de plaats van die marginale controle komt evenwel een meer specifieke en dus scherpere controle wanneer, ter zake van rechtsmisbruik, het uitgeoefende recht een doelgebonden bevoegdheid is en wanneer, ter zake van misbruik van omstandigheden, de gerechtigde zich in een monopoliepositie bevindt. Bij het onderzoek van andere misbruikverschijnselen in verband nl. met ruimere categorieën (cf. misbruik van instellingen, sub III, en misbruik van privaatrecht, sub V) blijkt verder dat een bezinning over de doelgerichtheid van het privaatrecht, het ambivalent karakter daarvan — een niet uitsluitend vrijheidsgericht maar ook gelijkheids- en zelfs broederlijksgericht privaatrecht — aantoon, overigens in samenhang met andere rechtsgebieden en als onderdeel van het gehele rechtssysteem, en dat een bezinning over het doelgericht karakter van privaatrechtelijke instellingen mogelijk kan bijdragen tot het doorbreken van het al te eenzijdig als vrijheidsgericht gedefinieerde privaatrecht.

Men zou kunnen verwachten dat ik, bij het einde van deze aan de herinnering van Meijers opgedragen bijdrage, zou pogen een «normaaltje» van misbruik op te stellen. De titel van mijn bijdrage wijst echter al in een andere richting. Als ik in de rechtsvinding moet kiezen tussen typologiseren, waaronder ook komt Meijers' classificeren met behulp van normale typen¹²⁰, en moduleren of varië-

¹¹⁸ Cf. MEIJERS' artikel over «Vernietiging van rechtshandeling op grond van benadeeling van een der handelende personen», *Verz. Priv. Opstellen*, III, p. 210 e.v.; cf. supra, onder IV.

¹¹⁹ Zie MEIJERS' artikel over «Misbruik van recht en wetsontduiking», *Verz. Priv. Opstellen*, I, p. 62 e.v., op p. 68; cf. supra, onder I.

¹²⁰ «Onder de definitie met normale typen is dan te verstaan het definiëren van een begrip met een aantal kenmerken, waarvan de grote meerderheid voorkomt bij alle exemplaren van het begrip, maar waarvan nu eens het een dan weer het ander kan ontbreken bij exemplaren die men toch doelmatig onder het begrip kan doen vallen»; DE ROON, «E.M. Meijers' methode van begripsvorming in de rechtswetenschap», *R & R.*, 1977, 1 e.v. op p. 13. MEIJERS zet de methode uiteen in *De Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 2e druk, 1958, p. 29 e.v.

¹¹⁵ BIEDENKOPF, laatstgenoemd artikel, op p. 339-340.

¹¹⁶ R.W., 1957-58, 841 e.v.

¹¹⁷ Daarover H. DRION, «Scholten en Meijers: een tegenstelling?», *W.P.N.R.*, nr. 5314.

ren, de methode die zo overtuigend door Wiarda werd aanbevolen¹²¹, houd ik het bij het laatste. Onderhavige bijdrage is tenslotte niet meer dan een variëren op een gegeven thema, het misbruikthema, zonder voorhands te weten welke richting men moet inslaan, daarbij overstappend van de meer bekende gevallen (misbruik van recht, misbruik van omstandigheden) naar de minder bekende gevallen (misbruik van bevoegdheid, misbruik van instellingen en misbruik van privaatrecht). Het eindpunt van een dergelijke oefening hoeft echter niet te zijn het classificeren van de misbruikverschijnselen : inderdaad het scheidende «wel - niet» of «óf - óf» spreekt ook mij minder aan dan het

verenigende «min-of-meer» of «én - én»¹²², zij het dat juist deze manier van denken meebrengt dat geen keuze moet worden gedaan tussen «óf variëren óf typologiseren», maar daarentegen in de richting wijst van «én variëren én typologiseren».

Prof. W. VAN GERVEN

¹²² Daarover SCHOORDIJK, «Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding. Variaties op het thema overeenkomst» in *Rechtsvinding, feestbundel Pieters*, 1970, p. 231 e.v. (De titel van Schoordijk's artikel heeft mij kennelijk beïnvloed bij het kiezen van een titel voor de onderhavige bijdrage). Zie ook Bloembergen's bijdrage aan dit colloquium, nr. 10.

¹²¹ G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, 1972, p. 62 e.v.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 5 NOVEMBER 1979

Voorzitter : de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur : de h. Mahillon

Eerste advocaat-generaal : de h. Charles

Advocaten : mrs. Kirkpatrick en Bayart

Internationaal privaatrecht — Arbeidscontract voor bedienden — Toepasselijke wet.

Als de rechter, om vast te stellen welke wet van toepassing is op de tussen de partijen bestaande arbeidsovereenkomst voor bedienden, erop wijst dat de overeenkomst te Brussel werd gesloten en dat het gezag van de werkgever onafgebroken werd uitgeoefend door de zetel te Brussel, van wie de bediende rechtstreeks de bevelen ontving, aan wie hij verslag uitbracht en die hem zijn wedde betaalde, zelfs wanneer hij in andere landen dan in België werkte, ongeacht hoe lang hij er tewerkgesteld was, en de rechter daaruit afleidt dat beide partijen de bedoeling hadden dat de bediende aan die zetel verbonden bleef, volstaan die vaststellingen en beschouwingen als wettige verantwoording van de beslissing om uitsluitend de Belgische wet op het contract toe te passen.

Vennootschap naar het recht van de Staat Delaware I. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 april 1978 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1318 tot 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 1138, inzonderheid 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, en van het algemeen beginsel van burgerlijke rechtsvordering volgens hetwelk de rechter niet een geschil kan opwerpen dat ingevolge het niet met een bepaling van openbare orde strijdig akkoord tussen de partijen niet bestaat,

doordat, om anders dan de eerste rechter te beslissen dat op de tussen de partijen bestaande arbeidsovereenkomst

voor bedienden de Belgische wet van toepassing was, zelfs voor de periode van 1 mei 1971 tot eind 1973, gedurende welke, volgens de vaststellingen van het arrest, verweerder vooral in de Bondsrepubliek Duitsland heeft gewerkt, en om diensgevolge eiseres te veroordelen om een verbrekingsvergoeding van 1.854.783 fr. te betalen plus de wettelijke interesten sedert 4 januari 1974, het arrest steunt op de overwegingen dat «het stelselmatig aannemen van de wet van het land waar het contract werd uitgevoerd tijdens de aan de verbreking voorafgaande periode ... zou leiden tot een blijvende onzekerheid in de betrekkingen tussen werkgevers en werknemers» en dat «ten deze vaststaat dat ... (verweerder) achtereenvolgens werd tewerkgesteld in België, dan in de zeven voormelde andere landen (Portugal, Engeland, Italië, Spanje, Zwitserland, Noorwegen, Denemarken) en ten slotte in een achtste land, namelijk de Bondsrepubliek Duitsland».

terwijl noch in de uiteenzetting van de feiten in het beroepen vonnis van 11 juni 1976, die eiseres in haar appelconclusie had overgenomen, noch in het inleidend exploot, noch in de conclusie van verweerder voor de eerste rechter en voor het arbeidshof ooit werd aangevoerd dat eiseres, alvorens verweerder tewerk te stellen in de Bondsrepubliek Duitsland, hem had doen werken in de zeven in het arrest genoemde andere landen of in een of ander ervan ; verweerder, integendeel, in zijn aanvullende conclusie voor het arbeidshof zelf de passage uit de appelconclusie van eiseres tot staving aanvoerde volgens welke «niet wordt ontkend dat appellant (thans verweerder) gedurende die twee jaar (na de indienstneming) in België zijn 'basis' had» ; verweerder weliswaar in zijn eerste appelconclusie gewag heeft gemaakt van de zeven in het arrest vermelde andere landen, doch in volgende bewoordingen : «na die voornaamste overplaatsing» (tewerkstelling van verweerder bij de Duitse vennootschap Grohe) is de vennootschap (eiseres) het contract blijven uitvoeren door (verweerder) naar verschillende landen te sturen om er voor rekening van I.T.T. Europa opdrachten uit te voeren : in 1972 verblijft hij 37 en in 1973 106 werkdagen in Portugal ; hij gaat naar Engeland (9 dagen in 1972 en 6 dagen in 1973), naar Italië (4 dagen in 1972 en 22 dagen in 1973), naar de Verenigde

Staten van Amerika en naar Spanje», waaruit volgt dat het arrest, door te verklaren dat eiseres verweerder achtereenvolgens in België en in zeven andere landen heeft tewerkgesteld alvorens hem ten slotte in een achtste land te doen werken, een betwisting betreffende een feitelijk punt opwerpt die ingevolge het niet met een regel van openbare orde strijdig akkoord tussen de partijen niet bestond (schending van het in het middel vermeld algemeen beginsel van burgerlijke rechtsvordering), de bewijskracht van de conclusies van de partijen miskent (schending van de in het middel vermelde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek) en uitspraak doet over niet gevorderde zaken (schending van artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek) :

Overwegende dat het arrest, om vast te stellen welke wet van toepassing is op de tussen de partijen bestaande arbeids-overeenkomst voor bedienden, erop wijst dat de overeenkomst te Brussel werd gesloten en dat het gezag van de werkgever onafgebroken werd uitgeoefend door de zetel te Brussel, van wie verweerder rechtstreeks de bevelen ontving, aan wie hij verslag uitbracht en die hem zijn wedde betaalde, zelfs wanneer hij in andere landen dan in België werkte, ongeacht hoe lang hij er tewerkgesteld was ;

Dat het arrest hieruit afleidt dat beide partijen de bedoeling hebben dat verweerder aan die zetel verbonden blijft ;

Overwegende dat die vaststellingen en beschouwingen volstaan als wettige verantwoording van de beslissing van het arbeidshof om uitsluitend de Belgische wet op het contract toe te passen ;

Dat de bekritiseerde gronden ten overvloede zijn gegeven ;

Dat het arrest derhalve, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, 2, 9, 13 van de bij koninklijk besluit van 28 juni 1971 gecoördineerde wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, 3 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders en 97 van de Grondwet,

doordat, na gewezen te hebben op de vaststelling van de eerste rechter dat «de arbeidsovereenkomst (voor bedienden van verweerder) van 1 mei 1971 tot eind december 1973 in de Bondsrepubliek Duitsland werd uitgevoerd» en na te hebben vastgesteld dat, «ingevolge de beslissingen die (eiseres) te Brussel had genomen», verweerder «... ten slotte werd tewerkgesteld in ... de Bondsrepubliek Duitsland, doch in dienst bleef van (eiseres)» en dat hij tijdens die periode «in het buitenland werkte», ook al «...werd hij soms dringend ontboden» op de zetel te Brussel, het arrest beslist dat de Belgische wetgeving betreffende de maatschappelijke zekerheid en de jaarlijkse vakantie van de werknemers niet alleen voor de periode van 4 maart 1969 tot 30 april 1971, doch zelfs voor de periode van 1 mei 1971 tot januari 1974 op verweerder van toepassing was, en diensgevolge eiseres veroordeelt om aan verweerder 574.021 fr. plus de gerechtelijke interesten te betalen als vakantiegeld voor de periode «van 4 maart 1969 tot 31 december 1972» (lees: 1973) (355.801 fr.) en als vakantiegeld bij vertrek (218.220 fr.), op grond dat «de arbeidsovereenkomst voor bedienden door de beide partijen jegens elkaar werd uitgevoerd, zowel in België

waar het gezag van de werkgever werd uitgeoefend als in de landen waar (verweerder) onderworpen was aan de controle, het toezicht en de raad van de ondernemingen aangewezen door de zetel te Brussel» (van eiseres),

terwijl, krachtens artikel 1 van voormelde gecoördineerde wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, die wetten vooral toepasselijk zijn op de personen die onderworpen zijn aan de sociale-zekerheidsregeling voor werknemers ; ingevolge artikel 3 van de in het middel vermelde wet van 27 juni 1969, die regeling, onverminderd het bepaalde in internationale overeenkomsten en verordeningen inzake sociale zekerheid, «van toepassing is op de werknemers die in België in dienst zijn van een in België gevestigde werkgever of verbonden zijn aan een in België gevestigde exploitatiezetel» ; uit de vaststellingen van het arrest volgt dat verweerder gedurende de periode van 1 mei 1971 tot januari 1974 niet in België tewerkgesteld was en evenmin aan een in België gevestigde exploitatiezetel verbonden was ; het arrest derhalve de in het middel vermelde bepalingen schendt (met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet) ; daar niet werd nagegaan of verweerder tijdens die periode in België tewerkgesteld of aan een in België gevestigde exploitatiezetel verbonden was, de motivering van het arrest het Hof althans niet in staat stelt de wettigheid ervan te toetsen (schending van alle in het middel vermelde bepalingen, met inbegrip van artikel 97 van de Grondwet) :

Overwegende dat, naar luid van artikel 1 van de op 28 juni 1971 gecoördineerde wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, deze wetten toepasselijk zijn op de personen die onderworpen zijn aan de sociale-zekerheidsregeling voor werknemers ;

Dat, krachtens artikel 3 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, die regeling, onverminderd het bepaalde in internationale overeenkomsten en verordeningen inzake sociale zekerheid, van toepassing is op de werknemers die in België in dienst zijn van een in België gevestigde werkgever of verbonden zijn aan een in België gevestigde exploitatiezetel ;

Overwegende dat het arrest, op grond van de in het antwoord op het eerste middel vermelde vaststellingen, oordeelt dat verweerder aan de zetel van eiseres te Brussel verbonden is gebleven, zelfs gedurende de periode van 1 mei 1971 tot 31 december 1973 tijdens welke het contract in de Bondsrepubliek Duitsland werd uitgevoerd ;

Dat het middel feitelijke grondslag mist ;

Om die redenen, verwerpt de voorziening ; veroordeelt eiseres in de kosten.

NOOT—*De nationaliteit van het arbeidscontract*

In bovenstaand arrest geeft het Hof van Cassatie niet zelf de verwijzing aan m.b.t. de arbeidsovereenkomst, omdat het niet gevraagd is. Over het vakantiegeld van de werknemers geeft het Hof aan, dat de Belgische wet toepassing opeist voor alle werknemers, in België tewerkgesteld bij een in België gevestigde onderneming, en voor de werknemers verbonden aan een in België gelocaliseerde exploitatiezetel. Ook in dat verband kan de hoogste rechter eenvoudig verwijzen naar de feitelijke constatering van het arrest in hoger beroep.

Met het arrest wordt echter de beslissing van het Arbeidshof te Brussel van 11 april 1978 ter kennis gebracht.

Dat arrest localiseerde de contractverhouding tussen een «multinational» met een Europees bruggehoofd in Brussel en een ingenieur-directeur met een internationale, zeer beweeglijke functie — die zijn taak, zoals het hof zei, moest uitvoeren tegelijk in België en in heel Europa. Het Belgisch recht alleen werd aangewezen.

Wat was de toedracht van de zaak ?

De werkgever is een in Brussel gevestigd bijhuis van een vennootschap naar het recht van de staat Delaware in de V.S. Rechtspersoonlijkheid zou dat bijhuis in België niet hebben. De functie van het kantoor is, de activiteiten van de verschillende ondernemingen van de «multinational» in alle andere landen te controleren, te coördineren en, in het algemeen, te adviseren.

De werknemer is een hooggekwalificeerde bediende die in België werd aangeworven. Brussel was twee jaar lang zonder twijfel het centrum van zijn activiteit. Zoals zijn aanwervingscontract in het vooruitzicht had gesteld, werd de man daarna voor twee en een half jaar naar Duitsland gedetacheerd, bij een dochteronderneming. In die periode stuurde Brussel hem nog voor korte verblijven naar andere Europese centra. Hiervan moest hij soms aan het Europees hoofdkwartier te Brussel verslag uitbrengen. Zijn familie verbleef al die tijd te Brussel.

Naar aanleiding van zijn ontslag — zonder zwaarwichtige reden en zonder opzeggingstermijn — argumenteerde de werknemer voor de toepassing van het Belgisch recht. De firma zag het Duits recht als aangewezen. Het verschil qua verschuldigde vergoeding tussen de wetten van beide landen maakte een lange procedure onafwendbaar.

In eerste aanleg koos de rechtbank het Duits recht als wet van de plaats van de uitvoering.

In hoger beroep wees het arbeidshof 1) op de aanwerving en de aanvankelijke tewerkstelling te Brussel, 2) op een voortbestaan van de band met het Europees hoofdkwartier te Brussel — ook ten tijde van de reallocatie in Duitsland. Het hof overwoog verder dat, in de bijzondere omstandigheden — hier voor een «multinational»-bediende — rekening moest worden gehouden met de feitelijke elementen i.v.m. de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, meer bepaald, met de plaats, waar de werkgever is gevestigd of waar het patronaal gezag wordt uitgeoefend.

Het Hof van Cassatie constateert nu, dat uit die gegevens de wederzijdse wilsovereenkomst van de partijen werd afgeleid : de werknemer zou aan de Brusselse zetel verbonden blijven. Een dergelijke motivering volstaat, aldus het Hof.

In het bestreden arrest was een voldoende subjectieve benadering aanwezig in het thuisbrengen van de overeenkomst : 1. Wat hebben de partijen impliciet beoogd ; of 2. wat konden ze hebben beoogd ? (Cass., 24 februari 1938, *Pas.*, 1938, I, 66).

We weten, dat, in de praktijk, de subjectieve localisering en de objectieve van elkaar niet kunnen worden onderscheiden (Cass., 27 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1949 en het erratum *R.W.*, 1975-76, 1983). Het is een feitenkwesitie. Alléén wordt het met de beklemtoning van de wilsautonomie duidelijk, dat één element in de localisering niet mag gaan doorwegen.

De tendens om in de internationale arbeidsovereenkomsten te verwijzen naar de plaats van de uitvoering, als doorslaggevend element, verliest aldus veld.

Het Hof van Cassatie had zich al op 27 maart 1968 van die tendens willen distantiëren. Het gaf toen de wat onhandige verwijzing naar de wet van de plaats waar «taken konden worden opgelegd» (zie *R.C.J.B.*, 1970, 84, en de noot van P. GOTHOT, voornamelijk 104-105 ; en F. RIGAUX, «Les tendances actuelles en d.i.p. belge», *Rev. B. Dr. Int.*, 1975, 27-28). Die formulering laat nog een zekere twijfel bestaan, precies omdat sommigen in de aanknoping bij de — zeer zwakke — hypothetische uitvoeringsplaats in België, een algehele onderwerping zien van de arbeidsovereenkomst aan de Belgische bepalingen van imperatief recht (P. GOTHOT, *loc. cit.*, 105).

Het cassatiearrest van 25 juni 1975 (*Pas.*, 1975, I, 1038) verlegde dan het accent naar de wilsautonomie — onder voorbehoud van de vereisten van openbare orde, in casu de minimumopzeggingsvergoeding. In het in die zaak betwiste arrest in hoger beroep was naar de uitdrukkelijke of stilzwijgende wil van de partijen verwezen en waren meerdere indices voor de localisering van het contract aangehaald o.a. : 1. de plaats van de contractsluiting, 2. de nationaliteit van de partijen, 3. het gemaakte voorbehoud i.v.m. de overplaatsing van de bediende, 4. de tijdelijk detachering en de onderwerping aan het gezag van de firma. Daaruit leidde het hof van beroep af, dat het ging over een Amerikaans contract. In zijn memorie wees de werknemer, zonder succes, naar de plaats van de uitvoering, nl. België, wat de laatste periode betreft. Ook daar had de cassatierechter de motivering van het Hof van Beroep te Brussel voldoende geacht. Weer mag men daaruit niets afleiden omtrent de indices, die het Hoogste Hof voor de localisering zelf zou volgen. Maar men mocht toen al denken — en meer nog na 5 november 1979 — dat nog steeds de algemene verwijzing inzake contracten hier werkt.

Wanneer de feitenrechters naar de wil van de partijen hebben gezocht, zal het Hof van Cassatie zich er blijkbaar van onthouden de diverse feitelijke elementen nog te controleren.

