

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

XXXIe RECHTSCONGRES GEORGANISEERD DOOR DE VLAAMSE JURISTENVERENIGING LEUVEN 12 MEI 1984

EIGENDOM

- 9.30 u. : Ontvangst en koffie
10.00 u. : Openingszitting
Verwelkoming door prof. P. De Somer, rector K.U.Leuven
Openingsrede door prof. R. Dillemans, congresvoorzitter
10.45 u. : Sectievergaderingen A : Actuele probleemgebieden in het eigendomsrecht
12.45 u. : Lunch in de Faculty Club (vervoer per bus)
14.15 u. : Sectievergaderingen B : Privaateigendom en de Overheid. Maatschappelijke rol van de eigendom
16.00 u. : Koffie
16.30 u. : Plenaire vergadering : Het begrip eigendom op het eind van de XXe eeuw : elementen van een synthese.
Reacties op de preadviezen en de resoluties in de sectievergaderingen met het oog op de vorming van een vernieuwd begrip «eigendom» : dr. iur. K. Mafliet, dr. iur. V. Van de Castele, prof. F. Van Neste, prof. F. De Pauw
Slottoespraak door prof. R. Dillemans

- Slotwoord door prof. M. Storme, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging.
18.00 u. : Receptie in de Universiteitshalle, aangeboden door de K.U.Leuven
20.00 u. : Banket in de Salons van de Universiteitshalle.

Het Congres wordt gehouden in de gebouwen van de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven, Tiensestraat 41, 3000 Leuven.

Het voorzitterschap en het secretariaat van het Congres worden respectievelijk waargenomen door professor R. Dillemans en door dr. W. Pintens en drs. R. Torfs.

Het XXXIe Rechtscongres kon worden georganiseerd mede dank zij de bereidwillige steun van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de K.U.Leuven, de Balies van Antwerpen, Brugge, Ieper en Kortrijk, Agfa-Gevaert Mortsel, AN-Hyp. Antwerpen, Brouwerijen Artois, Brouwerij Maes, Bank van Parijs en de Nederlanden Brussel, Generale Bankmaatschappij, Kredietbank Brussel, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversmaatschappij, Kluwer-Rechtswetenschappen Antwerpen/Deurne en Story Recht Gent.

SECTIEVERGADERINGEN

Actuele probleemgebieden in het eigendomsrecht (voormiddag)

Sectie 1. Eigendom in het medisch recht

Voorzitter : E. Forrier, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, magistraat-assessor bij de Orde van Geneesheren van de provincie Oost-Vlaanderen.

Preadviseur : dr. iur. H. Nys, bevoegdverklaard navorser

N.F.W.O., lector K.U.Leuven, en dr. iur. K. Schutyser, dir. V.V.I.

Secretaris : E. Guldix, assistente V.U.B.

Sectie 2. Intellectuele eigendom en de nieuwe technologieën

Voorzitter : dr. iur. R. Stouthuysen, beheerder-dir. Janssens Pharmaceutica, vz. Vlaamse Investeringsvennootschap, vz. Inovi.

Preadviseur: prof. F. Gotzen, decaan Rechtsfaculteit UFSAL, docent Rechtsfaculteit K.U.Leuven
Secretaris: J. Van Hoof, assistent UFSAL.

Sectie 3. De evolutie van het eigendomsbegrip in de moderne contracten

Voorzitter: mr. E. Boonen, advocaat te Antwerpen.
Preadviseur: prof. L. De Keyser, K.U.Leuven, advocaat te Brussel.
Secretaris: H. Braeckmans, assistent U.I.A.

Sectie 4. Bescherming van de minderheidsaandeelhouders in de vennootschap naar geldend en komend recht

Voorzitter: prof. S. Fredericq, R.U.G.
Preadviseur: mr. J. Lievens, advocaat te Kortrijk.
Secretaris: B. Peeters, aspirant N.F.W.O., U.I.A.

Privaateigendom en de overheid
Maatschappelijke rol van de eigendom (namiddag)

Sectie 1. «Verworven rechten» in de sociale zekerheid in brede zin

Voorzitter: F. Cassiers, wn. secr. gen. Min. Soc. Voorzorg.

Preadviseur: prof. E.P. de Jong, Vrije Univ. Amsterdam.

Secretaris: D. Pieters, aspirant N.F.W.O., K.U. Leuven.

Sectie 2. Wordt privaateigendom nog strafrechtelijk beschermd?

Voorzitter: prof. D'Haenens, R.U.G., raadsheer in het Hof van Cassatie.

Preadviseur: prof. F. Gorlé, U.I.A. en V.U.B.
Secretaris: E. Desmet, assistent R.U.G.