Dat alles vergemakkelijkt het bepalen van de contractwet zeker niet. Maar gezien de erkenning van de wilsautonomie, is het de partijen geraden, expliciet tot een wetskeuze overeen te komen.

Het probleem van het bepalen van de grenzen der wilsautonomie blijft echter bestaan. Onzeker is het antwoord op de vraag, in hoeverre een contract met ons land moet verbonden zijn, opdat sommige dwingende bepalingen ervan kunnen worden toegepast. Het cassatiearrest van 25 juni 1975 lijkt ons bekritiseerbaar, omdat het t.a.v. een Amerikaans arbeidscontract de Belgische minimumopzeggingsvergoeding vereist, eenvoudig omdat de betrokken bediende de laatste fractie van zijn activiteit bij zijn werkgever in België uitoefende.

M.b.t. het tweede middel in het hier geannoteerde cassatiearrest werd de verplichting tot betaling van vakantiegeld vastgeknoopt aan het eenvoudig feit verbonden te zijn aan een in België gevestigde exploitatiezetel. Dat is inderdaad de wet. Het Hof van Cassatie is gehouden aan die eenzijdige bepaling van het internationaal toepassingsgebied van de wetten op de sociale zekerheid van de werknemers (zie ook Cass., 22 juni 1977, *R.W.*, 1978-79, 2655 met noot van J. ERAUW).

Een dergelijke wetsbepaling veroorzaakt o.i. ernstige distorties. Meent een rechter immers dat een luik van die sociale zekerheid wettelijk moet toegepast worden, dan

kan hij geneigd zijn, op het gehele contract het etiket «Belgisch» te plakken (J. DONCKIER DE DONCEEL, «Le contrat de louage de services et les conflits de lois», *T. Soc. R.*, 1966, 97). Doet hij dat niet, dan moet een niet gelukkige splitsing gemaakt worden (zie Kh. Brussel, 3 maart 1970, *J.T.*, 1971, 76, en Cass., 3 februari 1971, *Pas.*, 1971, I, 513). De vreemde landswet kan de opzeggingstermijn bepalen, de Belgische wet legt het quotiënt voor het vakantiegeld op. O.i. is een meer consequente onderwerping aan de gekozen contractwet geraden.

Tot slot : in het geannoteerde geval verkoos het Arbeidshof te Brussel de plaats van aanwerving te benadrukken, het bestaan van een hiërarchische band tussen de partijen en het werkelijk dirigeren van de carrière van de bediende, vanuit het Europees beleidscentrum van de onderneming, gevestigd te Brussel.

De onderwerping aan het gezag van de firma treedt in de recente arresten sterk naar voren als aanwijzing voor de vermoede wil van de contractanten (zie eveneens Arbh. Brussel, 11 juni 1974, *R. W.*, 1974-75, 2030). Die band mag echter niet als doorslaggevend beschouwd worden. Ongetwijfeld zal de plaats van uitvoering verder een belangrijke rol spelen in het bepalen van de nationaliteit van het arbeidscontract (F. RIGAUX, *Droit international privé*, II, Brussel, 1979, 397). Slechts waar het — zoals in het specifieke geval — een «multinational»-bediende betreft, heeft het Brussels arbeidshof afgestemd op de vestingsplaats van waaruit de werknemer het feitelijk gezag uitoefende.

Kijkt men dan toch speciaal naar de feitelijke toedracht i.v.m. het Europees beleidscentrum van de grote Amerikaanse multinational, dan is de beslissing, om aan de controlefunctie vanuit Brussel, de Belgische nationaliteit van het contract te verbinden, toch van grote betekenis.

Men kan zich de vraag stellen of het economisch wel aantrekkelijk is een en ander vanuit Brussel te besturen.

J. Erauw
R.U.G.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 NOVEMBER 1979

Voorzitter : ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur : de h. Closon

Advocaat-generaal : de h. Krings

Advocaat : mr. Krings

Hoven en rechtbanken — Onverenigbaarheden — Rechter neemt kennis van een zaak waarin hij voordien als openbaar ministerie is opgetreden.

De homologatie van het akkoord na faillissement enerzijds en de ontbinding van dit akkoord en de heropening van het faillissement anderzijds zijn één zelfde zaak in de zin van art. 292, tweede lid, Ger. W.

Nietig is het vonnis van de rechtbank van koophandel dat de ontbinding van een gerechtelijk akkoord na faillissement uitsprekt en het faillissement heropent, wanneer de kamer die het vonnis wijst, voorgezeten wordt door een magistraat die voordien als lid van het openbaar ministerie zijn advies heeft gegeven voor het vonnis dat het akkoord heeft gehomologeerd.

N.V. G. t/ mrs. Dumon en Van Buggenhout q.q.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 januari 1979 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

(...)

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest en uit de door de eerste rechters gewezen vonnissen volgt dat de Rechtbank van Koophandel te Brussel, op 23 maart 1978, op advies van de h. Duplat, alstoen eerste substituut-procureur des Konings, het akkoord na het op 13 juli 1977 uitgesproken faillissement van eiseres heeft gehomologeerd ; dat, op 24 augustus 1978, de vakantiekamer van dezelfde rechtbank, die op dat moment door die magistraat werd voorgezeten, de ontbinding van het akkoord heeft uitgesproken en het faillissement heeft heropend ;

Overwegende dat artikel 292, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat nietig is het vonnis, gewezen door een rechter die vroeger bij het uitoefenen van een ander rechterlijk ambt kennis genomen heeft van de zaak ;

Overwegende dat deze regel in algemene bewoordingen is gesteld en de openbare orde raakt ; dat hij van toepassing is op de magistraat die in dezelfde zaak achtereenvolgens als lid van de staande magistratuur en als lid van de zittende magistratuur optreedt ;

Dat de homologatie van het akkoord en de heropening van het faillissement, anderzijds, één zelfde zaak zijn in de zin van artikel 292, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek ;

Dat de door de rechtbank van koophandel gewezen beslissing van 24 augustus 1978 derhalve aan nietigheid lijdt ;

Overwegende dat tegen dit vonnis echter verzet werd ingesteld ;

Dat weliswaar, zoals in het arrest wordt gezegd, door het verzet de oorspronkelijke vordering terugkomt voor het rechtscollege waarbij het verzet werd ingesteld, doch het bij verstek gewezen vonnis zijn uitvoerbare kracht behoudt wanneer de rechters, bij wie het verzet aanhangig is gemaakt, het bevestigen ;

Overwegende dat het vonnis van 18 september 1978 inzake het verzet het vonnis van 24 augustus 1978 heeft bevestigd ;

Overwegende dat, hoewel de exceptie van nietigheid niet voor de over het verzet beslissende rechters werd opgeworpen, de nietigheid, gelet op de artikelen 864 en 865 van het Gerechtelijk Wetboek, niet door het vonnis van 18 september 1978 kon worden gedekt ;

Dat het vonnis van 18 september 1978, door het vonnis van 24 augustus 1978 te bevestigen, niet alleen de beslissing van 24 augustus 1978, waarvan het de gronden overneemt, heeft gehandhaafd, doch ook de nietigheid van dit vonnis heeft overgenomen ;

Dat het arrest derhalve, door te beslissen dat de tegen het vonnis van 18 september 1978, opgeworpen exceptie van nietigheid niet gegrond is, zijn beslissing niet wettig verantwoordt ;

Dat dit onderdeel van het middel gegrond is ;

(...)

NOOT—Zie de conclusie van de advocaat-generaal KRINGS bij bovenstaand arrest in *B.R.H.*, 1980, 60.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 29 JANUARI 1980

Voorzitter : baron Richard

Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert

Advocaat-generaal : de h. Krings

Advocaat : mr. Verdickt

Cassatie — Strafzaken — Middel — Gedetineerde — Fouillering — Administratieve maatregel.

Als cassatieberoep is ingesteld tegen het arrest van een kamer van inbeschuldigingstelling dat uitspraak doet over de handhaving van de voorlopige hechtenis, is het middel dat de wettigheid betwist van een maatregel van lijfonderzoek die vóór zijn overbrenging van de gevangenis naar het gerechtsgebouw op de verdachte is toegepast overeenkomstig art. 211 van de Algemene Instructie voor de Strafinrichtingen, niet ontvankelijk daar het gericht is tegen een administratieve maatregel van het bestuur van de gevangenis.

H.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1979 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling ;

Over het tweede middel, hieruit afgeleid dat het arrest niet antwoordt op de argumenten ontwikkeld in eisers conclusie en onder meer niet op het middel dat erin bestaat te zeggen dat artikel 616 van het Wetboek van Strafvordering werd geschonden ;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat artikel 616 van het Wetboek van Strafvordering ter zake niet toepasselijk is ; dat het aldus antwoordt op het in het middel vermelde verweer van eiser ;

Dat het middel in zoverre feitelijke grondslag mist ;

Overwegende dat het middel voor het overige niet aan geeft op welk ander verweer van eiser door het arrest niet wordt geantwoord ; dat het in zoverre wegens gebrek aan nauwkeurigheid niet ontvankelijk is ;

Over het eerste en het derde middel,

het eerste hieruit afgeleid dat op 20 december 1979 het arrest is gewezen zonder dat eiser werd gehoord op de zitting van 18 december 1979 ; immers zijn verschijning voor het hof van beroep andermaal afhankelijk werd gesteld van het zich vooraf onderwerpen aan een onderzoek aan het lichaam ; eiser onder die omstandigheden op 18 december 1979 liet weten niet te verschijnen vermits zijn verdediging afhankelijk was gesteld van een onwettig onderzoek aan het lichaam ; aldus zijn rechten van verdediging zijn geschaad ;

het derde hieruit afgeleid dat artikel 25 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis niet ongedaan kan worden gemaakt door het ministerieel besluit van 12 juli 1971, in zoverre dit voorschriften inhoudt die strijdig zijn met artikel 25 van de genoemde wet ; immers artikel 25 van die wet duidelijk een onderzoek aan het lichaam verbiedt, tenzij wettig bevolen, en het uiteraard zonder belang is welke naam aan de getroffen handeling wordt gegeven ; het zich volledig moeten ontkleden een onderzoek aan het li-

chaam is, ongeacht waar, wanneer en bij wie het wordt uitgevoerd ;

Overwegende dat het proces-verbaal van de terechtzitting van 18 december 1979 vermeldt dat de verdachte, thans eiser, na het verslag van het openbaar ministerie en voordragen van zijn verdediging zowel door hem zelf als door zijn raadsman ter zitting van het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, op 14 december 1979, verklaard heeft op 18 december niet te willen verschijnen ter zitting ; dat voorts uit het proces-verbaal van de terechtzitting van 14 december 1979 blijkt dat eiser op die zitting door zijn advocaat een conclusie heeft laten neerleggen, waarin hij zich beroept op schending van zijn recht van verdediging, doordat hij de gevangenis niet mocht verlaten dan na vooraf te zijn gefouilleerd, na zich te hebben uitgekled, hetgeen hij onwettig en onoorbaar achtte ;

Overwegende dat, nu eiser zijn verdediging heeft voorgedragen zowel ten aanzien van de voorlopige hechtenis als ten aanzien van de maatregel die hem naar zijn mening verhinderde ter zitting van 18 december 1979 te verschijnen, zijn rechten van verdediging niet zijn miskend ;

Dat het eerste middel feitelijke grondslag mist ;

Overwegende dat het derde middel de wettigheid betwist van de maatregel van lijfonderzoek, toegestaan krachtens artikel 211 van de Algemene Instructie voor de Strafinrichtingen, vastgesteld bij ministerieel besluit van 12 juli 1971, ten aanzien van gedetineerden die moeten worden overgebracht ;

Dat het middel, gericht tegen een administratieve maatregel van het bestuur van de gevangenis, niet ontvankelijk is ;

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen ;

Om die redenen, verwerpt de voorziening ; veroordeelt eiser in de kosten.

NOOT—Zie in dit nummer ook het bestreden arrest van 20 december 1979 van Hof Brussel, K.I.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 9 MEI 1979

Voorzitter : de h. Legros

Raadsheer-rapporteur : de h. Stranard

Advocaat-generaal : de h. Velu

Advocaten : mrs. Van Ryn en Ansiaux

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Materiële schade door overlijden — Tijdstip van beoordeling — Bevorderingskansen van het slachtoffer — Muntontwaardiging.

Om het door een ongeoorloofde daad veroorzaakte nadeel te schatten, moet de rechter zich plaatsen op de dag van zijn beslissing.

Art. 1382 B.W. wordt geschonden door het arrest dat de omvang van de schade en van het bedrag van de ver-

goeding die de schade volledig moet herstellen, beoordeelt op de dag van het overlijden, en beslist dat de rechter geen acht mag slaan op de bevorderingskansen van de getroffene of de muntontwaarding en aldus, principieel, de gevolgen van mogelijke bevorderingen van de getroffene en die van de effectieve koopkrachtvermindering van de munt uitsluit.

B. t/ J.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1978 door het Hof van Beroep te Luik gewezen ;

Overwegende dat het arrest enkel over de burgerlijke belangen uitspraak doet ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat ter raming van de aan eiseres toegekende vergoeding tot herstel van de materiële schade ten gevolge van het overlijden van haar echtgenoot bij een door verweerder veroorzaakt verkeersongeval, het arrest enkel steunt op de leeftijd en het loon van de getroffene op de dag van het ongeval, «zonder daarbij acht te slaan op diens bevorderingskansen of op de fluctuaties van de munt» ;

terwijl, eerste onderdeel, nu hij weigert de fluctuaties van de munt van na het ongeval in aanmerking te nemen, welke nochtans een terugslag zouden hebben gehad op het loon van de getroffene, de feitenrechter, als hij niet acht dat het weinig waarschijnlijk is dat de getroffene nog altijd in leven zou zijn, indien hij niet bij ongeval om het leven was gekomen, de verplichting miskent zich voor de raming van de schade te stellen op de dag van zijn uitspraak en aldus de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt ;

tweede onderdeel, nu het geen rekening houdt met de bevorderingskansen van de getroffene in de periode tussen het ongeval en de beslissing, zonder dat het tevens aantoonde dat de getroffene toch geen redelijke kansen op bevordering maakte, het arrest een verkeerde raming geeft van de schade van eiseres en aldus niet wettelijk verantwoord is (schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet) :

Over beide onderdelen samen :

Overwegende dat eiseres in haar conclusie betoogde dat bij de kapitalisatieberekening tot vaststelling van het bedrag van de materiële schade ten gevolge van het verlies van de beroepsinkomsten van de getroffene, rekening diende te worden gehouden met de normale bevorderingskansen en het opdoen van beroepservaring van de getroffene, de aanpassing van zijn loon aan de loonschalen, alsmede de steeds groeiende voordelen van de sociale programmatie ; dat het arrest tegen die conclusie inbrengt dat «gelet op het feit dat de raming van de schade van de burgerlijke partij afhankelijk is van de waarschijnlijke levensduur van de getroffene, het diens leeftijd en loon op de dag van zijn overlijden zijn die als uitgangspunt voor de raming dienen te worden genomen zonder dat de bevorderingskansen of de fluctuaties van de munt dienen te worden meegerekend» ;

Overwegende dat de rechter, om een door een ongeoorloofde daad veroorzaakt nadeel te schatten, zich moet plaatsen op de dag van zijn beslissing ;

Overwegende dat het arrest, dat de omvang van de

schade en van het bedrag van de vergoeding die de schade volledig moet herstellen beoordeelt op de dag van het overlijden, en beslist dat de rechter geen acht mag slaan op de bevorderingskansen van de getroffene of de muntontwaarding en aldus, principieel, de gevolgen van mogelijke bevorderingen van de getroffene en die van de effectieve koopkrachtvermindering van de munt uitsluit, artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek schendt ;

Dat beide onderdelen van het middel gegrond zijn ;

Om die redenen, vernietigt het bestreden arrest doch alleen in zoverre daarbij het bedrag van de vergoeding tot herstel van de materiële schade welke eiseres geleden heeft ten gevolge van het verlies van de beroepsinkomsten van de getroffene op 2.902.543 fr. vastgesteld wordt en beslist wordt dat eiseres al volledig schadeloos gesteld is wat die materiële schade betreft ; beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing ; veroordeelt verweerder in de kosten, daarin niet begrepen de kosten van de betekening van de voorziening aan het openbaar ministerie, welke kosten ten laste van eiseres blijven ; verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Brussel.

NOOT—Zie in dezelfde zin : Cass., 20 juni 1977, *R.W.*, 1978-79, 171.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 28 SEPTEMBER 1979

Voorzitter : de h. Versée

Raadsheer-rapporteur : de h. Van Leckwijck

Advocaat-generaal : de h. Krings

Advocaten : mrs. Houtekier en De Baeck

1. Handelshuur — a) Gemeen recht — Toepassingsgebied — b) Overdracht van huur samen met overdracht van de handelszaak — Tegenwerpelijheid aan de koper van het goed — Vaste datum — 2. Huur — Wetten van 30 maart 1976, 24 december 1976 en 27 december 1977 — a) Bepalingen betreffende de huur — Openbare orde — b) Toepassingsgebied.

1. a) De handelshuur is onderworpen aan de bijzondere regels van de desbetreffende afdeling van het Burgerlijk Wetboek, zonder dat zij echter is onttrokken aan de toepassing van de bepalingen van het gemene recht waarvan door bedoelde bijzondere regels niet wordt afgeweken.

b) Luidens art. 11, I, van de Handelshuurwet wordt de overnemer van de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder, rechtstreekse huurder van de verhuurder. Deze bepaling ontslaat de overnemer echter niet van de verplichting, om de overname tegenwerpelijk te maken aan de koper van het verhuurde goed, de vaste dagtekening van die overname te bewijzen.

2. a) De bepalingen betreffende de huur van de wetten van 30 maart 1976 (artt. 38, § 1, lid 1 en 3, 39 en 40), 24 december 1976 (artt. 5 en 9) en 27 december 1977 (artt. 1 en 5, §§ 1 en 4) betreffen de essentiële belangen van de Staat of bepalen in het privaatrecht de juridische

grondslagen waarop de economische orde van de samenleving rust en belangen derhalve de openbare orde aan.

b) In zoverre die bepalingen de huurprijzen betreffen, vinden zij enkel toepassing op de overeenkomsten doch niet op feitelijke toestanden die buiten overeenkomsten zijn ontstaan.

P.V.B.A. J. t/ J. en T.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 mei 1978 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel, (...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11, 12, 13, 14 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten met het oog op de bescherming van het handelsfonds, die afdeling IIbis van hoofdstuk II van titel VIII van het boek III van het Burgerlijk Wetboek vormt, gewijzigd bij de wet van 29 juni 1955, 1121, 1134, 1135, 1165, 1271, 2°, 3°, 1328, 1690, 1717 en 1743 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 4 november 1969,

doordat het arrest enerzijds rechtdoende op de door eiseres ingestelde hoofdvordering, beslist dat eiseres niet gerechtigd was de huurhernieuwing aan te vragen en dat de verweerders deze derhalve terecht hebben geweigerd, en, anderzijds, wijzend op de door de verweerders ingestelde tegenvorderingen, eiseres beveelt het pand te verlaten en een gerechtelijke deskundige aanstelt om de normale huurwaarde van het pand te onderzoeken, op grond : dat zelfs indien het voortbestaan van het mandaat van beheer van de naamloze vennootschap S. tot en met 4 augustus 1971 aangenomen wordt, dan nog de vordering van eiseres ongegrond is, dat de verweerders als rechtverkrijgenden onder bijzondere titel van de consorten G. de verkochte zaak wel nemen in de staat waarin zij zich bevond bij de verkoop en de gevolgen ondergaan van alle overeenkomsten door hun rechtgever betreffende de verkochte zaak vóór de verkoop gesloten ; dat echter het bewijs tegen hen van de voor de verkoop gesloten overeenkomsten, zelfs in hun hoedanigheid van rechtverkrijgenden onder bijzondere titel, onderworpen blijft aan de bepalingen van artikel 1328 van het Burgerlijk Wetboek ; dat de verweerders niet de geregistreerde huurovereenkomst met de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid B., maar wel de niet geregistreerde overeenkomst van laatstgenoemde met de naamloze vennootschap S. betreffende de huuroverdracht negeren ; dat eiseres, door nagelaten te hebben laatstgenoemde overeenkomst te laten registreren of in een akte door een openbaar ambtenaar opgemaakt te laten vaststellen, ten opzichte van de verweerders het wettelijk bewijs verbeurde van de huuroverdracht vóór de aankoop van het verhuurde goed door de verweerders ; dat anderzijds niet bewezen is dat de verweerders de overeenkomst betreffende de huuroverdracht uitdrukkelijk of stilzwijgend, maar zeker, hebben erkend,

terwijl, eerste onderdeel, eiseres de gezamenlijke rechten van de oorspronkelijke huurster der personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid B. bij overeenkomst van 8 januari 1971 overgenomen heeft en daardoor eiseres de rechtstreekse huurder van de oorspronkelijke eigenaars is geworden ; diensgevolge eiseres, als nieuwe schuldeiser ten gevolge van gedeeltelijke schuldvernieuwing, het oorspronkelijk geregistreerde huurcon-

tract van 13 oktober 1965 aan verweerders kan tegenwerpen, ongeacht het feit dat de overeenkomst van overname geen vaste datum had verkregen (schending van de artikelen 10, 11, 12, 13, 14 van de wet van 30 april 1951, 1271, 2°, 3°, 1328, 1690, 1717 en 1743 van het Burgerlijk Wetboek,

tweede onderdeel, eiseres de overname van het huurceel met de gezamenlijke rechten van de oorspronkelijke huurder B. bij aangetekend schrijven van 30 april 1971 aan de toenmalige eigenaar betekend heeft en deze die overdracht heeft aanvaard ; door deze betekening de huuroverdracht in elk geval aan de verweerders tegenwerpelijk was geworden (schending van de artikelen 10, 11, 12, 13, 14 van de wet van 30 april 1951, 1328, 1690, 1717 en 1743 van het Burgerlijk Wetboek),

derde onderdeel, de verkoopovereenkomst van 1 december 1971, waarbij het pand aan de verweerders verkocht werd, vermeldde dat het aan B. verhuurd was ; de verweerders daardoor contractueel kennis hadden van de oorspronkelijke huurovereenkomst, deze in al zijn gevolgen in acht dienden te nemen, zodat eiseres gerechtigd was dit huurcontract tegen de verweerders in te roepen (schending van de artikelen 1121, 1134, 1135, 1165, 1690, 1328, 1717, 1743 van het Burgerlijk Wetboek, 10, 11, 12, 13 en 14 van de wet van 30 april 1951) :

Over het middel van niet-ontvankelijkheid van de eerste twee onderdelen van het cassatiemiddel, door de verweerders opgeworpen, en hieruit afgeleid dat eiseres bedoelde stelling voor de feitenrechter niet heeft aangevoerd :

Overwegende dat, in voormelde onderdelen, eiseres aanvoert dat de huuroverdracht door haar met B. gesloten, die aan de toenmalige eigenaars was betekend, aan de verweerders tegenwerpelijk is krachtens artikel 11-I van de wet op de handelshuurovereenkomsten, derwijze dat zij de rechtstreekse huurder van de verweerders is geworden ;

Overwegende dat eiseres in conclusie had gesteld dat, ingevolge de huuroverdracht die de consorten G. hadden erkend, zij «binnen de perken van de wet op de handelshuur», de «nieuwe huurder» van deze verhuurders was geworden ;

Overwegende dat, hoewel de thans in het cassatiemiddel ingeroepen wetsbepalingen, in deze conclusie niet uitdrukkelijk werden vermeld, zij nochtans de noodzakelijke steun waren van de juridische stelling die eiseres voor het hof van beroep staande hield ; dat het middel derhalve niet met nieuwigheid is aangetast ;

Overwegende dat het middel niet preciseert hoe het arrest artikel 12 van de wet van 30 april 1951 zou hebben geschonden en in zoverre niet onvankelijk is ;

Wat de eerste twee onderdelen betreft :

Overwegende dat de handelshuur aan de bijzondere regels van de desbetreffende afdeling van het Burgerlijk Wetboek is onderworpen zonder dat zij echter is onttrokken aan de toepassing van de bepalingen van het gemene recht waarvan door bedoelde bijzondere regels niet wordt afgeweken ;

Overwegende dat, luidens artikel 11, I, van de wet op de handelshuurovereenkomst, de overnemer, ten deze eiseres, van de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder rechtstreekse huurder wordt van de verhuurder, ten deze de consorten G. ; dat deze bepaling echter de overnemer ervan niet ontslaat, om de overname tegenwerpelijk te maken aan de koper van het verhuurde goed, zoals ten deze de

verweerders, de vaste dagtekening van die overname te bewijzen ;

Wat het derde onderdeel betreft :

Overwegende dat de verweerders ten opzichte van eiseres derden waren aan wie de met de consorten G. gesloten huuroverdracht niet tegenwerpelijk bleef zolang zij geen vaste dagtekening had ;

Dat het middel in zoverre naar recht faalt ;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 38, § 1, eerste en derde lid, 39, 40 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen, 5, 9 van de wet van 24 december 1976 betreffende het behoud van de tewerkstelling, de koopkracht en het concurrentievermogen van de economie, 1, 5, §§ 1 en 4, van de wet van 27 december 1977 tot regeling voor 1978 van de huur en de andere overeenkomsten die het genot van een onroerend goed verlenen, 97 van de Grondwet, 28, 1073 en 1110 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest, rechtdoende op de door de verweerders ingestelde tegenvorderingen, eiseres beveelt het pand te verlaten binnen de maand vanaf de dag dat het vonnis definitief zal zijn en een gerechtelijke deskundige aanstelt om de normale huurwaarde van het pand te onderzoeken,

terwijl, eerste onderdeel, eiseres het pand in kwestie sinds 1971 tot heden betreft en daarvoor een huurprijs of een vergoeding aan de verweerders betaalt, zodat deze overeenkomst, van welke aard zij ook moge zijn, van rechtswege verlengd werd tot 31 december 1978 en het arrest ten onrechte eiseres bevolen heeft het pand te verlaten een maand nadat het vonnis definitief zal geworden zijn (schending van de artikelen 38, § 1, eerste en derde lid, 39, 40 van de wet van 30 maart 1976, 5, 9 van de wet van 24 december 1976, 1 en 5, §§ 1 en 4, van de wet van 27 december 1977),

tweede onderdeel, het in elk geval onmogelijk is de wettelijkheid van deze beslissing van uitdrijving te onderzoeken, daar niet kan worden vastgesteld of deze datum al dan niet binnen een termijn van verlenging van rechtswege zal vallen (schending van alle wetsbepalingen) :

Over het middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel, door de verweerders opgeworpen, en hieruit afgeleid A. wat de artikelen 28, 1073 en 1110 van het Gerechtelijk Wetboek betreft, dat het middel niet vermeldt hoe de bestreden beslissing ze miskent ; B. wat de andere wetsbepalingen betreft, dat de aangevoerde stelling niet voor de feitenrechter werd voorgedragen en dat zij rust op wetsbepalingen die de openbare orde niet raken :

Overwegende dat het cassatiemiddel niet preciseert waarin de schending van de onder A. bedoelde wetsbepalingen bestaat ;

Dat het middel in zoverre niet-ontvankelijk is ;

Overwegende dat de in het middel onder B vermelde bepalingen van de wetten van 30 maart en 24 december 1976 en 27 december 1977 de essentiële belangen van de Staat betreffen of, in het privaatrecht, de juridische grondslagen bepalen waarop de economische orde van de samenleving rust en derhalve de openbare orde aanbelangen ; dat het middel derhalve niet met nieuwigheid is aangetast ;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid op dit stuk niet kan worden aangenomen ;

Over het ontvankelijk gedeelte van het middel :

Overwegende dat de vermelde wetten, in zoverre zij de

huurprijzen betreffen, enkel toepassing vinden op de overeenkomsten doch niet op feitelijke toestanden die buiten overeenkomsten zijn ontstaan ;

Overwegende dat, nu het vaststelt dat er tussen eiseres en de verweerders geen overeenkomst gesloten was en geen tegenwerpelijke huuroverdracht bestond, het arrest zijn beslissing over de tegenvordering van de verweerders regelmatig motiveert en wettelijk verantwoordt ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Om die redenen, verwerpt de voorziening ; veroordeelt eiseres in de kosten.

NOOT—1. Betreffende het vereiste van vaste datum van de overdracht van huur vergelijk men Cass., 13 februari 1976, R.W., 1975, «76, 2422 met noot.

2. Betreffende het karakter van openbare orde van de recente tijdelijke huurwetten zie men : A. VAN OEVELEN, «Zijn de recente tijdelijke huurwetten van openbare orde ?», noot bij Cass., 10 november 1978, R.W., 1979-80, 1487-1493.

RAAD VAN STATE

7e KAMER — 5 JULI 1979

Voorzitter : de h. H. Adriaens

Staatsraden : de hh. Depondt en F. Debaedts

Eerste auditeur : de h. Similon

Advocaat : mr. Marechal

O.C.M.W. — Beroepskamer — Administratief rechtscollege — Motiveringsplicht.

De beroepskamer is een administratief rechtscollege dat uitspraak doet in betwiste zaken ; haar uitspraken moeten overeenkomstig art. 97 van de Grondwet met redenen omkleed zijn ; zij moet de door de partijen naar voren gebrachte middelen onderzoeken en de redenen opgeven waarom zij oordeelt dat deze middelen al dan niet gegrond zijn.

O.C.M.W. Lokeren t/ M.

Arrest nr. 19.744

Overwegende dat het beroep strekt tot vernietiging van de beslissing van 31 oktober 1977 van de beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Oost-Vlaanderen, die, op beroep van M., het O.C.M.W. van Lokeren verplichtte, «als werkgever van M. op te treden gedurende de noodzakelijke periode om hem in staat te stellen het volledig voordeel van de sociale uitkeringen met betrekking tot de werkloosheid te genieten, dit zolang het betrokken centrum er niet in slaagt om M. een andere betrekking te bezorgen» ; dat de bestreden beslissing bij ter post aangetekend schrijven van 7 november 1977 aan de verzoekende partij werd betekend ;

Overwegende dat op 7 september 1977 M. aan het O.C.M.W. van Lokeren vroeg :

1° naar de mogelijkheid uit te zien om vrijgesteld te worden van de betaling van 59.471 frank achterstallige bijdragen in het sociaal zekerheidsstelsel der zelfstandigen of

deze verschuldigde som door het O.C.M.W. zelf te laten vereffenen,

2° in het betrokken O.C.M.W. tewerkgesteld te worden met toepassing van artikel 60, § 7, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn ;

Overwegende dat ingevolge deze vraag de raad voor maatschappelijk welzijn op 19 september 1977 aan M. «het bestaansminimum van inwonende gedurende drie maanden toekende», doch oordeelde «niet te kunnen ingaan op de vraag van belanghebbende voor tewerkstelling in het O.C.M.W.» ; dat na vastgesteld te hebben dat M. sedert 16 november 1977 elders tewerkgesteld was, de raad op 21 november 1977 besliste de uitkering met ingang van 16 november 1977 te schorsen en de helft van het voor de maand november uitbetaalde bedrag terug te vorderen ; dat op 30 september 1977 M. tegen de beslissing van 19 september 1977 beroep instelde en dat de beroepskamer van de O.C.M.W.'s der provincie Oost-Vlaanderen met de bestreden beslissing van 31 oktober 1977 «zich bevoegd verklaarde om van het beroep kennis te nemen in zoverre het de bestreden beslissing van het O.C.M.W. van de stad Lokeren van 19 september 1977 aanvecht wat de weigering van tewerkstelling met toepassing van artikel 60, § 7, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn betreft» ; dat de beroepskamer verder «de bestreden beslissing tenietdeed wat de afwijzing van de vraag om tewerkstelling in het O.C.M.W. betreft, en opennieuw beslissend, zegde dat het O.C.M.W. van de stad Lokeren als vorm van dienstverlening zelf, vanaf de vijfde dag na ontvangst van onderhavige beslissing, als werkgever van de verzoeker zal optreden gedurende de noodzakelijke periode om de verzoeker in staat te stellen het volledig voordeel van de sociale uitkeringen met betrekking tot de werkloosheid te genieten, dit zolang het betrokken centrum erin niet slaagt om de verzoeker een andere betrekking te bezorgen» ;

Overwegende dat de verzoekende partij vooreerst aanvoert dat de bestreden beslissing op een verkeerde interpretatie van artikel 60, § 7, van de wet van 8 juli 1976 steunt ;

Overwegende dat de voornoemde wetsbepaling als volgt luidt : «Wanneer een persoon het bewijs moet leveren van tewerkstelling om het volledig voordeel van bepaalde sociale uitkeringen te bekomen, neemt het O.C.M.W. alle maatregelen om hem een betrekking te bezorgen. In voorkomend geval verschaft het deze vorm van dienstverlening door zelf voor de bedoelde periode als werkgever op te treden» ;

Overwegende dat de bestreden beslissing vaststelt dat verzoeker «om op werkloosheidsuitkeringen aanspraak te kunnen maken, gelet op zijn leeftijd (58 jaar) 600 arbeidsdagen in aanmerking moet kunnen doen nemen, in de loop van 36 maanden, die de aanvraag tot uitkering voorafgaan» ; dat volgens de bestreden beslissing, «krachtens de in artikel 60, § 7, gebruikte bewoordingen, het O.C.M.W. ongetwijfeld de verplichting heeft alle maatregelen te nemen om de verzoeker een betrekking te bezorgen», dat «het betrokken O.C.M.W. deze verplichting in casu miskend heeft» ; dat immers «de woorden in voorkomend geval» door de beroepskamer als volgt geïnterpreteerd worden, namelijk, dat wanneer het O.C.M.W. hetzij geen maatregelen neemt om de verzoeker een betrekking te bezorgen, hetzij in zijn poging niet slaagt, het uiteindelijk zelf in

hoedanigheid van werkgever moet fungeren gedurende de in artikel 60, § 7, bedoelde periode van tewerkstelling, als deze vorm van dienstverlening tot zijn mogelijkheden behoort» ; dat volgens de bestreden beslissing deze mogelijkheid van tewerkstelling van M. door het O.C.M.W. bestond, aangezien «uit het onderzoek gebleken is dat het betrokken O.C.M.W. vier instellingen beheert o.a. een kliniek en een kraaminrichting (samen 182 bedden), en rustoord in de centrumgemeente (175 bedden) en een rustoord in de voormalige gemeente Eksaarde (75 bedden) zodat met goede wil de mogelijkheid moet bestaan om de verzoeker tewerk te stellen gedurende de door het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid vereiste in aanmerking te brengen arbeidsdagen ten einde verzoeker in staat te stellen om aan de voorwaarden van toelaatbaarheid inzake de werkloosheidsreglementering te voldoen» ;

Overwegende dat de door de verzoekende partij beeerde «verkeerde interpretatie» van artikel 60, § 7, hierin zou bestaan dat de beroepskamer aan de bepaling «in voorkomend geval verschaft het (O.C.M.W.) deze vorm van dienstverlening door zelf voor de bedoelde periode als werkgever op te treden», een imperatief karakter geeft terwijl, zoals uit de parlementaire voorbereiding van dit artikel blijkt, «de vorm van dienstverlening door zelf voor de bedoelde periode op te treden als werkgever, louter en geheel facultatief is» ;

Overwegende dat de verzoekende partij ten onrechte aan de bestreden beslissing verwijt dat zij aan voornoemde wetsbepaling een imperatief karakter verleent ; dat integendeel de bestreden beslissing in haar motivering verklaart dat het O.C.M.W. in voorkomend geval als werkgever moet optreden «als deze vorm van dienstverlening tot zijn mogelijkheden behoort» en dat de beroepskamer op grond van het aantal en de belangrijkheid van de instellingen die het O.C.M.W. van Lokeren beheert, oordeelde dat deze mogelijkheid bestond ; dat het middel derhalve niet gegrond is ;

Overwegende dat de verzoekende partij nog opwerpt dat de bestreden beslissing «onvoldoende is gemotiveerd» doordat ze geen antwoord geeft op «de opmerking geformuleerd door de voorzitter van het O.C.M.W. van de stad Lokeren dat M. zich in zijn huidige situatie heeft gebracht door zijn eigen toedoen, zoals blijkt uit het maatschappelijk onderzoek van 14 september 1977 dat aan de beroepskamer is medegedeeld» ;

Overwegende dat de beroepskamer een administratief rechtscollege is dat uitspraak doet in betwiste zaken ; dat haar uitspraken overeenkomstig artikel 97 van de Grondwet met redenen omkleed moeten zijn ; dat zij de door de partijen naar voren gebrachte middelen moet onderzoeken en de redenen moet opgeven waarom zij oordeelt dat deze middelen al dan niet gegrond zijn ; dat ter zake de voorzitter van het O.C.M.W. overeenkomstig artikel 72 van de wet van 8 juli 1976, door de beroepskamer was gehoord ; dat luidens de bestreden beslissing, deze voorzitter van oordeel was «dat niet kan worden ingegaan op het verzoek (van M. om bij het O.C.M.W. tewerkgesteld te worden) wegens de omstandigheid dat de verzoeker door eigen toedoen zich in zijn huidige situatie heeft gebracht eensdeels en tevens wegens het precedent dat een dergelijk verzoek tot gevolg zou hebben, daar vermoed wordt, dat het O.C.M.W. in de toekomst met 50 à 60 gelijkaardige gevallen zal worden geconfronteerd en aan het verzoek tot tewerkstelling geen

gevolg kan geven, aangezien de thans bestaande personeelsbezetting van circa 260 full-time arbeidsplaatsen in de door het O.C.M.W. beheerde inrichtingen volledig beantwoordt aan de behoeften» ;

Overwegende dat de beroepskamer op deze door de voorzitter van het O.C.M.W. voorgedragen middelen alleen antwoordde dat «uit het onderzoek gebleken is dat het betrokken O.C.M.W. vier instellingen beheert, o.a. een kliniek en een kraaminrichting (samen 182 bedden), een rustoord in de centrumgemeente (175 bedden) en een rustoord in de voormalige gemeente Eksaarde (75 bedden), zodat met goede wil de mogelijkheid moet bestaan om de verzoeker tewerk te stellen gedurende de door het koninklijk besluit van 20 december 1963 vereiste in aanmerking te brengen arbeidsdagen» ; dat de beroepskamer op het eerste naar voren gebrachte middel van de voorzitter van het O.C.M.W. niet antwoordde, t.w. dat M. door eigen toedoen zich in zijn huidige situatie had gebracht ; dat hierbij duidelijk gealludeerd werd op het sociaal verslag dat op 14 september 1977 door de maatschappelijk assistent van het O.C.M.W. was opgemaakt en dat onder meer geleid heeft tot de beslissing van 19 september 1977 waarbij de raad van het O.C.M.W. weigerde M. in een inrichting van het O.C.M.W. tewerk te stellen ; dat dit sociaal verslag aan de beroepskamer was meegedeeld en dat de bestreden beslissing er overigens naar verwijst doch alleen om vast te stellen dat M. geen bestaansmiddelen had ; dat in dit verslag evenwel ook te lezen staat dat «M. regelmatig dronken was», dat «bij een vorig huisbezoek de vrouw (van M.) er zich over bekloeg dat er met hem niets aan te vangen was» en dat «om zich een inkomen te verwerven de vrouw dan zelf aan het werk is gegaan als werkster en gerante in het station...» dat «hij (M.) op 9 september opgenomen is in de gevangenis om wegens tweemaal openbare dronkenschap een straf te ondergaan van 16 dagen — dus tot 25 september 1977» ;

Overwegende dat het verslag van 25 oktober 1977 dat de secretaris van de beroepskamer aan dit rechtscollege voorlegde, er eveneens op wees dat volgens het voornoemd sociaal verslag «het hier gaat om een persoon die regelmatig drinkt en waarmee, volgens de verklaring van zijn vrouw, niets aan te vangen is ...» ; dat de secretaris, na verwijzing naar artikel 60, § 7, van de wet van 8 juli 1976, zich afvroeg in welke mate het O.C.M.W. verplicht was verzoeker in een van zijn inrichtingen te werk te stellen «wanneer de verzoeker geen enkele waarborg biedt op moreel of ander gebied» ;

Overwegende dat de bestreden beslissing de door de voorzitter van het O.C.M.W. ingebrachte bezwaren betreffende de persoon zelf van M., waarvan de beroepskamer voldoende kennis had, niet heeft beantwoord ; dat ze aldus het O.C.M.W. verplicht heeft M. in een van zijn inrichtingen te werk te stellen zonder rekening te houden met de ernstige bezwaren die tegen de persoon van de betrokkene, wegens zijn gedrag, werden ingebracht ; dat de bestreden beslissing derhalve op dit punt niet naar behoren is gemotiveerd ; dat het middel gegrond is ;

Overwegende dat de beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Oost-Vlaanderen opgetreden is ter verdediging van het algemeen belang ; dat het derhalve past de kosten van het geding ten laste van de Belgische Staat te leggen ;

Uitspraak doende bij verstek,

Besluit :

Artikel 1.