Sectie 3. Onteigenende belastingen

Voorzitter: prof. G. Van Oosterwijck, notaris te Antwerpen, docent V.U.B.

Preadviseur: prof. F. Vanistendael, K.U.Leuven
Secretaris: N. Torfs, assistente K.U.Leuven.

Sectie 4. Beperkingen aan het eigendomsrecht van de ondernemer

Voorzitter: J. Steyaert, beheerder U.C.O.

Preadviseur: prof. M. Stroobant, V.U.B. en K. Mollekens, assistent V.U.B.

Secretaris: W. Van Eeckhoutte, assistent R.U.G.

EIGENDOM IN HET MEDISCH RECHT

I. Inleiding: eigendom en het medisch recht

1. Eigendom in het medisch recht. De titel van dit preadvies ligt niet zo voor de hand en geeft aanleiding tot vragen. Geneeskunde en gezondheidszorg, ziekte en gezondheid benaderen vanuit het eigendomsbegrip lijkt een gewaagde onderneming. Maar een preadvies voor de Vlaamse Juristenvereniging is een geschikte gelegenheid om in te gaan op vragen die anders nauwelijks worden gesteld en die de dagelijkse rechtspraktijk misschien slechts marginaal beroeren. Hoewel, de jurist die met de wereld van de gezondheidszorg enigszins vertrouwd is, weet dat eigendom en gezondheidszorg minder vreemd zijn voor elkaar dan op het eerste gezicht lijkt. Terwijl de rechtsbeoefening in de gezondheidszorg intussen een zodanige omvang heeft genomen dat het etiket «gezondheidsrecht» in de plaats is gekomen van medisch recht¹. Maar tot nu toe heeft deze ontwikkeling meer sporen nagelaten in de gezondheidszorg dan in de rechtswereld. Dit preadvies mag dan, behalve als aanzet tot discussie, ook dienen als een soort bericht aan de buitenwereld.

2. Eigendom is sedert enige decennia één van de meest gebruikte metaforen geworden om te spreken over ziekte en gezondheid, leven en dood. In de meeste gevallen wordt het begrip (of aanverwante begrippen zoals onteigening, diefstal, imperialisme e.d.) gebruikt bij wijze van scherpe kritiek op de manier waarop in de tweede helft van de twintigste eeuw gezondheidszorg wordt «bedreven». De kritiek viseert de koele, verzakelijkte professionele hulpverlening, de degradatie van het lichaam tot een object, het medisch-technologisch industrieel complex. De goeroe van deze beweging, Ivan Illich gaf zijn bestseller *Medical Nemesis* de sprekende ondertitel mee *The expropriation of health*². In dezelfde lijn van ideeën wordt gesproken over de onteigening van de natuurlijke dood³ en de onteigening van de natuurlijke geboorte.

Het lichaam wordt voorgesteld als een orgaanbank, als een reserve van weefsels en organen⁴ en wettelijke maatregelen die zijn gericht op het opheffen van juridische belemmerin-

gen t.a.v. wegneming van organen op lijken worden smalend afgedaan als «nationalisering»⁵ en «collectivisering»⁶ van het «menselijke materiaal».

De geneeskunde mag dan als verzakelijkt worden voorgesteld, ook de kritiek hierop maakt graag gebruik van zakelijke termen. Wellicht heeft het beroep op deze metafoor te maken met de veronderstelde absolute bescherming die aan eigendom wordt toegeschreven.

3. Ook voor de jurist is het niet geheel vreemd te spreken over eigendomsrecht in verband met gezondheidszorg. De discussies over het zgn. eigendomsrecht t.a.v. de medische honoraria zijn er een voorbeeld van. Andere vindt men in praktijken als verkoop van ziekenhuisbedden, van apotheken, van medische cliënteel. In een heel andere context sprak Savatier over het medisch imperialisme⁷ en het Burgerlijk Wetboek bevat zelfs een artikel om ons te beschermen tegen te grote bezitsdrang van artsen, nl. artikel 909.