Vernietigd is de beslissing van 31 oktober 1977 van de beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Oost-Vlaanderen waarbij het O.C.M.W. van Lokeren verplicht wordt als «werkgever van M. op te treden gedurende de noodzakelijke periode om hem in staat te stellen het volledig voordeel van de sociale uitkeringen met betrekking tot de werkloosheid te genieten, dit zolang het betrokken centrum er niet in slaagt om M. een andere betrekking te bezorgen».

Artikel 2.

Dit arrest zal in de registers van bovenvermelde beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Oost-Vlaanderen worden overgeschreven en melding ervan zal worden gemaakt op de kant van de vernietigde beslissing.

Artikel 3.

De zaak wordt verwezen naar de anders samengestelde beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Oost-Vlaanderen.

Artikel 4.

De kosten komen ten laste van de Belgische Staat.

NOOT—*Tewerkstelling door het O.C.M.W. krachtens artikel 60, § 7, van de wet van 8 juli 1976.*

1. De taak die art. 60, § 7, «in voorkomend geval» aan het O.C.M.W. opdraagt betreft een toevallige en kortstondige tewerkstelling waarop de bepalingen m.b.t. de personeelsleden van de centra niet van toepassing zijn. Te denken valt hierbij aan de vaststelling van de personeelsformatie, de inachtneming van de aanwervingsvoorwaarden e.d. Dit systeem kan worden vergeleken met dat van de wedertewerkstelling van werklozen in de openbare besturen (*Parl. Besch., Senaat, 1975-76, verslag, nr. 581/2, blz. 116*). Artikel 68 van de vroegere wet op de openbare onderstand van 10 maart 1925 voorzag voor de behoeftige die in staat was tot werken bij voorkeur in onderstand in vorm van loon voor gepresteerd werk, een praktijk die mettertijd zo goed als in onbruik raakte. Onder vigeur van de welzijnswet van 1976 is de hoofdbedoeling niet meer gelegen in de steunverlening zelf, doch wel in de mogelijkheid om de betrokkene de mogelijkheid te bieden volledige sociale zekerheidsprestaties te genieten bij wege van een tewerkstelling voor de bedoelde periode.

2. De visie van de beroepskamer van Oost-Vlaanderen als zou het O.C.M.W. pas in tweede instantie — d.w.z. nadat ofwel de poging tot werkverschaffing door het O.C.M.W. is mislukt ofwel nadat deze heeft nagelaten alle maatregelen te nemen tot het bereiken van dat doel — ertoe zijn gehouden zelf als werkgever op te treden, kan worden onderschreven. Het O.C.M.W. moet dan echter niet op imperatieve wijze de betrokkene in eigen kring werk bezorgen ; het beschikt te dien opzichte over een appreciatiebevoegdheid om na te gaan of tewerkstelling «in voorkomend geval» in redelijkheid verzoekenbaar is met de eigen mogelijkheden (in dezelfde zin zie *Parl. Hand. Kamer, 1975-76, 6 juli 1976, blz. 4945*). Komt het O.C.M.W. op grond van de feitelijke waardering tot het besluit van het tegendeel, dan

kan de betrokkene tegen deze beslissing in beroep gaan bij de provinciale beroepskamer die op haar beurt op zelfstandige wijze uitspraak doet over de feitelijke omstandigheden van de zaak en dus o.m. over het bestaan en de omvang van de behoefte aan dienstverlening. Hierbij valt op te merken dat alleen beslissingen inzake individuele dienstverlening aanleiding kunnen geven tot een beroep, maar dat ter zake beroep algemeen en voor alle gevallen mogelijk is (artt. 69-74 van de wet van 8 juli 1976, alsmede het K.B. van 9 maart 1977, *B.S.*, 25 maart 1977). Dit betekent dat het collectief hulpverleningswerk dat de O.C.M.W.'s verrichten door o.m. het oprichten en organiseren van diensten met sociaal, curatief of preventief karakter en door de realisatie van sociale woningbouw, buiten het kader valt van beroepsmogelijkheden bij de provinciale kamers.

3. Waar bij het afkondigen van de welzijnswet nog enige onzekerheid kon bestaan over de bedoelingen van de wetgever de beroepskamers als administratieve rechtscolleges in te richten, hebben de rechtspraak en rechtsleer erop gewezen dat hun dit karakter terdege eigen is (zie arrest *R.v.S.*, Huyskens, nr. 19.466 van 26 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 570-573, met noot van W. LAMBRECHTS en *T.B.P.*, 1979, 434-436 met noot van J. DUJARDIN; alsmede P. SE-NAEVE, «De organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn», *R.W.*, 1976-77, 1206 e.v.; P. HUVELLE, «La loi organique des centres publics d'aide social», *J.T.*, 1977, 451). Hun beslissingen moeten naar behoren zijn gemotiveerd. In casu was dit niet het geval, aangezien de beroepskamer niet (of onvoldoende) de door de voorzitter van het O.C.M.W. naar voren gebrachte middelen beantwoord had.

4. De vraag blijft in hoever de in art. 60, § 7, vervatte tewerkstellingstaak van het O.C.M.W. kan worden doorkruist door het subjectief element bij de betrokkene die om dienstverlening verzoekt, wanneer uit het voorafgaand sociaal verslag blijkt dat deze «geen enkele waarborg biedt op moreel of ander gebied». De reden om steunverlening te weigeren die erin bestaat dat de verzoeker door eigen schuld werkloos is of blijft, moet gegrond zijn; het O.C.M.W. moet bewijzen dat de verzoeker geen enkele inspanning heeft gedaan om werk te vinden (vgl. beslissing Beroepskamer West-Brabant van 29 juli 1977, gecit. in «Kroniek maatschappelijk welzijn. De toepassingen van het recht op maatschappelijke dienstverlening», *De Gemeente*, 1978, 191).

Als grondslag om de intrekking van de steunverlening op basis van het sociaal verslag, ongedaan te maken, wordt door de beroepskamer o.m. aangemerkt: het feit dat de werkloosheid te wijten is aan de onmacht van betrokkene een landstaal te beheersen, en hij poogt dit te verhelpen door lessen te volgen (B.K. West-Brabant, 10 februari 1978, *De Gemeente*, 1978, 191); het feit dat de betrokkene ondanks zijn inspanningen geen behoorlijk werk vindt, zich tot minimumuitgaven beperkt en ten achter is met zijn huurgeld (B.K. West-Brabant, 24 februari 1978, *De Gemeente*, 1978, 191). Art. 1 van de wet van 8 juli 1976 stelt elk persoon een subjectief recht op maatschappelijke dienstverlening ter hand. Het O.C.M.W. heeft de verplichting deze dienstverlening op de voor het individu meest passende wijze te laten verlopen, rekening houdend met de levensomstandigheden waarin deze zich bevindt. De raad van het O.C.M.W. kan derhalve van oordeel zijn dat een maatregel van tewerkstelling in eigen midden als onge-

schikt voorkomt wanneer de betrokkene door eigen schuld in een bizarre financiële situatie verzeild is geraakt en geen blijken geeft van de wil om deze situatie te wijzigen, doch integendeel aan een obstinate immorele gedragswijze zoals herhaalde dronkenschap blijft vasthouden. Alsdan kan het O.C.M.W. tewerkstelling weigeren, doch het mag de betrokkene niet het recht op maatschappelijke dienstverlening ontnemen, hoe ook zijn ingesteldheid moge zijn. Wel kan het centrum een andere, meer aangepaste vorm van dienstverlening verzekeren in de zin van b.v. een psychosociale, morele of opvoedende begeleiding.

Marnix Van Damme

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

K.I. — 20 DECEMBER 1979

Voorzitter: de h. de Smedt

Raadsheren: de hh. Lox en Acheroy

Advocaat-generaal: de h. Dubois

Advocaat: mr. Verdickt

Strafvordering — Onderzoek aan het lichaam — Fouille-ring.

Art. 25 van de wet van 20 april 1874 heeft enkel betrekking op het onderzoek aan het lichaam dat bevolen wordt in het raam van een gerechtelijk onderzoek en dat enkel dienstig is om indicieën nuttig voor het onderzoek te vergaren. Het is niet van toepassing op de veiligheidsmaatregel van de fouille waarin de artt. 179 en 182 van het ministerieel besluit van 12 juli 1971 voorzien en dat een administratieve maatregel is die noodzakelijk kan zijn wegens de persoonlijkheid van de gedetineerde en het gevaar dat hij oplevert.

H.

Overwegende dat verdachte, bij schrijven van 4 december 1979 aan de voorzitter van de raadkamer te Leuven ter kennis bracht, dat hij om persoonlijke redenen en namelijk omdat hij niet ongekleed wenste gefouilleerd te worden, weigerde te verschijnen voor het onderzoeksgerecht; dat een dergelijke wilsuiking geen antwoord vereist en enkel liet vaststellen dat verdachte van zijn verschijning voor de raadkamer afzag waar het ging om het maandelijks handhaven van zijn aanhoudingsbevel; dat zijn recht op verdediging aldus niet werd beknut en hij zelf van zijn persoonlijke verdediging in de aanleg afzag; dat artikel 616 van het Wetboek van Strafvordering ter zake niet van toepassing is;

Overwegende dat het in conclusie ingeroepen artikel 25 van de wet van 20 april 1874 enkel betrekking heeft op het onderzoek aan het lichaam dat dient te worden bevolen met betrekking op het gerechtelijk vooronderzoek en enkel dienstig is om de indicieën nuttig voor dat onderzoek te vergaderen; dat het niet van toepassing is op de veiligheidsmaatregel van de fouille, die geregeld wordt bij de artikelen 179 en 182 van het ministerieel besluit van 12 juli 1971, en een administratieve maatregel uitmaakt die noodzakelijk kan zijn wegens de persoonlijkheid van de gedetineerde en het gevaar dat hij oplevert;

Overwegende dat verdachte aangehouden werd nadat hij het Staatsgebied verlaten had om zich aan rechtsvervolgingen te onttrekken ; dat de zwaarwichtigheid van de feiten waarvan hij verdacht wordt en de reeds verzamelde elementen toelaten vast te stellen dat het onderzoek binnen een redelijke termijn verloopt, tevens rekening houdend met de noodzakelijkheid het onderzoek insgelijks te voeren tegen mededaders en medeplichtigen ;

Overwegende dat de rechtspleging regelmatig is geschied ;

Overwegende dat de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden die de openbare veiligheid raken, vermeld en omschreven in de beschikking waartegen hoger beroep, de handhaving van de voorlopige hechtenis eisen ;

Dat bovendien gelet op de verderfelijke mentaliteit waarvan verdachte in de laatste jaren blijk heeft gegeven, het ernstig te vrezen valt dat, indien hij in voorlopige vrijheid zou worden gesteld, hij andere en soortgelijke misdaden zou plegen ;

(...)

NOOT—Zie in dit nummer Cass, 29 januari 1980, waarbij de voorziening in cassatie verworpen wordt.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

6e KAMER — 9 MAART 1977

Voorzitter-rapporteur : de h. Ceulemans

Raadsheren : de hh. Vanderhoeft en Raymaekers

Substituut-generaal : mevr. De Jaeger

Advocaat : mr. Demets

1. Vonnissen en arresten — Proces-verbaal van de terechtzitting — Vermeldingen — Tegenbewijs — 2. Faillissement — Veroordeling door de strafrechter — Opneming in het passief.

1. Wanneer in het proces-verbaal van de terechtzitting opgetekend werd dat de curator verklaard heeft vrijwillig te verschijnen voor en namens de failliete boedel in zijn wettelijke hoedanigheid en er geen enkel voorbehoud werd opgetekend, zijn deze authentieke vermeldingen niet vatbaar voor eenvoudige ontkennings of tegenbewijs.

2. Nu ten deze de gerechtskosten, de achterstallige bijdragen aan de Patroonkas en de daarmee verband houdende opslagen en nalatigheidsinteressen verbintenis- sen zijn die hun oorsprong vinden vóór de uitspraak van het faillissement, mag de curator door de strafrechter niet worden veroordeeld tot de betaling ervan, maar hij dient te worden veroordeeld om deze schulden op te nemen in het passief van het faillissement overeenkomstig hun wettelijke rang.

Inzake van de P.V.B.A. P., (...) vertegenwoordigd door de curator, gedagvaard om zich als werkgeefster burgerlijk aansprakelijk te horen verklaren met de eerste en de tweede voor de veroordeling tot de boeten en de kosten die zullen uitgesproken worden ten laste van de eerste en de tweede, haar lasthebbers of aangestelden, die de feiten pleegden in de uitoefening van de functies die hen werden toever-

trouwd ; zich te horen veroordelen tot betaling aan de Nationale Patroonkas voor het Betaald Verlof in de Bouwbedrijven en Openbare Werken van de achterstallige bijdragen voor een bedrag van 11.101 fr. van de opslagen en van de nalatigheidsinteressen die op het ogenblik van het vonnis nog niet gestort waren.

(...)

Overwegende dat het door de curator qualitate qua naar vorm en termijn regelmatig ingesteld hoger beroep ontvan- kelijk is ;

Overwegende dat zowel in het proces-verbaal van de openbare zitting van 7 december 1976 van de correctionele rechtbank als in het door deze rechtbank gewezen vonnis opgetekend staat dat de curator verklaart vrijwillig te verschijnen voor en namens de derde gedaagde (zijnde de pvba P. in zijn hoedanigheid van curator) ; dat geen enkel voorbehoud opgetekend werd ;

Overwegende dat deze authentieke vermeldingen niet vatbaar zijn voor eenvoudige ontkennings of tegenbewijs ;

Overwegende dat uit niets blijkt dat de nietigheden, die curator thans doet gelden, in eerste aanleg opgeworpen werden ; dat zij gedekt zijn, eensdeels krachtens artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek aangezien zij door de vrij- willige verschijning hersteld werden en dus de belangen van de gefailleerde of van de boedel niet meer konden schaden, en andersdeels door het vonnis ten gronde dat gewezen is zonder dat het verval of de nietigheid door de partij is voorgedragen of door de rechter ambtshalve is uitgespro- ken (art. 864 van het Gerechtelijke Wetboek) ;

Overwegende dat, wat de grond van de zaak betreft, de volgende rechtzettingen noodzakelijk zijn ;

Overwegende dat, hoewel het vonnis van faillissement niet in het dossier voorkomt, uit sommige stukken af te leiden is dat de maatschappelijke zetel van de pvba P. overgebracht is naar Antwerpen (...) en dat het faillis- sement door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen uitgesproken werd, zoals de curator bevestigt ; dat het past hiervan akte te geven in onderhavig arrest ;

Overwegende dat alhoewel de schuld van de verwezene P. aan de hem ten laste gelegde feiten vaststaat, de hem opgelegde geldboeten niet ten laste van de boedel komen daar zij pas door het vonnis opgelegd werden en de daaruit voortvloeiende verbintenis om te betalen derhalve ontstaan is na de uitspraak van het faillissement ;

Overwegende dat de gerechtskosten, de achterstallige bijdragen aan de Patroonkas en de daarmee verband houdende opslagen en nalatigheidsinteressen verbintenis- sen zijn die hun oorsprong vinden vóór de uitspraak van het faillissement ; dat de curator niet betwist dat zij ten laste van de massa vallen maar dat hij ten onrechte verwezen werd tot betaling ervan ; dat hij enkel dient te worden verwezen om deze schulden op te nemen in het passief van het faillissement overeenkomstig hun wettelijke rang ;

(...)

NOOT— *De opneming in het passief van het faillis- sement*

De strafgerechten zijn niet bevoegd om de curator over het faillissement te bevelen om schuldvorderingen in het passief van het faillissement op te nemen en voor recht te zeggen dat ze «overeenkomstig de wettelijke rang van deze verbintenissen» zullen worden ingeschreven in het passief (cf. Cass., 19 juni 1974, Arr. Cass., 1974, 1161).

Noch de strafrechten, noch de arbeidsrechten, noch de burgerlijke rechtbanken hebben enige bevoegdheid om over de opneming in het passief te beslissen, behoudens het uitzonderlijke geval dat een rechter met toepassing van art. 660, eerste lid, Ger. W. door de rechtbank van koophandel aangewezen werd om over het geschil of een deel ervan te oordelen (Cass., 17 september 1975, *R.W.*, 1975-76, 1297).

Luidens art. 500 Faillissementswet wordt de verificatie van de schuldvorderingen gedaan door de curator ten overstaan van de rechter-commissaris met tussenkomst van de gefailleerde of nadat die behoorlijk is opgeroepen. De aangifte van de schuldvorderingen en de verificatie zijn ook verplicht ingeval de schuldvordering voortspuit uit een rechterlijke beslissing : zelfs in dit geval mag de rechter-commissaris zich verzetten tegen de opneming in het passief indien de veroordeling een materiële vergissing zou bevatten of mag hij eisen dat een interpretatief vonnis zou worden geveld in geval van dubbelzinnigheid of onduidelijkheid (cf. *anders* : M. REGOUT-MASSON, «De la constitution de la partie civile contre un failli», *J.T.*, 1979, 419).

Wanneer de curator in zake is, dan zal de strafrechter de rechterlijke beslissing gemeen verklaren aan de failliete boedel.

A. Vandeplass

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER — 11 OKTOBER 1979

Voorzitter : de h. Desplenter

Raadsheren : de hh. Dinneweth en Degraeve

Advocaat-generaal : de h. Cauwe

Advocaten : mrs. Woestyn en De Buck

Faillissement — Rechten van de echtgenote — Huwelijksvermogensstelsels — Wet van 14 juli 1976 — Overgangsbepalingen.

Na de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976 kunnen geen rechten worden geput uit een wetsbepaling die door deze wet is opgeheven. De vestiging door de echtgenote van een wettelijk hypotheek blijft evenwel haar uitwerking behouden aangezien de nieuwe wet principieel onaangetaast laat wat voordien rechtsgeldig tot stand kwam en volledig werd afgehandeld.

Mr. Van Malleghem q.q. t/ F.

Overwegende dat bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 26 juli 1978, tijdig en regelmatig hoger beroep werd ingesteld tegen een (blijkbaar niet betekend) vonnis gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Gent, tweede kamer, op 20 maart 1978 ;

Dat de eerste rechter uitspraak diende te doen over :

I.a) in hoofddorde : de eis van geïntimeerde Maria F. strekkende tot opname in het passief van het faillissement van André De S. ter uitoefening van haar recht op vergoeding en haar recht op terugnemning van haar voorbehouden goederen ten belope van 3.033.697 frank, 176.000 frank en interesten sinds 1 januari 1976 met dien

verstande dat zij tot beloop van 2.000.000 frank als houdster van een wettelijke hypotheek optreedt ;

b) subsidiair : de eis haar in deze hoedanigheid op te nemen tot beloop van 176.000 frank, met interesten, als vergoeding ingevolge artikel 1493 B.W. en tot beloop van provisioneel 1 miljoen frank als terugnemning van haar voorbehouden goederen ;

II. de eis van appellant, curator in het faillissement van A. De S., op tegenvordering omschreven bij conclusie, ertoe strekkende oorspronkelijke eiseres te veroordelen om binnen 48 uur na de betekening van het vonnis, opheffing te verlenen van de hypothecaire inschrijving te haren voordele genomen op het onroerend goed gelegen te (...) en ingeschreven op het 1ste hypotheekkantoor te Gent, boek 8 nr. 71, op 1 maart 1976 tot beloop van 2.000.000 frank ;

Dat het bestreden vonnis, wat de sub I omschreven hoofdeis betrof, zich (impliciet) onbevoegd achtte hierover uitspraak te doen en voor behandeling verwees naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, terwijl de sub II vermelde tegeneis, na onderzoek ten gronde, ongegrond bevonden en afgewezen werd ;

Dat het hoger beroep zich beperkt tot het gedeelte van de beslissing dat de tegenvordering van appellant als ongegrond afwees ;

Dat de tegenvordering van appellant gestoeld is op het oud artikel 559 van de Faillissementswet als volgt opgesteld : «De vrouw wier man koopman was op het tijdstip van de voltrekking van het huwelijk, of het geworden is binnen de twee jaren na deze voltrekking, heeft slechts hypotheek op de onroerende goederen die op dat tijdstip aan haar man toebehoorden of die hem sedertdien bij erfenis zijn te beurt gevallen, en dit enkel...» ;

Overwegende evenwel dat vernoemde wetsbepaling, zoals ook de artikelen 553-558 en 560 Fw., door artikel 4, (37) van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van de echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, vervangen en/of gewijzigd werden door de nieuwe artikelen 553 tot en met 555 Fw. ;

Dat deze nieuwe wetsbepalingen, in geval van faillissement van een van beide echtgenoten, niet alleen de rechten van de schuldeisers aanzienlijk wijzigen, doch ook de vroegere in het oud artikel 559 Fw. ten laste van de vrouw omschreven beperking niet meer handhaven ;

Dat de nieuwe wet nu (met inbegrip van de opheffings- en wijzigingsbepalingen), gepubliceerd in het Staatsblad van 18 september 1976, in werking trad op 28 september 1976 en geacht wordt principieel een exclusieve werking te hebben en derhalve van toepassing te zijn op de toekomstige gevolgen van toestanden en verhoudingen die ontstaan zijn onder de vroegere wet (cf. bijdrage van verslaggever F. Baert in *R.W.*, 1976-77, 2243, nr. 3) ;

Dat daarentegen de door de curator op het oud artikel 559 Fw. gebaseerde vordering slechts bij conclusie van 11 mei 1977 aanhangig is gemaakt en derhalve onderzocht dient te worden of appellant q.q. uit deze opgeheven wettekst nog rechten kon putten ;

Dat weliswaar allerlei bepalingen, waaronder artikel 559 Fw. in stand konden worden gehouden en herleven indien door de echtgenoten — ook gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen met beding van gemeenschap van aanwinsten — binnen het jaar vóór notaris verklaard werd hun oorspronkelijk huwelijksvermogensstelsel ongewijzigd te willen handhaven (comb. art. 3, 1°, en 47, § 1,

overgangsbepalingen), doch ten deze vaststaat dat zulks niet is kunnen geschieden ;

Dat immers niet betwist wordt dat reeds op 12 januari 1976 door geïntimeerde een vordering strekkende tot scheiding van goederen aanhangig werd gemaakt, gevolgd door een hypothecaire inschrijving op 1 maart 1976, terwijl bij vonnis van 8 maart 1976 de scheiding van goederen toegestaan werd ;

Dat al deze handelingen derhalve voltrokken waren vooraleer de wet van 14 juli 1976 in werking trad, zodat het duidelijk is dat het ontbonden huwelijksvermogensstelsel (scheiding van goederen met beding van gemeenschap van aanwinsten) verdeeld en vereffend zal dienen te worden volgens de beginselen van de oude wetgeving waaronder het tot stand kwam en tenietgedaan werd, zij het ook voor zover ze niet strijdig zijn met de nieuwe wettelijke bepalingen die imperatief geacht worden ;

Dat de wetsbepaling waarop appellants vordering grond werd, trouwens vreemd is aan de regels die betrekking hebben op de vereffening van ontbonden huwelijksvermogensstelsels ;

Dat het oud artikel 559 uitsluitend ressorteert onder de «gevolgen van het faillissement van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere» en, in samenhang met de andere afgeschafte of gewijzigde wetsbepalingen, nauw verband houdt met de rechten van de schuldeisers (cf. op ander vlak : Dillemans, *Huwelijksvermogensrecht*, nr. 90a, blz. 198 in fine) ;

Dat, nu het faillissement dagtekent van 14 juni 1976 en de wet pas in werking trad op 28 september 1976, slechts in die tussenperiode door de curator rechtsgeldig een vordering op grond van artikel 559 Fw. ingesteld had kunnen worden ;

Dat achteraf echter geen rechten meer geput konden worden uit een wetsbepaling die opgeheven en zelfs niet tijdelijk in stand werd gehouden alsmede evenmin noodzakelijk blijkt te zijn voor de vereffening van het ontbonden huwelijksvermogensstelsel (arg. art. 47, § 3) ;

Dat de vestiging daarentegen door geïntimeerde van een wettelijke hypotheek, zoals ook het verwerpen van de gemeenschap, haar uitwerking blijft behouden, aangezien de nieuwe wet principieel onaangetast laat wat voordien rechtsgeldig tot stand kwam en volledig afgehandeld werd (cf. F. Baert, *op. cit.*, nrs. 12-13, kol. 2251-2252; A. Heyvaert, «Het overgangsrecht», *T.P.R.*, 1978, 621, nr. 54);

(...)

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 30 MAART 1979

Voorzitter : de h. De Groote

Raadsheren : de hh. De Smet en Dinneweth

Advocaten : mrs. Lenaerts, Lega loco Vertongen, Bonjé en Van Remoortel

1. Wilsgebreken — Dwaling — Verkoop van bouwgrond die deze hoedanigheid niet bezit — Verschoonbare dwaling — 2. Notaris — Professionele aansprakelijkheid — Tekortkoming aan voorlichtingsverplichting.

1. Wanneer de koper de aankoop van een perceel «bouwgrond» op het oog heeft gehad, en wanneer ook de verkoper altijd bouwgrond heeft willen verkopen, zoals in zijn publiciteit aangekondigd, bestaat er bij de koper op het ogenblik van het sluiten van de koop-verkoopovereenkomst verschoonbare dwaling omtrent de substantiële hoedanigheid van het gekochte goed, die de determinerende oorzaak is geweest van de overeenkomst, indien de verkoper het bewijs niet kan leveren dat het betrokken perceel op de datum van de verkoopovereenkomst werkelijk «bouwgrond» was.

Uit de omstandigheid dat de door de verkoper gemaakte publiciteit «bouwgrond» betrof en dat niet voldaan werd aan de verplichting van artikel 44, § 5, van de Stedebouwwet, volgt dat de dwaling bij de koper verschoonbaar is.

2. De notaris, die op verzoek van de verkoper op actieve wijze is opgetreden bij het tot stand brengen van de tussen partijen gesloten koop-verkoopovereenkomst, behoorde deze beide partijen op precieze wijze voor te lichten over de inhoud van de overeenkomst, ook wat het voorwerp ervan betreft, en te zorgen dat voldaan werd aan de in dit verband door de Stedebouwwet gestelde verplichtingen.

Nu hij dit niet gedaan heeft en door zijn verzuim ertoe bijgedragen heeft dat de koper in dwaling werd gebracht nopens de hoedanigheid van het verkochte perceel, dient hij in te staan voor de schade die zijn opdrachtgever, de verkoper, oploopt ten gevolge van de nietigverklaring van de verkoopovereenkomst.

C. t/ T. en De L.

1. Bij «voorlopige overeenkomst van verkoop», opge maakt door en ten kantore van notaris De L. te A., verkocht huidige appellant Alfred C. op 26 februari 1974 aan Renaat T. «een perceel bosgrond gelegen te T., gekadastreerd Sectie A nummer 353/b, groot zesenvieftig aren negenenvijftig centiaren» voor de prijs van 1.400.000 fr. waarvan 100.000 fr. onmiddellijk werd betaald als voorschot. Verder werd overeengekomen dat de koper het genot van het gekochte goed zal hebben vanaf de volledige betaling van de koopprijs, die dient te geschieden bij het ondertekenen van de notariële akte van verkoping, gesteld ten laatste op 25 juni 1974. Notaris De L. werd belast met het verlijden van de akte.

Op 9 juli 1974 dagvaardt Alfred C. de huidige geïntimeerde Renaat T. om o.m. de notariële akte betreffende voormelde verkoop te doen verlijden en, bij gebreke daaraan te voldoen, om te horen zeggen dat het te wijzen vonnis zal gelden als akte en titel van verkoop ; bovendien wordt de veroordeling van Renaat T. gevraagd tot betaling van een schadevergoeding van 140.000 fr., met de gerechtelijke interesten en alle kosten van het geding.

Deze laatste betwist de vordering en stelt een tegeneis in tot vernietiging van de overeenkomst van 26 juni 1974 met veroordeling van de oorspronkelijke eiser tot, enerzijds, terugbetaling van het voorschot van 100.000 fr. met de wettelijke rente van 28 februari 1974, anderzijds, betaling van een schadevergoeding van 70.000 fr., met de gerechtelijke rente vanaf 21 november 1974, en alle kosten van het geding.

Bij gerechtsdeurwaardersexploot van 6 oktober 1975 werd notaris De L. ten verzoeken van C. gedagvaard tot tussenkomst en vrijwaring, en tot betaling van een provisionele schadevergoeding van 1 fr., met de vergoedende interessen, de gerechtelijke interessen en de kosten van het geding.

De eerste rechter heeft het verkoopcompromis van 26 februari 1974 nietig verklaard wegens dwaling bij Renaat T., en de hoofdvordering als ongegrond afgewezen; C. werd veroordeeld tot terugbetaling van 100.000 fr., maar het overige van de tegeneis van Renaat T. werd als ongegrond afgewezen.

Het vonnis werd bindend verklaard voor notaris De L. die bovendien veroordeeld werd tot betaling van een provisie van 1 fr.

2. a. Terecht heeft de eerste rechter, bij gebreke van enig afdoend bewijs van bedrog vanwege appellant C., aangenomen dat er bij geïntimeerde Renaat T. op het ogenblik van het sluiten van de koop-verkoopovereenkomst verschoonbare dwaling bestond omtrent de substantiële hoedanigheid van het gekochte goed, die de determinerende oorzaak is geweest van de overeenkomst.

Niet betwist wordt dat Renaat T. de aankoop op het oog heeft gehad van een perceel «bouwgrond», en dat ook appellant C. «altijd bouwgrond heeft willen verkopen, zoals in zijn publiciteit aangekondigd» (cf. conclusie van laatstgenoemde voor de eerste rechter genomen op 21.5.75).

Appellant levert evenwel het bewijs niet, dat het perceel op de datum van de koopovereenkomst werkelijk «bouwgrond» was, d.w.z. grond, als zodanig aangemerkt door de bevoegde openbare overheid, waar hoe dan ook gebouwd mag worden met alleen de beperking dat het voorgelegd bouwplan goedgekeurd wordt door de bevoegde overheid.

Het aanbod tot getuigenbewijs betreffende het feit dat T. «wel degelijk wist, en dit reeds vóór de ondertekening van het verkoopcompromis van 26 februari 1974, dat conculant appellant C. een bouwvergunning had verkregen die aan de koper T. werd overgelegd, waarvan hij kennis nam en waarvan de inhoud hem voldoening schonk», is ter zake niet dienend. Zelfs indien dat feit bewezen ware, is daardoor het bewijs niet geleverd dat het perceel op 26 februari 1974 de hoedanigheid van bouwgrond had.

Uit de door de partijen aan het hof overgelegde stavingsstukken volgt niet dat het geïntimeerde T. toegelaten was en is, enig ander bouwwerk op te trekken dan datgene bedoeld in de beslissing van de Bestendige Deputatie van Oost-Vlaanderen.

In acht genomen het feit, enerzijds, dat in de «voorlopige overeenkomst van verkoop» vermeld werd «een perceel bosgrond» in plaats van een «perceel bouwgrond», anderzijds, dat in dezelfde onderhandse akte geen melding werd gemaakt van hetgeen volgens artikel 44, § 5, van de Stedebouwwet moest worden vermeld, ten slotte, dat niets erop wijst dat Renaat T. de aankoop op het oog had van een perceel grond ten aanzien waarvan slechts «een bouwvergunning (werd) verleend volgens ingediend plan», is de dwaling van deze laatste omtrent de substantiële hoedanigheid van het gekochte goed op afdoende wijze bewezen.

Dat de dwaling van de koper verschoonbaar is volgt o.m. uit de omstandigheid, enerzijds, dat de door verkoper gemaakte publiciteit «bouwgrond» betrof, anderzijds, dat

niet voldaan werd aan de verplichting van voormeld art. 44, § 5, van de Stedebouwwet. Het is duidelijk dat Renaat T., zo de door gezegd artikel voorgeschreven vermelding in de akte was opgenomen, op klare en duidelijke wijze voorgelegd zou zijn over de werkelijke aard van het perceel grond en niet in dwaling zou zijn gebracht door het enkel feit van de gevoerde publiciteit en de hem mogelijk overgelegde stukken, uitgaande van de Bestendige Deputatie van Oost-Vlaanderen.

b. Ten gevolge van de vernietiging van de koopovereenkomst is appellant C. gehouden tot terugbetaling van het door hem ontvangen voorschot van 100.000 fr.

c. Renaat T. heeft zijn schadeëis, voor de eerste rechter begroot op 70.000 fr. uitgebreid tot 140.000 fr., d.i. 10 % van het totale bedrag dat hij sinds het ondertekenen van het verkoopcompromis niet heeft kunnen aanwenden voor andere beleggingen.

Ten deze moet opgemerkt worden dat Renaat T. niet het minste bewijs voorbrengt van zijn bewering dat hij «vijf jaar geleden ook over een som geld (beschikte) om de totale koopsom te betalen, en over voldoende geld om de bouw van een huis te laten beginnen», en dat hij de vaste bedoeling had op het aangekocht perceel een huis te laten optrekken; evenmin bewijst hij dat het door hem bedoelde geld «gedurende vijf jaar inactief (is) moeten blijven, in afwachting van de uitspraak in een proces dat geïntimeerde niet heeft gewild en waarvan hij de afloop niet met zekerheid kon kennen».

Wel is het zo, dat aan Renaat T. door de fout van appellant (bestaande in de gebrekkige voorlichting van geïntimeerde over de precieze hoedanigheid van het verkochte perceel) de kans ontnomen werd beleggingen te doen zonder rekening te moeten houden met de mogelijkheid uiteindelijk toch de volledige koopsom te moeten betalen. Het verlies van die kans betekent een schade die, bij gebreke van precieze gegevens, bepaald wordt ex aequo et bono op 25.000 fr.

3. Appellant C. stelt, dat het de notaris «toekwam ervoor te zorgen dat de rechtsgeldigheid van deze voorlopige overeenkomst nooit zou kunnen worden betwist».

De notaris, die op verzoek van C. op actieve wijze is opgetreden bij het tot stand brengen van de tussen Renaat T. en C. gesloten koop-verkoopovereenkomst, behoorde deze beide partijen op precieze wijze voor te lichten over de inhoud van de overeenkomst, ook wat het voorwerp ervan betreft, en te zorgen dat voldaan werd aan de in dat verband door de Stedebouwwet gestelde verplichtingen.

Nu hij dit niet gedaan heeft en door zijn verzuim ertoe heeft bijgedragen dat Renaat T. in dwaling werd gebracht nopens de hoedanigheid van het verkochte perceel, dient hij in te staan voor de schade die zijn opdrachtgever, C. oploopt ten gevolge van het nietig verklaren van de koopovereenkomst. Die schade betreft niet alleen de schadebedragen en kosten die appellant verschuldigd is aan Renaat T., maar ook de eigen schade die C. ten gevolge van de fout van de notaris oploopt en waarvan het bestaan ter zake niet kan worden ontkend.

Derhalve moet notaris De L. veroordeeld worden, enerzijds tot vrijwaring van appellant C., anderzijds, tot betaling van een provisionele schadevergoeding van 1 fr.

VREDEGERECHT TE BRUGGE

3e KANTON — 12 JANUARI 1979

Vrederechter : de h. De Ketelaere

Advocaten : mrs. J.M. D'Hondt en Nolf loco A. Claes

Echtscheiding — Op grond van bepaalde feiten — Alimentatie ten gunste van onschuldige ex-echtgenoot — Bevoegdheid — Indexering — Intertemporeel recht — Herziening in de vorm van indexering — Herziening : voorwaarden.

De vrederechter is bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot herziening van de uitkering op grond van art. 301 B.W.

Art. 4 van de W. 9 juli 1975 over de uitkering na echtscheiding maakt het mogelijk herziening van vóór het van kracht worden van de wet toegekende uitkeringen op grond van de nieuwe wet te vorderen, niet de toepassing van de wettelijke indexering.

Maar de vordering strekkend tot toekenning van gerechtelijke indexering volgens een eigen formule komt neer op een vordering tot herziening, die volgens art. 4 van de W. 9 juli 1975 mogelijk is.

Een dergelijke indexering-herziening kan slechts toegekend worden indien de voorwaarden van art. 301, § 3, B.W. vervuld zijn, nl. een zware en niet aan de eiser toe te schrijven verandering in zijn toestand.

Bij de herziening van het bedrag toegekend op grond van art. 301 B.W. houdt de rechter niet alleen rekening met de inkomsten maar ook met de mogelijkheden van de uitkeringsgerechtigde.

Van Massenhove bij Broeckaert

Eiseres, echtgescheiden van verweerder, verzoekt ons, met toepassing van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, zoals gewijzigd bij de wet van 9 juli 1975, «te zeggen voor recht dat het onderhoudsgeld», haar toegekend ten laste van verweerder ten belope van 2.500 fr. per maand bij beschikking van de heer voorzitter der Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge op 24 september 1969, en overgenomen in het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge op 14 mei 1971, de echtscheiding tussen partijen toelatend ten laste van verweerder, «geïndexeerd wordt met ingang van 1 mei 1978 (met als basis het indexcijfer van augustus 1969) naar de formule : elke stijging van de index met 5 punten geeft een evenredige automatische stijging van het onderhoudsgeld».

A. Ontvankelijkheid

Verweerder merkt desaangaande op dat dit verzoek, aldus gesteld, «principieel niet ontvankelijk is», aangezien, hoewel artikel 4 van de wet van 9 juli 1975 aan eiseres de mogelijkheid geeft een herziening van de haar voor de toepasselijkheid dezer wet toegekende uitkering te vorderen overeenkomstig § 3 van het nieuw artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek, voormeld artikel 4 enkel een verzoek tot indexering toelaat op uitkeringen, die vastgesteld zijn precies ten gevolge van deze herziening (J. Eeckhout, *J.T.*, 1975, 478).

Deze stelling is juist op voorwaarde dat eiseres de indexering van rechtswege zou vorderen (zie Rigaux, *Les*

Personnes, I, editie 1978, nr. 161), zoals bepaald in § 2 van het nieuw artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek.

Eiseres vordert evenwel niet de in artikel 301, § 2, bedoelde aanpassing van rechtswege, doch in feite een verhoging van haar onderhoudsuitkering, al begroot zij deze verhoging in de vorm van een eigen indexeringsformule, met toepassing waarvan het bedrag van 2.500 fr. zou worden gebracht in datum van 1 mei 1978 op 4.692 fr., zoals door verweerder in zijn conclusie berekend.

In zoverre de vordering dus strekt tot een verhoging van de onderhoudsuitkering is deze ontvankelijk.

B. Ten gronde

Het verzoek van eiseres is enkel vatbaar voor inwilliging indien de uitkering, ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van haar wil, in ruime mate ontoereikend is geworden (artikel 301, § 3, lid 1).

Eiseres beweert dat zij thans als enig inkomen heeft de opbrengst van haar seizoenarbeid in een pensionbedrijf (belastbaar bedrag in het seizoen 1977 : 40.048 fr.) en van haar geringe werkzaamheid als werkvrouw of hulphuishoudster buiten de seizoenmaanden.