Over deze verbanden tussen eigendom en gezondheidszorg zal dit preadvies evenwel niet gaan. Het onderwerp waarop ik mij daarentegen wel wens te richten, nl. eigendom van het lichaam en delen van het lichaam, kan verbazing wekken want, als er ergens sprake is van onverenigbaarheid tussen eigendom en ziekte en gezondheid, dan is het precies wat het lichamelijke betreft. De opvatting dat de eventuele rechtsbetrekkingen m.b.t. het lichaam niet als een eigendomsrecht of een ander zakelijk recht kunnen worden gekwalificeerd is thans algemeen aanvaard en onbetwist⁸. Dat de omgekeerde opvatting vroeger werd verdedigd, kan opnieuw worden verklaard vanuit het zoeken naar een zo goed mogelijke waarborg tegen inbreuken van buitenuit. Dit brengt me dan tot mijn eigenlijk onderwerp: welke bescherming geniet het lichaam, en delen ervan, in ons rechtstelsel tegenover medische hulpverlening? Het zoeken naar een antwoord zal me brengen bij het recht op fysieke integriteit en de «informed consent»-doctrine. Ook de steeds meer gebruikelijke wegneming van organen en kunstorganen zal worden bekeken in het licht van eigendom.

II. Het recht op fysieke integriteit

4. De Belgische Grondwet bevat geen bepaling waarin het recht op fysieke integriteit als zodanig is neergelegd⁹. Veelal wordt verwezen naar artikel 7 dat de vrijheid van de

¹ NYS, H., «Van medisch recht naar gezondheidsrecht. Meer dan een verandering van naam», *VL.T.Gez.*, 1980-81, nr.1.

² ILLICH, I., *Medical Nemesis. The expropriation of health*, Londen, Calder and Boyars, 1975, 184 p. Nederlandse vertaling *Het medisch bedrijf. Een bedreiging voor de gezondheid*, 1975, 217 p.

³ «A-t-on le droit de voler sa mort à quelqu'un?», cf. GROSEMANS, R., «Le Corps Humain et la liberté individuelle. Rapport Général», in *Journées Capitant*, 1975, 425.

⁴ Zie MATTHYS, J., «Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet», *R.W.* 1971-72, 161. Jacques Attali besteedt vele bladzijden aan de verwording van het gezonde lichaam tot een reservoir om zieke organen te vervangen: «l'homme mangeant sa propre vie pour vivre»; ATTALI, J., «L'ordre cannibale. Vie et mort de la médecine», Parijs, Grasset, 1979, 238.

⁵ CHABAS, F., «Le corps humain et les actes juridiques en droit français», in *Journées Capitant*, 1975, 188.

⁶ JACQUINOT, CL., «Le projet de loi sur l'utilisation des foetus humains», *Gaz. Pal.*, 1983, 30-31 maart, 7.

⁷ SAVATIER, R., «Impérialisme médical sur le terrain du droit», *D.*, 1952, Chr. XXXII.

⁸ Zie, tussen vele anderen, DIERKENS, R., *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, Die Keure, 1962, 31 en recenter, DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Brussel, Larcier, 1982, 664.

⁹ DIRIX, E., «grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasbaarheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (Coörd.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 71.

persoon waarborgt¹⁰. Landen met een grondwet van recentere datum kennen wel een grondwettelijke bescherming van de fysieke integriteit. Zo bv. de Duitse Bondsrepubliek¹¹ en Nederland¹². Ook internationale rechtenverklaringen verwijzen naar het recht op fysieke integriteit. Aldus de artikelen 3 en 5 van de Universele verklaring van de rechten van de mens; de artikelen 2, 3, en 5 E.V.R.M. en 6 en 7 van de Internationale Verklaring over de burgerlijke en politieke rechten¹³.

Voorts wordt het recht op fysieke integriteit beschermd door administratiefrechtelijke, burgerrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen.

Een voorbeeld van de eerste soort bepalingen vindt men in de wet van 1850-1873 die, aldus Bovin e.a., beoogt «onder meer het waarborgen van de individuele vrijheid van de opgenomen geesteszieke»¹⁴ en voorts waarborgen moet bieden tegen willekeurige gedwongen opname.

Op de bescherming van de fysieke integriteit via burgerrechtelijke bepalingen zoals artikel 1382 B.W.¹⁵ zal in dit preadvies nog worden teruggekomen.

Wat het strafrecht aangaat, betreft het de artikelen 392 e.v. Sw. (opzettelijk doden en opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel), 402 en 421 Sw. (toedienen van stoffen die de dood kunnen teweegbrengen of de gezondheid zwaar kunnen schaden) en 418 e.v. Sw. (onopzettelijk doden en toebrengen van lichamelijk letsel).

¹⁰ Zie KRUIHOF, R., «Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid», *VI. T. Gez.*, 1982-83, 5, 185.

¹¹ Artikel 2, II, Grundgesetz luidt: «Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.»