Eiseres beweert evenwel niet, en a fortiori bewijst niet, dat haar toestand desaangaande gewijzigd is sinds de vaststelling van de onderhoudsuitkering op 2.500 fr.

Het lijkt ons derhalve overbodig te onderzoeken of eiseres meer inkomsten dan zij beweert zou hebben, zoals verweerder staande houdt — des te meer daar al was dit nog zo, het niet uitgemaakt is dat de beweerd geringe omvang van haar inkomsten te wijten zou zijn aan «omstandigheden onafhankelijk van haar wil» : indien zij als werkvrouw enkel 2 uur per dag (en dan nog niet elke dag) bedrijvig zou zijn, zoals zij beweert, houdt dit meteen in dat zij, indien zij wil, meer werkuren kan presteren, nu het algemeen bekend is dat de aanvraag naar werkvrouwen en hulphuishoudsters te Knokke-Heist groter is dan het aanbod.

De enige reden, waarom het uitkeringsbedrag van 2.500 fr. ontoereikend geworden zou zijn kan alleen zijn : de waardevermindering van het geld sinds 1969 — hetgeen uiteraard onafhankelijk is van de wil van iedereen.

Deze waardevermindering, die haar uitdrukking vindt in de stijging van de levensduurte, heeft inderdaad tot gevolg dat een bedrag van 2.500 fr. in 1978 heel wat minder tegenwoordigt dan in 1969.

Doch zolang eiseres bekwaam is tot arbeid — hetgeen ter zake vaststaat of sociale voordelen geniet, wordt deze stijging van de levensduurte, in ons sociaal regime, opgevangen door de eraan aangepaste stijging van de lonen (uurprijs werkvrouw in 1969 : 50 à 70 frank ; thans te Knokke-Heist : 110 à 150 fr.) en van de sociale voorzieningen.

Bovendien moeten wij rekening houden met de gewijzigde toestand van verweerder, die, ten gevolge van een arbeidsongeval op 6 november 1975, praktisch volledig arbeidsongeschikt is geworden en dientengevolge een invaliditeitsuitkering geniet van maandelijks 14.000 à 14.500 fr., zijnde zijn enig inkomen.

Dit inkomen zal rederlijkerwijze minder zijn dan ten tijde van de vaststelling van de onderhoudsuitkering op 2.500 fr. per maand, toen hij werkte als timmerman.

Het lijkt ons derhalve dat het verzoek van eiseres volkomen ongegrond is, zoals verweerder in hoofddeel concludeert.

(...)

WETGEVING

DE NIEUWE KONINKLIJKE BESLUITEN
BETREFFENDE TABAK

1. In het Belgisch Staatsblad van 14 maart 1980 verschenen twee koninklijke besluiten, getroffen op basis van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de verbruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten¹.

Het eerste besluit, van 28 december 1979, betreft «het fabriceren en het in de handel brengen van tabak, producten op basis van tabak en soortgelijke producten». Dit besluit treedt in werking op 1 april 1981 (art. 9). Op die datum zullen het K.B. 15 juni 1971 en de wet van 3 april 1975 niet langer van toepassing zijn (art. 8). Het K.B. van 15 juni 1971 bevatte een verbod van bepaalde schadelijke bestanddelen in tabakwaren. De wet van 3 april 1975 «tot bescherming tegen de gevaren van het roken van sigaretten» volgde de verplichting op elk pakje sigaretten in de drie landstalen en in een lettertype minimum corpus 8 te vermelden: «Sigaretten roken kan uw gezondheid schaden». Bij de vraag of een K.B. een wet kan opheffen kan i.c. op het volgende gewezen worden: de bevoegdheid deze verplichting (art. 3, § 1, 1^o: verplichte vermelding van «tabak schaadt de gezondheid») voor te schrijven ontleent de Koning ongetwijfeld aan de wet van 24 januari 1977 (m.n. art. 6, § 1, a) jo. art. 2, eerste en vooral tweede lid: «in het belang van de volksgezondheid (...) de aanwijzingen te reglementeren die nuttig zijn voor de informatie»).

Het K.B. van 5 maart 1980 treedt op 1 oktober 1980 (1 bis) in werking (art. 6). Het bevat nieuwe verbodsmaatregelen inzake reclame voor tabaksprodukten. Het heft niets op.

2. Het precieze toepassingsgebied van beide besluiten («tabak, producten op basis van tabak en soortgelijke producten») vindt men in art. 1 K.B. 28 december 1979. De reglementering betreft de grondstof (tabak in blad, de half-verwerkte tabak), de eindprodukten («produkten op basis van tabak», m.n. sigaretten, sigaren, sigarillo's, rook-, pruim- en snuiftabak), de tabaksurrogaten en de hulpprodukten (sigarettenpapier en papieren hulzen, filters en mondstukken). De eindprodukten worden in het besluit «produkten op basis van tabak» genoemd. De tabaksurrogaten² en hulponderdelen vormen samen de categorie der «soortgelijke produkten». Sommige bepalingen betreffen al

deze categorieën, andere één of meer. Hieronder zullen ter aanduiding van alle categorieën de termen *tabak* en *tabak-artikelen* worden gebruikt.

I. Het K.B. van 28 december 1979

3. Dit K.B. bevat twee delen: bepalingen inzake *samenstelling* van tabakartikelen en bepalingen inzake de *commercialisatie* ervan.

Ter zake van de samenstelling bevat art. 2, § 1, 1^o, het verbod tabakartikelen te fabriceren of in de handel te brengen die andere zelfstandigheden bevatten dan die welke voor ieder produkt afzonderlijk in de bijlage van het besluit zijn toegelaten. Wie de lange lijst van in sigaren, sigaretten, sigarillo's en rooktabak toegelaten zelfstandigheden overloopt zal vrij snel zijn eventueel aanvankelijk enthousiasme over de invoering van een *positieve* lijst (cf. het oude K.B. van 15 juni 1971 dat een *negatieve* lijst, m.a.w. een lijst van verboden ingrediënten bevat) verliezen. Een oordeel over de evenwichtigheid van die lijst en de gezondheidswaarde van de respectieve stoffen dient uiteraard aan specialisten ter zake overgelaten te worden. Aan de lijsten kunnen in elk geval maar bestanddelen worden toegevoegd na een in art. 5 beschreven procedure (waaronder het advies van de Hoge Gezondheidsraad).

De bepalingen inzake commercialisatie betreffen de *informatie* van de consument (art. 3) en het verbod van distributie via automaten (art. 4).

Informatie

4. Alle produkten op basis van tabak moeten de vermelding «tabak schaadt de gezondheid - le tabac nuit le santé — Tabak schädigt die Gesundheit» en de fabricagedatum, al dan niet in code, of het lotnummer³ bevatten. Voor sigaretten dient bovendien het gehalte aan teer en nicotine (in mg en tienden van een mg) per sigaret vermeld te worden⁴. Voor sigaren volstaat de vermelding «De rook bevat teer, nicotine en koolmonoxide» (in de drie talen) (ook de passieve rokers zijn dus gewaarschuwd). Bij pruimen en snuiftabak volstaat de vermelding «bevat nicotine» (in drie talen). Tabaksurrogaten dienen benevens de voor sigaretten verplichte vermeldingen de benaming «tabaksurrogaat» te dragen (in de drie talen: zie art. 3, § 2, 3^o). Bovendien moeten ze de naam en het adres van de fabrikant, de verpakker, invoerder of een in België gevestigde verkoper bevatten. Hulponderdelen zijn aan dezelfde vermelding

³ Dus geen verplichte informatie van de *consument* over de versheid van de produkten.

⁴ Deze aanduiding dient volgens een formule te gebeuren waarin de vermelding «koolmonoxide» (zonder hoeveelheidseenheid) voorkomt. Wellicht zal een erratum in deze curieuze formule wat klaarheid brengen.

¹ Staatsbl., 8 april 1977; zie voor de tekst van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten: W. VAN GERVEN e.a., *Wetboek Economisch en Financieel Recht*, Gent (losbladig), hoofdafdeling V; voor een ontleding en een geschiedenis van deze wetgeving zie de bijdragen van W. LAMBRECHTS en R. VAN DEN BERGH in *Levensmiddelenrecht*, Brussel, 1979, p. 147 e.v. en 197 e.v.

^{1bis} Behalve art. 2,40 (verbod van reclame door aanplakking of borden) dat pas op 1 januari 1982 in werking treedt.

² «De produkten gefabriceerd met minder dan 75% tabak, zoals omschreven in de 2^o of 3^o (= tabak in blad of geregenereerde tabak, J.S.), waaraan de in bijlage opgesomde zelfstandigheden mogen zijn toegevoegd, en die voor dezelfde doeleinden als produkten op basis van tabak en in plaats ervan kunnen worden gebruikt, met uitzondering van kauwgom».

dingsplichten onderworpen (in de plaats van «tabaksurrogaat» komt echter de verkoopbenaming van het produkt).

De vermeldingen moeten niet, zoals de enkele lezing van § 1 van art. 3 zou doen vermoeden, op de sigaretten, sigarillo's, enz. zelf vermeld worden, maar wel op de «verpakkingen, recipiënten of etiketten of op de fiscale bandjes in duidelijk zichtbare, goed leesbare⁵ en onuitwisbare lettertekens van ten minste corpus⁶. De vermeldingen van «tabak schaadt de gezondheid» en teer- en nicotinegehalte van sigaretten mogen niet bedekt of gescheiden zijn door andere aanduidingen of afbeeldingen.

Verbod van automatische verdeling

5. «Het is verboden produkten op basis van tabak en tabaksurrogaten te bedelen⁷ langs automatische distributie-apparaten». Deze bepaling is niet van toepassing op de automatische distributie-apparaten die geplaatst zijn in voor de gebruiker toegankelijke lokalen waar deze produkten tegelijk op de gewone wijze in de handel worden gebracht» (art. 4).

De laatste zinsnede in het tweede lid is grammaticaal niet conform met de Franse tekst. Deze luidt : «(locaux) où ces produits sont mis dans le commerce simultanément de manière traditionnelle» (cursivering toegevoegd). Bedoeld wordt kennelijk de distributie van tabakwaren via automaten alleen dan toe te laten wanneer deze produkten in hetzelfde lokaal terzelfder tijd via bediening of zelfbediening (anders dan door middel van automaten) verkrijgbaar zijn. Onzeker blijft nochtans of «tegelijk» en «simultanément» strikt chronologisch dienen te worden opgevat. Aangezien het artikel de toelating echter beperkt tot «in (de) lokalen» geplaatste automaten, lijkt het vrij moeilijk hierop te steunen om bijvoorbeeld buiten de (wettelijke) winkelopeningsuren sigaretten ter beschikking te stellen in automaten aangebracht aan de buitenkant van de gebouwen van verkooppunten.

6. Het artikel roept echter nog een paar andere bedenkingen op.

Andermaal wordt het begrip «lokaal toegankelijk voor het publiek» gehanteerd. In de wetgeving op de leurhandel (K.B. nr. 82 van 28 november 1939 en uitvoeringsbesluiten⁸, komt het begrip «plaats toegankelijk voor het publiek» voor. Als leurhandel wordt nl. beschouwd (en aan een vergunningsplicht onderworpen) de verkoop of de verkoopaanbieding (van produkten) 1^o van deur tot deur, 2^o op de openbare weg en 3^o op openbare markten, met inbegrip (voor wat de twee laatste categorieën betreft) van alle «plaatsen toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd om gebruikt te worden voor de verkoop of voor verkoopaanbiedingen (art. 2 K.B. nr. 82). Een juiste interpretatie van het begrip is vooral van belang sinds art. 53 («reizende verkoop») van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken (hierna : WHP) elke

vorm van verkoop buiten de normale bedrijfsruimten van de verkoper of lokalen gebruikt voor een handelsbeurs verbiedt tenzij er sprake is van toegelaten leurhandel. Sinds de nietigverklaring door de Raad van State van art. 1 van het in uitvoering van art. 53 getroffen K.B. 22 april 1974⁹ staat in elk geval vast dat vormen van verkoop op voor het publiek toegankelijke plaatsen zowel een vorm van leurhandel als van reizende verkoop kunnen zijn. Is de plaats (het lokaal) specifiek bestemd voor de tekoopaanbieding (bv. «rack jobbing»), dan is er sprake van reizende verkoop (en geldt een absoluut verbod). Is de plaats niet specifiek bestemd voor de tekoopaanbieding, dan is er leurhandel (en geldt een verbod behoudens vergunning). Betwist blijft echter wat onder «specifiek bestemd voor de tekoopaanbieding» moet worden verstaan: door de verkoper met het oog op de kwestieuze verkoopaktie zelf specifiek voor de verkoop bestemd of enkel de permanent (althans gedurende langere tijd) voor de verkoop bestemde lokalen?¹⁰

In het besproken K.B. komt enkel het begrip «(lokaal) toegankelijk voor het publiek» voor. Ook dit begrip blijft voor de toepassing van de leurhandelwet versus art. 53 WHP controversieel : zijn enkel die lokalen die in het algemeen voor het publiek toegankelijk zijn als zodanig te beschouwen of ook die welke door de verkoper voor de gelegenheid toegankelijk zijn gemaakt?¹¹. Deze controverse lijkt voor de toepassing van art. 4, tweede lid, van het K.B. 28 december 1979 van geen belang te zijn daar men zich toch moeilijk distributie d.m.v. automaten in occasioneel voor het publiek toegankelijke lokalen kan voorstellen waar terzelfder tijd op de «gewone» wijze tabak, verkrijgbaar is.

7. Wel kan de controverse die besloten ligt in de interpretatie van «specifiek bestemd zijn voor de tekoopaanbieding» bij de aanwending van het K.B. opduiken. Dit houdt verband met de (beperkte) mogelijkheid een leurvergunning (of kaart van ambulante handelaar) te krijgen voor «rokersartikelen». Uit art. 7, 9^o, K.B. nr. 82 (leurhandelsbesluit), ingelast bij K.B. van 30 november 1962, blijkt dat de verkoop via automaten (in het algemeen) niet onderworpen is aan de reglementering van de leurhandel. Daar art. 53 in zijn bewoordingen «onverminderd de toepassing van de reglementering inzake ambulante handel» niet mag worden geacht datgene te verbieden wat het K.B. nr. 82 expliciet toelaat (m.n. van elke formaliteit vrijstelt), lijkt de verkoop via automaten in het algemeen aan geen enkele beperkende maatregel onderworpen te zijn. Alleen de automatische distributie van tabakwaren wordt nu verboden voor zover hij niet gebeurt op verkooppunten waar deze produkten tevens (op het zelfde moment ?) via (zelf)bediening verkrijgbaar zijn. De leurhandel van deur tot deur in rokersartikelen (idem als het toepassingsgebied van het K.B. van 28 december 1979 ?) daarentegen is verboden (zie

⁹ Arrest van 30 maart 1978, nr. 18848, R.W., 1977-78, 2455, noot STUYCK.

¹⁰ Zie W. VAN GERVEN, *Leerboek Handels- en Economisch Recht*, II, p. 306.

¹¹ DE VROEDE, T.P.R., 1976, p. 697, houdt het vanuit de bestudering van art. 53 WHP bij de eerste interpretatie. De (strafrecht)spraak (van vóór de WHP) i.v.m. overtredingen van de leurhandelwet gaat duidelijk in de andere richting (zie referenties in mijn *Agressieve Verkoopmethoden*, Leuven, 1975, p. 396).

⁵ Zie de volgende voetnoot.

⁶ Corpus 8 is het bepaald niet grote lettertype waarin momenteel de formule «Sigaretten roken kan uw gezondheid schaden» dient te worden vermeld.

⁷ Uit de Franse tekst blijkt duidelijk dat bedelen en niet bedelen wordt bedoeld.

⁸ Zie W. VAN GERVEN e.a., *Wetboek Economisch en Financieel Recht*, sub. V a d II.

art. 2, 7^o, K.B. 16 oktober 1951, *Staatsblad*, 2-4 november 1951)¹², niet echter de verkoop op openbare markten enz. (inclusief de verkoop op plaatsen toegankelijk voor het publiek). In deze wettelijke context nu rijst de vraag of de uitzondering van art. 4, lid 2, K.B. 28 december 1979 (p.m.: de uitzonderlijke toelating van de automatische verdeling van tabakwaren) de situatie omvat waar in een (permanent) voor het publiek toegankelijk lokaal (om welke reden ook: bv. een sportmanifestatie) terzelfder tijd tabakwaren worden gecolporteerd (door een houder van een kaart van ambulante handelaar op de openbare weg en aanverwante plaatsen) en via automaten ter beschikking worden gesteld. De vaagheid van de termen «op de gewone wijze» c.q. «de manière traditionnelle» en het penaal karakter van deze wetgeving maken een dergelijke ruime interpretatie legitimeerbaar.

Al bij al is de draagwijdte van de bepaling over de (in principe verboden) distributie via automaten niet groot. Sigarettenautomaten komen nu reeds in ons land niet of nauwelijks voor¹³. Het colporteren met sigaretten is al evenmin sterk verspreid.

II. Het K.B. 5 maart 1980 (reclame)

8. In dit besluit worden regels gesteld i.v.m. reclame voor «tabak, produkten op basis van tabak en soortgelijke produkten», zoals gedefinieerd in het K.B. 28 december 1979 (art. 1, 1^o, K.B. 5 maart 1980).

Art. 1, 2^o, geeft de volgende definitie van reclame: «elke mededeling die wordt verspreid met de rechtstreekse of onrechtstreekse bedoeling de verkoop te bevorderen, ongeacht de plaats of het gebruikte communicatiemedium.» Verheugend aan deze definitie is het feit dat ze identiek is aan die van art. 19 WHP althans in de versie van het voorontwerp van wet tot wijziging van de WHP¹⁴. Voor een interpretatie van deze definitie consultere men bijgevolg de jurisprudentie en doctrine ter zake van art. 19 WHP¹⁵.

9. Artikel 2, 1^o-7^o en 9^o, verbiedt voor tabakartikelen reclame via de volgende media en *reclamedragers*: 1^o) radio of T.V.; 2^o) luchtvaartuigen of vaartuigen; 3^o) films en andere projecties op voor het publiek toegankelijke plaatsen; 4^o) aanplakking op borden en lichtreclame, be-

halve in de plaatsen waar deze produkten «langs de normale weg» («par la voie normale» en niet «traditionnelle»)¹⁶ in de handel worden gebracht; 5^o) afzonderlijke reclamefolders en zelfklevers (uitgedeeld of ten huize afgeleverd); 6^o) de mondelinge aanprijzing; 7^o) tijdschriften voor kinderen; 8^o) gebruiksvoorwerpen. Art. 2, 9^o, luidt: «Voor tabak... is het verboden reclame te voeren (...) 9^o) door het gebruiken van de merknaam of het merkteken van tabak, van produkten op basis van tabak of van soortgelijke produkten of door het gebruiken van enige andere figuren of vermelding die ermee in verband kan gebruikt worden op andere gebruiksvoorwerpen dan die welke rechtstreeks met het tabakverbruik te maken hebben».

M.b.t. het verbod bedoeld onder 1^o dient te worden opgemerkt dat etherreclame op de Belgische zenders reeds verboden is krachtens de omroepwet en dat ons vanuit het buitenland, ingevolge maatregelen getroffen door de Nederlandse en Franse etherreclameautoriteiten (Ster¹⁷, R.F.P.¹⁸) c.q. de Duitse wetgever¹⁹ momenteel geen reclameboodschappen voor tabak meer bereiken. Mocht het algemeen reclameverbod op onze zenders worden afgeschaft dan blijft echter ingevolge de besproken bepaling reclame voor tabakartikelen op radio en TV verboden.

Van het voeren van luchtreclame, bioscoopreclame en het plaatsen van overdreven grote (meer dan 20 m²) reclameborden hadden de leden van Fedetab (grosso modo de Belgische merken) zich reeds in het hierboven geciteerde reglement van 1971 vrijwillig onthouden.

10. Aangezien elk consumptiegoed *reclamedrager* kan zijn, is het verbod in art. 2, 9^o (het 8^o hierboven) begrijpelijk. Op rookgerief zelf zullen de merknaam enz. (uiteraard) nog mogen voorkomen, evenals op alle voorwerpen die rechtstreeks met tabakverbruik te maken hebben. Deze categorie lijkt ruimer dan die van «hulponderdelen» in art. 1 K.B. 28 december 1979 (filters, mondstukken, sigarettenpapier en papieren hulzen) en omvat ongetwijfeld ook asbakken, etuis, enz...

Bedoeld verbod roept dadelijk enkele bedenkingen op. In de eerste plaats zullen de voorwerpen bedoeld in art. 37, cijfer 5, WHP (voorwerpen met onuitwisbaar reclameopschrift die, indien hun waarde niet meer dan 5% van de verkoopprijs van het hoofdprodukt bedragen, als gratis toegiften mogen worden aangeboden, behalve indien het asbakken en dergelijke betreft, geen reclameopschriften mogen bevatten die «in verband worden gebracht met (tabakartikelen)». In de tweede plaats zal men zich kunnen afvragen in hoeverre fabrikanten van niet-tabakartikelen door de gelijknamigheid van hun merk met dat van tabakartikelen niet onbillijk zouden kunnen worden getroffen door het verbod. Dit gevaar lijkt evenwel vrij theoretisch

¹² Behalve voor de personen bedoeld in de artt. 5 en 12 van het besluit (overgangsmaatregelen).

¹³ Zie overigens art. 3 van de in 1971 door FEDETAB (Belgisch-Luxemburgse Federatie der Tabakverwerkende Industrieën), in akkoord met de minister van Volksgezondheid vastgestelde «reclamebeperkingen voor België» (*Orgaan van Fedetab*, januari 1972, p. 2): «(De leden van FEDETAB zullen) de exploitatie van distributieautomaten voor sigaretten niet bevorderen en de cliënt die in deze belang stelt, onderzoeken om het bestaand aantal automaten niet te verhogen.»

¹⁴ Een korte bespreking van het voorontwerp vindt men bij SWENNEN en VEROUGSTRAETE, *S.E.W.*, 1977, 699 e.v. Het huidige artikel 20 spreekt van «elke informatie» i.p.v. *mededeling*. Het voorontwerp komt door deze lichte wijziging gedeeltelijk tegemoet aan mijn kritiek (*T.P.R.*, 1976, 580, nr. 6). Nog ruimer en correcter is de definitie in het voorstel van richtlijn van de EEG inzake misleidende en oneerlijke reclame (*Pb.* c 70/4, 21 maart 1978 en wijz. *Pb.* C 194/3, 1 augustus 1979). De daar gebruikte term «uiting» brengt beter tot uiting dat ook louter suggestieve reclame bedoeld is.

¹⁵ Zie o.m. VAN INNIS en J.J. EVRARD, *J.T.*, 1979, p. 19; G.L. BALLON, *B.R.H.*, 1978, 262-279.

¹⁶ Cf. art. 4, tweede lid, K.B. 28 december 1979; zie hierover nrs. 5 en 7 in fine.

¹⁷ Zie R. OVEREEM, *Ontoelaatbare reclame*, Zwolle, 1977, p. 133.

¹⁸ Art. 20 Règlement de la Régie Française de la Publicité. Zie: P. GREFFE en F. GREFFE, *La publicité et la loi*, 3e ed., Parijs, 1977, p. 328.

¹⁹ Gesetz zur Gesamtreform des Lebensmittelrechts, *BGBI.*, I/74, § 22, 2 (tekst bij B. RÖPER, «Werbung für Markenartikel» in O. BLUME, G. MÜLLER en B. RÖPER, *Werbung für Markenartikel — Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise*, Göttingen, 1976, p. 486-487).

omdat een dergelijke ruime toepassing van het artikel onverenigbaar is met de bedoeling van de wet. Omgekeerd bestaat wel het reëel gevaar dat sigarettenfabrikanten ook andere produkten lanceren (zoals kauwgom — dat overigens expliciet uit het toepassingsgebied van de reglementering is gesloten, art. 1, 7°, in fine, K.B. 28 december 1979 — en andere brancheverwante produkten) met dezelfde merknaam, om aldus hun merknaam toch te kunnen aanwenden op allerlei gebruiksvoorwerpen. Mocht een dergelijke handelwijze toch nog als in strijd met art. 2, 9°, worden beschouwd — en dit zou m.i. terecht zijn, want een dergelijke reclame zou effectief (door het publiek) in verband worden gebracht met de tabakartikelen van de merkhouder —, dan blijft het probleem hoe de vermelding moet worden beoordeeld van een merknaam door een fabrikant die op het moment van het verschijnen van deze besluiten een identiek merk bezat voor tabak en bv. kauwgom. Ook kan men de vraag stellen in welke omstandigheden de vermelding van de merknaam, die de facto vooral associaties oproept met tabak, maar waaraan bv. de vermelding «kauwgom» (waarvoor het merk veel minder bekend is) is toegevoegd, in strijd is met het voorschrift.

Men zal dus opmerken dat de tabakreclame grotendeels «verbannen» wordt naar de tijdschriften (voor volwassenen).

11. Art. 2, 8°, en art. 3, 5°, verbieden bepaalde vormen van *waardereclame*. Benevens het voor alle produkten geldende verbod van gezamenlijke aanbiedingen (art. 35 e.v. WHP) geldt voor tabakartikelen nu ook een verbod gratis monsters uit te delen en prijsvragen, wedstrijden of tombola's te organiseren²⁰. Op te merken is wel dat het verbod prijsvragen e.d. te organiseren enkel «in de reclame» voor tabakartikelen geldt, m.a.w. tabakartikelen kunnen wel zelf als prijzen worden aangewend bij prijsvragen e.d., tenzij in die gevallen waar ze als (verkapte) «gratis» monsters dienen te worden beschouwd en voor zover de operatie daardoor niet in strijd komt met andere dwingende wetsbepalingen, i.c. art. 37, cijfer 8, WHP.

12. Art. 3, 1°-4°, verbiedt een aantal *argumenten* in de reclame voor tabakartikelen: 1°) het gebruik maken van de afbeelding van in leven zijnde personen met algemene bekendheid; 2°) het gebruik maken van verklaringen of teksten betreffende een andere persoon dan de uitvinder van het procédé van fabricage van het desbetreffende produkt (Eddy Merckx en R6); 3°) het opnemen van uittreksels uit wetenschappelijke teksten; 4°) het gebruik maken van teksten die betrekking hebben op de hygiëne of de gezondheid. Dit laatste is beperkter dan art. 8 uit het oude ATAB-reglement («afzien van ieder argument dat op de gezondheid betrekking heeft»). M.n. de nu verplichte vermelding van het (eventuele lage nicotine- en teergehalte) is toegelaten. Of de toevoeging van «slechts x keer of nicotine» of iets dergelijks een «tekst» is in de zin van art. 3, 5°, is zeer twijfelachtig. Erg duidelijk is de bepaling zeker niet.

13. Art. 3, 6°, houdt een *volumebeperking* inzake reclame in periodieken in: meer dan een halve bladzijde in

kranten of meer dan één bladzijde in tijdschriften per merk is verboden. Door ongeveer alle andere dan de tijdschriftenreclame te verbieden vreesde men kennelijk een overspoeling van tijdschriften met sigarettenreclame.

Men zal opmerken dat deze bepaling aanleiding kan geven tot artificiële, of i.c. even weinig gewenste reële produktdifferentiatie d.m.v. merken²¹. Hoe meer merken een fabrikant bezit, hoe meer reclame hij mag voeren.

Art. 4 legt de krachtens het K.B. van 28 december 1979 reeds voor de verpakkingen geldende *waarschuwingsplicht* ook in de reclame op. Elke reclame voor sigaretten, sigaren, sigarillo's en rooktabak vermeldt, in de taal waarin de reclame wordt gevoerd: «Tabak schaadt de gezondheid». De vermelding wordt aangebracht in duidelijk zichtbare, zwarte lettertekens van ten minste corpus 8 op een witte grond. Zij mag niet verborgen, bedekt of onderbroken zijn door een andere vermelding of door een afbeelding. § 3 van het artikel bepaalt dat dit artikel niet van toepassing is op lichtreclames en sportuitrustingen. Dit vraagt wel enige toelichting. De lichtreclames voor tabak zijn immers principieel verboden. De vrijstelling kan dus enkel betrekking hebben op de lichtreclames in tabakwinkels en dergelijke (zie art. 2, 5°). Anderzijds wekt art. 4, § 3, de indruk dat sportuitrustingen reclame voor tabak mogen bevatten. Op sportuitrustingen die als «gebruiksvoorwerpen» of «borden» dienen te worden beschouwd mag echter krachtens art. 2, 9°, respectievelijk 2, 4°, geen tabakreclame voorkomen.

II. Globale beoordeling

14. Met deze besluiten treedt België in de groeiende rij landen waar t.a.v. reclame voor en promotie van tabak beperkende maatregelen worden getroffen. Ook de voortaan tevens bij reclame geldende waarschuwingsplicht ligt in de lijn van wat elders reeds bestaat: cf. «H.M. Government Health Department's Warning: Cigarettes can seriously damage your health», c.q. «Warning: The Surgeon General has determined that cigarette smoking is dangerous to your health». Ook de bekendmaking van teer- en nicotinegehalte is in de V.S. reeds algemeen verspreid.

²¹ Een dergelijke produktdifferentiatie kan «horizontaal» zijn (het nieuwe merk staat in concurrentie met het basismerk, maar vermog het totale marktaandeel van de fabrikant eventueel en in de Belgische context het toegelaten reclamevolume alleszins, te verhogen) maar kan ook door toedoen van de reclame «verticaal» worden: de markt wordt opgedeeld in produktklassen, volgens objectief (bv. extra lichte, ultra lichte, enz. sigaretten) of subjectief gebruiksnut (bv. damessigaret, stoere mannensigaret, luxesigaret, enz.). Laatstgenoemde produktdifferentiatie is zeer typerend voor elke sigarettenreclame: de afzet wordt nagestreefd in de creatie van een «produktpersoonlijkheid». Zie over horizontale en verticale produktdifferentiatie: G. FRIEDERICH, *Verkaufswerbung*, Berlijn, 1958, p. 70, geciteerd bij RÖPER, a.w., p. 262; over produktdifferentiatie in de sigarettenreclame: RÖPER, a.w., p. 472-483.

Het stimuleren, via de reclamevolumebeperking per merk, van de creatie van nieuwe merken zal deze toestand in principe niet verscherpen: i.p.v. vele types, komen er vele merken. Het produktdifferentiërend effect komt m.n. van de reclame, niet van de merkdifferentiatie. De reclamevolumebeperking kan echter wel leiden tot een discriminatie t.a.v. kleinere fabrikanten c.q. fabrikanten die (nog) niet veel merken bezitten. Merkcreatie kost immers veel geld (aan lanceerreclame).

²⁰ Cf. de wet van 5 maart 1965 op het «schriftelijk onderwijs» (*Staatsbl.*, 23 maart 1965), art. 26 dat elke vorm van waardereclame bij het aanpakken van schriftelijke cursussen (in de zin van de wet) verbiedt. Zie over deze wet mijn *Agressieve Verkoopmethoden*, p. 579-580.

Dichter bij ons is er de Franse wet van 9 juli 1976 (Lutte contre le tabagisme). De regeling vervat in beide Belgische K.B. vertoont veel gelijkenis met de Franse wetgeving (definitie van de produkten, verbod van reclame via radio, T.V., jeugdtijdschriften, luchtvaartuigen en vaartuigen, borden, publieke projectie, beperking van het volume van de tabakreclame in de pers, bekendmaking van de samenstelling).

Het belangrijkste verschil tussen de Belgische en de Franse regeling ligt in de beperking van de in de reclame (waar ze überhaupt toegelaten is: in beide landen de geschreven pers, in België ook nog gedeeltelijk via borden) toelaatbare argumenten: in België wordt een *negatieve* lijst gegeven (art. 3, 1^o-4^o: testimonials, wetenschappelijke teksten...). In Frankrijk daarentegen worden in de reclame voor tabakprodukten enkel de volgende elementen gedoogd: de naam en de samenstelling van het produkt, de naam en het adres van de fabrikant c.q. de verdeler en de grafische en fotografische voorstelling van het produkt, zijn verpakking en het merkteken. M.a.w. in Frankrijk moet niet alleen Eddy Merckx uit de reclame voor sigaretten verdwijnen maar ook de cow boy van Marlboro, de globe-trotter van Camel en de nooit eenzame Belga-meisjes.

Ten slotte zij nog verwezen naar Zweden waar de tabakfabrikanten zich sinds 1975 vrijwillig onthouden van reclame via bepaalde media (film, post, openbare plaatsen, jeugd- en sportbladen) of met behulp van beelden (tenzij van het rookgerief zelf)²². Deze vrijwillige onthoudingen gaan verder dan datgene waartoe hun Belgische collega's zich in 1971, na gesprekken met de minister onthouden hadden. De houding van de Zweedse fabrikanten was evenwel het gevolg van akkoorden met de Konsumentombudsman die bij uitblijven van een akkoord nog wel verbodacties zou hebben gevoerd zoals hij er in het verleden met succes (d.i. met goedkeuring door de marktrechtbank) gevoerd had tegen Marlboro en Kent²³. Een vergelijking tussen het eerder genoemd akkoord dat in 1971 tussen FEDE-TAB en de minister van Volksgezondheid werd gesloten en de twee nieuwe K.B.'s laat echter niet toe te besluiten tot het failliet van zelfbeperkingen als normering van het marktgedrag van de Belgische tabakfabrikanten. De K.B.'s zijn ongetwijfeld strenger, maar weerspiegelen dezelfde filosofie als het akkoord. Mogelijk zijn de K.B. te beschouwen als een soort algemeen verbindend verklaard akkoord tussen de overheid en de meest representatieve beroepsgroepering (ATAB). Een (zij het klein) deel van de tabakdistributie in België is in handen van niet-leden van ATAB. Ook zij zullen nu, anders dan onder het akkoord van 1971, in de pas moeten lopen.

15. Wat de legitimatie van de (bij ons) uitgevaardigde regeling betreft, kan worden opgemerkt dat, nu niemand meer overtuigd dient te worden van de schadelijkheid van het roken voor de gezondheid en anderzijds langzamerhand (cijfermatig) duidelijk wordt dat de gemeenschap via de ziekteverzekering grotendeels de door het roken veroorzaakte gezondheidskosten draagt, beperkende maatregelen inzake reclame voor tabak verder lijken te mogen

gaan dan wat vanuit strikte consumentenbescherming (tegen misleiding, agressieve aanbiedingen, enz.) vereist is. In dit debat kunnen de argumenten geput uit de vrijheid van handel en meningsuiting²⁴ nog weinig indruk maken.

Of het roken (afdoend) kan worden bestreden d.m.v. beperkingen op de reclame voor rookartikelen is een vraag die hier buiten beschouwing moge worden gelaten²⁵. Mogelijk is de belangrijkste functie van het uitvaardigen van beperkingen op tabakreclame nochtans van politieke aard. Wie dergelijke regels uitvaardigt, haalt er eer uit (zonder de rokers tegen het hoofd te stoten).

16. De strijd tegen het roken kan op verschillende manieren worden gevoerd: 1) rechtstreeks *beperkingen* op het roken zelf, beperkingen die in onze maatschappij zich niet kunnen (en m.i. niet mogen) uitstrekken tot de privé-sfeer; 2) informatie die erop gericht is de burgers tot niet (of minder) roken aan te zetten; 3) maatregelen die de beschikbaarheid van tabakwaren verminderen (cf. de hierboven besproken verboden op de verkoop via automaten of van deur tot deur); 4) het roken *duur(der)* maken door fiscale heffingen, door een liberaal prijsbeleid inzake maximumprijzen en/of door het opleggen van een minimumprijs.

Maatregelen van de eerste soort zijn ten onzent door de minister van Volksgezondheid nog in het vooruitzicht gesteld. De fiscale heffingen op tabak zijn, zoals bekend, reeds zeer aanzienlijk. Andere prijsverhogingen worden, maar dan eerder wegens de repercussie op het indexcijfer, slechts met mondjesmaat toegelaten. De (door het B.T.W.-wetboek, art. 58) opgelegde minimum consumentenprijs voor sigaretten daarentegen heeft de toets aan het Europees recht tot nu toe kunnen doorstaan²⁶. De anti-rook informatie kan worden gevoerd via zelf gegenereerde overheids-campagnes (of steun aan anti-tabak-groeperingen) of nog door aan fabrikanten de verplichting op te leggen bepaalde informatie (bij de verkoop of in de reclame) te verstrekken c.q. zich van (bepaalde) reclame(vormen) te onthouden.

Door de fabrikanten zelf te verstrekken negatieve informatie vindt men in het (onder II besproken) K.B. 28 december 1979: de verplichting het teer-, nicotine- en koolmonoxidegehalte op sigarettenpakjes te vermelden en de op elk tabakprodukt aan te brengen formule «tabak schaadt de gezondheid». Krachtens art. 4 K.B. 5 maart 1980 moet deze formule ook in elke reclame voorkomen. De eerstgenoemde informatieplicht is evenwel niet louter negatief bedoeld: de verplichting het gehalte aan schadelijke stoffen te vermelden zal, zo hoopt men, leiden tot de produktie van sigaretten met een lager gehalte aan dergelijke stoffen. Meteen kan deze maatregel een averechts effect hebben:

²⁴ Zie hierover o.m. J.M. DE MEIJ, «Reclame en vrijheid van meningsuiting», *N.J.B.*, 1977, 925 e.v., J.J.C. KABEL, «Reclameverbod», *N.J.B.*, 1979, 676 e.v., P.H. COASE, «Advertising and free speech», *Journ. Leg. Stud.*, 1978, 1 e.v.

²⁵ De ervaringen zijn anders alles behalve hoopvol: in Italië, de V.S. en Oosteuropese landen (landen met een reclameverbod resp. reclamebeperkingen en systeembedongen afwezigheid van reclame) is het sigarettenverbruik blijven stijgen (B. RÖPER, *Werbung für Markenartikel*, p. 485).

²⁶ Cass., 22 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 2615-2172 (GB-ATAB), gewezen na prejudiciële beslissing van M.v.J., 16 november 1977, *Jurispr.*, 1977, 2115 (zaak 13/77: «Geproduceerde tabaksfabrikaten»).

²² J. STUYCK, «Recente ontwikkelingen in het Zweedse consumentenrecht», *T.P.R.*, 1977, 420.

²³ Wegens met jeugd en sportiviteit associërende tabakreclame; zie mijn *Agressieve Verkoopmethoden*, p. 754-755.

een sigaret waarvan nicotine- en teergehalte aangegeven zijn kan rokers een valse geruststelling geven²⁷. In elk geval bestaat nu reeds een zeer sterke trend tot het lanceren van «extra lichte» sigaretten en tot de vrijwillige vermelding van teer- en nicotinegehalte. Verleden jaar nog, zo kon vernomen worden, werd een dergelijke vermelding door FEDETAB²⁸ in strijd geacht met art. 8 van de door haar (na ruggespraak met en het akkoord van de minister van Volksgezondheid in 1971 opgesteld) «reclamebesprekingen voor België»²⁹: de leden van Fedetab zien af «in hun reclame van ieder argument dat op de gezondheid betrekking heeft».

Op het stuk van de kwaliteit (althans geringe schadelijkheid) wordt de concurrentie nu dus aangemoedigd. Meteen wordt door de besproken maatregelen de markttransparantie verhoogd: een groot deel van de nu verplicht te verstrekken informatie zou nooit vrijwillig gegeven worden.

Prijsconcurrentie en concurrentie d.m.v. *waardereclame* (toegiften, prijsvragen, enz.) worden daarentegen negatief beoordeeld: art. 58 B.T.W.-wetboek³⁰ resp. art. 2, 8°, en art. 3, 5°, K.B. 5 maart 1980.