¹² Op 17 februari 1983 trad de nieuwe Nederlandse Grondwet in werking. Artikel 11 bepaalt: «Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.» Zie voor de ontstaansgeschiedenis van dit artikel LEENEN, H.J.J., «De nieuwe Grondwet en de gezondheidszorg in het bijzonder met betrekking tot de onaantastbaarheid van het menselijk leven», *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1982, 2, 48-56; zie ook ROSCAM ABBING, H.D.C., «Zelfbeschikkingsrecht en recht op integriteit van het menselijk lichaam. Enige kanttekeningen», *Acta Hospitalia*, 1983, 3, 5-13, en dezelfde, *In de beperking toont zich de meester. Gezondheidsrecht tussen geneeskunde en recht*, Alphen a.d. Rijn, Samsom, 1983, 7.

¹³ Wet van 15 mei 1981 houdende goedkeuring van de volgende internationale akten: a) internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten; b) internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, *B.S.*, 6 juli 1983.

¹⁴ BOVIN, S., DE SMEDT, P. en STEENS, R., De psychiatrische patiënt, *Antwerpen, Van Loghum Slaterus*, 1982, 100. Zie voor de voorstellen tot hervorming van deze zeer verouderde wetgeving, o.a. PRIMIS, A., «Vrijheid en vrijheidsbeperking in de psychiatrische zorgverlening. Beschouwingen omtrent juridische en beleidsaspecten», *VI. T. Gez.*, 1981-82, 223-236.

Luidens een bericht in het *Nederlands Juristenblad* van 24 december 1983, 1433, «blijkt de positie van psychiatrische patiënten in België weinig benijdenswaard: naar verhouding veel mensen met die status — meer dan elders — klagen in Straatsburg tegen de Belgische Staat». Klaarblijkelijk is dit bericht gebaseerd op een verarring van psychiatrische patiënten met geïnterneerden. Zie ENGBERTS, A.B. en DE GROOT, C.H., «De psychiatrische delinquent in België en de Europese Conventie», *Ars Aequi*, 1984, 24-27.

Dit neemt niet weg dat het bericht terecht spreekt over een weinig benijdenswaardige positie, wat overigens ook zo is in Nederland.

¹⁵ Vgl. DIRIX, E., o.c., 39.

Men neemt aan dat «lichamelijk letsel» ruim dient te worden geïnterpreteerd, nl. «het uit- of inwendig letsel dat aan het menselijk lichaam van buitenuit door een mechanische of chemische oorzaak wordt toegebracht»¹⁶. In hoeverre hierdoor tevens de psychische integriteit wordt gewaarborgd is onzeker. Voor zover geestelijk letsel wordt veroorzaakt door een lichamelijk letsel, kan men dit aanvaarden. Maar is dat nog zo wanneer het geestelijk letsel het gevolg is van niet-materiële inbreuken zoals zware psychische druk¹⁷?

III. Het recht op fysieke integriteit in de gezondheidszorg: buitenspel?

5. In de geneeskunde en de gezondheidszorg krijgt het recht op fysieke integriteit een bijzondere dimensie. Het hele systeem van gezondheidszorgvoorzieningen, professionele hulpverleners en financiële tussenkomsten is er juist op gericht ziekten en ongevallen die een bedreiging vormen voor de fysieke integriteit, af te wenden, te voorkomen, te bestrijden en eventueel de gevolgen ervan te verlichten. Aan de andere kant is een van de vereisten om op professionele wijze in de gezondheidszorg te werken dat men de vereiste fysieke en psychische geschiktheid bezit. De provinciale geneeskundige commissies kunnen het visum intrekken van de artsen, apothekers, tandheelkundigen en verpleegkundigen die deze geschiktheid niet meer bezitten¹⁸. In de gezondheidszorg heeft de fysieke integriteit dus een bijzonder functie: zij is voorwaarde en doel tegelijkertijd.

6. Daarmee is echter niet alles gezegd. Hierboven werd de bescherming van het recht op fysieke integriteit in het kort en beperkt tot zijn algemene draagwijdte besproken. Hoe staat het echter met de bescherming van dit recht in de gezondheidszorg zelf? Voorzichtig uitgedrukt: daarover bestaat grote verwarring en lang geen eensgezindheid. Wat de rechtspraak betreft is het cassatiearrest van 16 december 1948 aanleiding geweest tot verschillende interpretaties. Op het middel dat stelde dat «toute atteinte à l'intégrité physique d'une personne constitue un fait illicite qui engage la responsabilité de son auteur, même lorsque celui-ci ne s'est rendu coupable ni de négligence ni d'imprudence», antwoordde het Hof dat «l'atteinte à l'intégrité d'une personne ne saurait être considérée comme illicite, lorsque, comme dans l'espèce, il est constant qu'elle est la conséquence d'une activité qui s'imposait à son auteur et dont l'exercice

¹⁶ Cass., 23 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 797, *R.W.*, 1969-70, 515. Ook de Nederlandse Hoge Raad geeft een ruime uitleg aan lichamelijk letsel. Dat is b.v. ook een inwendige biochemische ontregeling. De Hoge Raad vernietigde de vrijspraak wegens zwaar lichamelijk letsel uitgesproken door het Hof jegens een acupuncturist die een zwaar suikerzieke patiënt had overgehaald te stoppen met insulineinjecties, *N.J.B.*, 1983, 495.