17. Tot slot kan worden opgemerkt dat behalve de positieve informatieverplichtingen de in de 2 K.B.'s vervatte regels weinig verandering brengen in de huidige toestand. De tabakfabrikanten zijn bepaald gespaard gebleven³¹ of hebben zichzelf gespaard. De regering daarentegen heeft een kans gemist, eventueel bij wijze van experiment, op een domein waar zulks het meest legitimeerbaar was, de suggestieve reclame³² aan banden te leggen. Het Franse parlement en de Zweedse Konsumentombudsman hebben deze stap wel gezet.

J. Stuyck

²⁷ Men zal in dit verband op zijn hoede zijn voor de situatie die kan ontstaan als bij goedkeuring van de Europese reclamerichtlijn, vergelijkende reclame op basis van objectieve gegevens toegelaten wordt (cf. W.J. SLAGTER, *T.V.V.S./Ondernemingsrecht*, 1978, 219).

²⁸ Zie *Financieel Economische Tijd*, 22 februari 1979.

²⁹ Zie het *Orgaan van Fedetab*, januari 1972, p. 2 e.v.

³⁰ Zij het dat deze maatregel louter ter bescherming van de gespecialiseerde handel werd uitgevaardigd en niet als maatregel ter bestrijding van het roken (zie de wordingsgeschiedenis van art. 58 in het arrest van het Hof van Justitie, 16 november 1977, *t.a.p.*, p. 2120-2121).

³¹ Zie nr. 14, in fine.

³² Zie hierover de zeer grondige studie van C. BAUDENBACHER, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht*, Zürich 1978.

BOEKEN

Prof. J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, derde volledig herwerkte uitgave, München, Beck Verlag, 1980, XXII + 1146 blz., 118 D.M.

De derde volledig herwerkte uitgave van professor Gernhuber's *Lehrbuch des Familienrechts* is een lijvig werk geworden: in ver-

gelijking met de tweede uitgave stijgt het aantal bladzijden met ruim tweehonderdvijftig. De recente hervormingen in het Duitse familierecht zijn hieraan niet vreemd: naam, primair huwelijksstelsel en echtscheiding (juni 1976), adoptie (juli 1976), ouderlijk gezag (juli 1979).

De sinds het 1. EheRG onoverzichtelijk geworden rechtspraak wordt bevattelijk gesynthetiseerd: bv. voor de belangrijke materie van de pensioenrechten na echtscheiding de zgn. *Versorgungsausgleich* die reeds zoveel inkt heeft doen vloeien, worden een veertigtal fundamentele uitspraken toegelicht uit de enkele honderden die reeds verschenen.

Elk hoofdstuk wordt voorafgegaan door een uitvoerige bibliografie.

Doch dit handboek biedt meer dan een algemeen overzicht van het familierecht (huwelijksvermogensrecht inbegrepen). Rechts-sociologie (bv. waarde van echtscheidingsstatistiek, § 24, blz. 268) en rechtsdogmatiek (bv. echtscheidingsrecht en *Gestaltungsrecht*, § 25, blz. 272; zie ook Gernhuber, «Die geordnete Ehe», *FamRZ*, 1979, 193) worden niet uit het oog verloren.

Als voorstander van een ruime privaatautonomie der echtgenoten aarzelt Gernhuber niet bepaalde hervormingen kritisch te evalueren. Hij kant zich bv. scherp tegen de rechterlijke controle over sommige echtscheidingsovereenkomsten waardoor de echtgenoten in een positie geraken die eerder voor onmondigen gedacht is (§ 28 VIII, blz. 375).

Te betreuren valt dat de technische aspecten van bepaalde hervormingen onderbelicht blijven. Wat meer toelichting bij het decreetsysteem inzake adoptie en enkele mathematische voorbeelden die de zelfs voor specialisten moeilijke *Versorgungsausgleich* snel duidelijk maken, waren welkom geweest.

Zoals bij vorige uitgaven schuwt Gernhuber de politieke actualiteit niet. Hij besteedt ruime aandacht aan de spanning tussen familie- en grondwettelijk recht die bij elke hervorming meer op het voorplan komt (§ 5, blz. 35). De politieke tegenstellingen weerspiegelen zich in compromissen met weinig logica (bv. vermoedens in het echtscheidingsrecht). Door het impact van politiek en drukingsgroepen krijgen de hervormingen hun beslag voor het *Bundesverfassungsgericht* en niet voor het parlement.

Hier moet even gewezen worden op twee uitspraken van het *BverfG* die niet meer in het boek konden worden opgenomen. Op 28 februari 1980 besliste het hoogste Duitse rechtscollege dat het onweerlegbaar vermoeden van de duurzame ontwijking van het huwelijk na drie jaar feitelijke scheiding niet met de Grondwet in strijd is (*N J W*, 1980, 689). Tevens stelde het Hof dat de *Versorgungsausgleich* met de Grondwet te verenigen valt en ook op zgn. *Altehen* toepasselijk is (*N J W*, 1980, 692).

Nu deze uitspraken in de hevig omstreden materie van het 1. EheRG een relatieve rust gebracht hebben, wordt de grondwettelijkheid van de nieuwe wet op de ouderlijke zorg ter discussie gesteld. De posities van ouders, kind en staat worden door Gernhuber nauwkeurig omschreven: *Elternrecht* en *elterliche Sorge* dekken elkaar niet volledig zodat de wetgever over een *Ermessensspielraum* beschikt (§ 2 IV, blz. 43).

Prof. Gernhuber richt zich (in de ook voor Duitstaligen vrij moeilijke stijl die hem zo eigen is) op de eerste plaats tot studenten en praktijkjuristen die zich wat meer in het materiële familierecht willen verdiepen. Procedure, rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht worden slechts minimaal behandeld.

Wegens de grote informatieve waarde en de dikwijls originele dogmatische opbouw mag dit werk ook voor de buitenlandse jurist die zich voor het vergelijkend familierecht interesseert, geen gesloten boek blijven.

Walter Pintens
Aspirant N.F.W.O.

MEDEDELINGEN

350 jaar Confraternitas Sancti Yvonis te Antwerpen

Deze titel beantwoordt niet helemaal aan de werkelijkheid, want zo het waar is dat de Confraternitas Sancti Yvonis te Antwerpen 350 jaar geleden werd opgericht, dan is het ook waar dat zij tijdens de hele negentiende eeuw niet de minste activiteit meer heeft gehad.

De Confraternitas Sancti Yvonis werd te Antwerpen opgericht in het begin van de zeventiende eeuw. Ingevolge twee verzoekschriften, uitgaande van een zestigtal rechtsgeleerden en praktizijnen (advocaten, procureurs en notarissen), werd zij in september 1630 door het geestelijk en wereldlijk gezag als wettelijke instelling met eigen statuten erkend.

De solemnele mis met muziek en offergang, die ieder jaar werd opgedragen op 19 mei, feestdag van Sint Yvo, was verplichtend op straf van boete. Van 1630 tot 1637 werd die plechtige mis gecelebreerd aan het hoogaltaar der kerk van het Beggaardenklooster, maar reeds in 1637 verkreeg de Confraternitas haar eigen kapel in de ommegang van de Sint Jacobskerk. Deze kapel bestaat nog steeds.

In 1650 werd het Sint-Yvo-feest van stadswege, op aanvraag der Officialen van de Confraternitas, tot een geboden rustdag verheven voor de rechtsgeleerden, in zoverre dat door de wethouders aan griffiers en secretarissen van het gerecht verbod werd gedaan op die dag enige schrifturen of akten van procedure te doen of hun ambt daartoe te lenen.

Leden van de Confraternitas waren de kerkelijke rechtsgeleerden of doctors en licentiaten in canoniek recht, het magistraat der stad (binnen- en buitenburgemeester alsook de leden van de schepenbank), de advocaten, de pleitbezorgers (procureurs) en de notarissen. De praktizijnen waren verplicht, vooraleer hun ambt te mogen uitoefenen, de eed af te leggen in handen van de wethouders en daarenboven eigenhandig hun naam in het register van de Confraternitas te schrijven.

Het oorspronkelijk register berust in de archieven van de Confraternitas. Het bevat de bijzonderste vertogen en verordeningen betreffende de oprichting en het bestuur van de gilde, de ledenlijsten, de processen-verbaal van de jaarlijkse algemene vergaderingen, de rekeningen van inkomsten en uitgaven, en de lijst der Officialen.

De namen van de leden zijn ingeschreven onder verschillende rubrieken: Reverendi Domini jurisperiti ecclesiastici, Amplissimi Domini de magistratu, Clarissimi Domini advocati, Procuratores, Notarii.

Het bestuur bestond uit een hoofdmis, twee assessoren en een secretaris. In het register gaat de lijst van de kerkelijke rechtsgeleerden tot 1765, deze van de magistraten tot 1774, deze van de advocaten, procureurs en notarissen tot 1778.

Het is niet uitgemaakt aan welke oorzaak de verdwijning van de Confraternitas te wijten is: werd zij afgeschaft door Jozef II of tijdens de Franse overheersing, of heeft zij doorgewoond opgehouden te bestaan?

Op 28 april 1909 werd de Confraternitas op initiatief van advocaat Victor Jacobs opnieuw in het leven geroepen. Er werden nieuwe statuten opgesteld die op 19 mei 1911 door kardinaal Mercier werden goedgekeurd. Dezelfde hoge kerkelijke waardigheidsbekleder woonde op 2 oktober 1911 de mis van de H. Geest in de Sint Jacobskerk bij.

Er werd jaarlijks een mis van de H. Geest gecelebreerd bij de aanvang van het gerechtelijk jaar; de feestdag van St. Yvo werd op of omstreeks 19 mei gevierd en er werden requiemmissen gelezen voor de afgestorven leden. Op 19 mei 1913 werd aan de viering van het St. Yvo-feest deelgenomen door de minister van Justitie Carton de Wiart. De kanselrede werd gehouden door pater Stracke.

Op 19 mei 1935 werd het 25 jarig jubileum van de Confraternitas gevierd. Een pontificale jubelmis werd opgedragen door mgr. Carton de Wiart.

Bij de viering op 19 mei 1959 van het 50 jarig jubileum werd de kanselrede gehouden door mgr. Suenens, toen hulpbisschop van het aartsbisdom Mechelen.

Op 22 mei 1963 werd de Sint Yvoviering bijgewoond door mgr. Daem, bisschop van het nieuwe bisdom Antwerpen. Daarna gebeurde dit nog meermaals. Wanneer de bisschop belet was liet hij zich vertegenwoordigen door een der vicarissen-generaal.

Sinds 1972 zijn de afzonderlijke missen voor de afgestorven leden vervangen door een collectieve requiemmis, die wordt opgedragen tijdens de noveen van Allerzielen en waarop de familieleden van de overledenen worden uitgenodigd.

Op maandag 19 mei 1980 zal het 350 jarig bestaan van de Confraternitas op luisterrijke wijze worden herdacht onder de leiding van haar Hoofdman, stafhouder mr. Em. Ooms. Die dag wordt om 19 uur in de Sint Jacobskerk door mgr. Daem een pontificale H. Mis opgedragen, en wordt de homilie gehouden door vicaris-generaal mgr. Eyckens. De plechtigheid wordt opgeluisterd door het koor van de kathedraal onder leiding van kapelmeester J. Schrooten. Daarna volgt er een democratisch banket voor de leden en hun echtgenoten, met als tafelredenaar de minister van Justitie, Renaat Van Elslande.

Er wordt op een bijzonder talrijke opkomst gerekend.

L. Van Hoecke

Horen van minderjarigen in zaken die het gezag betreffen

In Nederland is bij de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend over het horen van minderjarigen in zaken die het gezag over hen betreffen.

Het wetsontwerp bevat met name een algemene «hoorregel» die opgenomen wordt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarmee wordt tot regel gemaakt dat minderjarigen vanaf twaalf jaar gehoord worden in vrijwel alle kwesties — voornamelijk betreffende het gezag — die het persoonlijke belang van de minderjarige raken. Procedures over een omgangsregeling zijn ook hieronder begrepen.

In het nu bestaande recht is er een «hoorplicht» bij adoptieprocedures.

Daarnaast is er bij het treffen van een gezagsvoorziening of een omgangsregeling sprake van «een zo mogelijk horen».

Verder zegt de wet in geval van een ondertoezichtstelling of van een ontheffing of ontzetting uit de ouderlijke macht of voogdij dat de rechter de minderjarige kan horen.

In het wetsontwerp tot herziening van het scheidingsprocesrecht en het omgangsrecht bij scheiding dat vorig jaar bij de Tweede Kamer werd ingediend, was al een meer stringente regeling opgenomen van het horen van minderjarige kinderen als het gaat om beslissingen over het gezag of over de omgang tussen ouder en kind.

In het wetsontwerp dat nu is ingediend, is deze regeling verder uitgebouwd. De rechter moet de minderjarige vanaf twaalf jaar in vrijwel alle burgerrechtelijke zaken die zijn persoonlijk belang betreffen, de gelegenheid geven zijn mening kenbaar te maken.

Die verplichting geldt niet als het kind jonger is dan twaalf jaar, maar de rechter kan ook kinderen beneden die leeftijd in de gelegenheid stellen hun mening te geven.

In de wijze waarop hij de minderjarige wil horen is de rechter overigens vrij. Hij kan dat doen op een andere plaats dan in de zittingszaal, bijvoorbeeld in zijn werkkamer. Hij is ook vrij te bepalen of het horen al dan niet gebeurt in tegenwoordigheid van de ouders van het kind, van een vertegenwoordiger van de raad voor de kindbescherming of anderen.

De internationale overeenkomst en arbitrage

Op 13 maart 1980 heeft CEPINA (Belgisch Centrum voor Studie en Praktijk van Nationale en Internationale Arbitrage) een studiedag georganiseerd over de internationale overeenkomst en arbitrage.

Na de welkomsrede van de heer M. Huys, voorzitter van CEPINA, verdeelden een honderdtal deelnemers zich in vijf studiegroepen.

Een eerste studiegroep behandelde het belang en de interpretatie van de overeenkomst. Prof. Ch. del Marmol, verslaggever, schetste de wisselwerking die bestaat tussen de overeenkomst en de uitvoering. In de uitvoering kan de overeenkomst als het ware «verworden». Medeverlaggever, stafhouder L. Matray, besprak de rechtsbeginselen en arbitrale gebruiken inzake de interpretatie van de overeenkomst; hij concludeerde dat de normen van de nationale wet vaak ontoereikend zijn om internationale overeenkomsten te interpreteren.

Een tweede studiegroep handelde over de incorporatie in de overeenkomst van bepalingen uit een duidelijk gedefinieerd recht. Verslaggever prof. J. Herbots wees erop dat het wellicht veiliger is de overeenkomst uitgebreid te redigeren dan erin te verwijzen naar slecht begrepen buitenlandse rechtsfiguren.

In een derde studiegroep werden de financiële mechanismen van de internationale overeenkomst besproken na een verslag van prof. L. Simont en prof. E. Gutt. Deze groep kwam tot het besluit dat er praktisch geen arbitrage over financiële aangelegenheden geschiedt. Bankinstellingen en de Delcrederedienst zijn immers weinig geneigd om zich aan handelsarbitrage te onderwerpen.

De vierde studiegroep handelde over de bepaling van de toepasselijke wet. Prof. H. van Houtte, verslaggever, beklemtoonde dat niet alleen de keuze van het toepasselijk materiële recht, doch vooral de eerbiediging van het toepasselijk procedurerecht belangrijk was. Een gejustifieerde keuze van het materieel recht, dat de arbiter toepast, legitimeert de uitspraak; een eerbiediging van het toepasbare procedurerecht beveiligd de mogelijkheid om de arbitrale uitspraak met dwang ten uitvoer te leggen.

De vijfde studiegroep besprak de uitvoering van de overeenkomst en het gedrag van de partijen. De verslaggever, prof. G. Horsmans, verduidelijkte enkele beginselen, die reeds in arbitrale uitspraken verwoord werden, zoals de eerbied voor de wil van partijen, de invloed van handelsgebruiken, de verplichting tot samenwerking tussen partijen, enz.

In de plenaire middagzitting werden de synthese van het werk van deze studiegroepen voorgebracht. Bovendien kwamen actuele problemen, zoals onder meer de verhouding tussen technische expertise en arbitrage, aan bod.

M. Elshout

TIJDSCHRIFTEN**I.U.S.**

januari/februari 79/80 nr. 3.

Editoriaal—C. Sjeckstadt, Huwelijk en ziekte van één van de echtgenoten—A. Declerck, Afschaffing van proceskosten en overheidsfinanciering van het proces, Matthias Storme, Forum Aansprakelijkheid—Wetgeving—Jurisprudentie—Gelezen—Vrije rubriek—Ad Valvas.

Europees Vervoerrecht

Vol. XIV nr. 5, 1979.

David Glass, The dividend heart of C.M.R.—Olivia Ziegler, Résumé du mémoire fait par Mr. le Prof. J. Vrebos, et sons assesseur Mr. le Prof. J. Gillet—Etude économique comparée des transports combinés par container et du type Ro/Ro.—Dr. J. Basedow, Wissenschaftlicher Referent am Max Planck Institut

für Ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.—Rechtspraak.

WPNR

lg. 111, nr. 5510, 23 februari 1980.

Mr. A.J.H. Pleysier: Over het voorbehoud van beperkte zake-lijke rechten (II, slot)—J. Th. Smalbraak: Omzet- en overdrachtsbelasting en artikel 13 WBR.—Mr. Ingrid S. Joppe, Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Huwelijksvermogensrecht (1975-1978) (I).

Nederlands Juristenblad

lg. 55, 16 februari 1980 blz. 125-148.

Mr. M. van Delft-Baas, De reclame Code Commissie en de bescherming van de consument—O & M, G. Van Leuven, Het nieuwe huurrecht: toepassing ervan bij wanprestatie.—Wetswinkel Utrecht, Het nieuwe huurrecht (reactie) met naschrift mr. A. Bochunckel.—Mr. Ph. M. Weijnenborg-Pot, Enige gedachten over emancipatie en rechtsgrond en duur van de alimentatie—Rubrieken.

Themis

1980 nr. 1

Erosie van het eigendomsrecht—Mr. W.E.M. Leclercq, Op de grens van burgerlijke en belastingrechtspraak, n.a.v. H.R. 24 dec. 1976, NJ 1977, 380—Boekbeschouwingen.

ARS AEQUI

lg. 29, nr. 1, januari 1980

Maximumprijzen—Reakties op «De Leemte in de beroepswet»—Advokatuur en opleiding: Leemten opvullen met drempels—Knollen voor citroenen, informatie in plaats van beleidsvoornemens—Wijziging van de wet op de ondernemingsraden—Besloten—Kring—Arresten I en II—Recreatiecentrum arrest.

Advocatenblad

lg. 60, nr. 4, 22 februari 1980

Mr. H.L.J. Roelvink, De laatste pensioen-loodjes (openingscommentaar)—Mr. A. Coljé, Tien jaar despuut over rechtshulp 1968-1978 (II)—Mr. H. Stein, Experimentele procesvoering—Rubrieken.

Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht.

lg. 28, nr. 1, januari 1980.

Drs. R.D. Visser, Het wetsontwerp tot wijziging van de wet economische mededinging.—Dr. J.W. Aarts, Mededingingspolitiek en economische crisis.—Jurisprudentie.

Ondernemingsrecht en rechtspersonen

lg. 28, nr. 1, januari 1980

Van de redactie—Afscheid van C. van Soest—Prof. Mr. M.R. Mok, Prijsbinding: in Nederland iets anders?—Mr. H.M., Schonis, Begin en einde van de inflatieneutrale belastingheffing?—Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, het SER-advies inzake de zevende richtlijn betreffende de concern-jaarrekening.—Actualiteiten—Wetgeving—Rechtspraak.

Data Juridica

lg. 8, nr. 1, januari 1980

Documentatie van juridische literatuur.

Journal des Tribunaux

lg. 95, nr. 5115, 23 februari 1980.

Doctrine—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

Revue du Notariat belge

lg. 106, nr. 2683, januari 1980

Doctrine—Législation—Revue de la jurisprudence belge—Revue sommaire de la jurisprudence belge.