¹⁷ Dit lijkt te worden aanvaard door Corr. Neufchâteau, 26 mei 1983, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 254; *R.D.P.*, 1983, 809: «Il faut entendre par blessure toute lésion interne ou externe apportée au corps humain par une cause mécanique ou chimique agissant sur l'état physique ou mental.» In de «Leading Succes People» affaire lijkt de Rechtbank te Antwerpen zich op een zelfde standpunt te hebben gesteld. Zie, «L.S.P. leiders moeten schadegeld betalen», *De Standdaard*, 17 december 1983.

ne décèle aucune faute dans le chef de celui-ci»¹⁹. In zijn noot onder dit arrest — het betreft hier het eerste Belgische cassatiearrest m.b.t. medische aansprakelijkheid, geannoteerd nota bene door een Frans jurist — meent Savatier dat het Hof van Cassatie de toepasselijkheid van het recht op fysieke integriteit in geneeskunde en gezondheidszorg buiten werking heeft gesteld²⁰.

Dit is uiteraard een verregaande en zelfs onrustbarende gevolgtrekking, te meer daar tot op heden het Hof niet uitdrukkelijk op deze uitspraak is teruggekomen. Het is dan ook aangewezen hieraan in het bijzonder aandacht te besteden, vooral omdat de rechtsleer dit arrest wat schijnt te hebben verwaarloosd.

7. Deze ontkenning van het recht op fysieke integriteit van iemand die medische verzorging nodig heeft — hierom ging het in casu — gaat in de richting van de wel eens verdedigde opvatting dat voor het recht op fysieke integriteit in de gezondheidszorg geen beschermende functie is weggelegd. Zo heeft Brüggman zich recent nog verzet tegen de heersende Duitse rechtsleer die meent dat het recht op fysieke integriteit wordt geschonden door (sommige) medische handelingen²¹. Zijn redenering komt hierop neer dat, wegens zijn ziekte, de patiënt feitelijk niet meer een fysieke integriteit geniet, zodat van een recht op fysieke integriteit evenmin nog sprake kan zijn. Tegen de opwerping dat toch de ziekte van een orgaan of een deel van het lichaam bezwaarlijk het totale verlies van de onschendbaarheid met zich kan brengen, stelt Brüggman dat het lichaam als één geheel dient te worden beschouwd en dat één ziek orgaan het gehele lichaam met ziekte en dood bedreigt. Deze opvatting, die overigens in de Duitse rechtsleer en rechtspraak weinig weerklank heeft gevonden, kan moeilijk worden gevolgd. Zij neigt zeer sterk naar een totaal biologisch determinisme, d.w.z. dat uit biologische feiten normen worden afgeleid. Het is uiteraard zo dat het recht tot op zekere hoogte met de biologische werkelijkheid rekening zal moeten houden,²² maar uit de rechtspraak m.b.t. transseksualiteit blijkt bijvoorbeeld dat ook andere elementen, als psychologische en culturele mode, het tot stand komen en ver-

dwijnen van normen beïnvloeden²³. Wat lichamelijke, en ook geestelijke, ziekten aangaat: zij tasten inderdaad onze fysieke en geestelijke mogelijkheden aan, maar dat betekent geenszins dat enkel hierdoor onze rechtspositie verandert. Zelfs de collocatie, die een administratieve maatregel is, heeft geen invloed op de rechtsbekwaamheid van de geesteszieke terwijl zijn handelingsbekwaamheid slechts gedeeltelijk wordt beperkt²⁴.

8. Betekent het cassatiearrest van 1948 inderdaad, zoals Savatier meent, dat het recht op fysieke integriteit buiten werking wordt gesteld? Dit zou dan uiteraard een schoolvoorbeeld zijn van een medisch-biologisch gedetermineerde uitspraak. De conclusie van Savatier gaat wellicht te ver. Het arrest ontkent dit recht niet, maar poogt het te verzoenen met een medische of heelkundige handeling die uit haar aard dit recht aantast.

Daarmee is de vraag gesteld naar de grondslag voor de strafrechtelijke immuniteit van de arts die in het kader van zijn beroepsuitoefening vrijwillig de fysieke integriteit van een patiënt schendt.

IV. Het recht op fysieke integriteit en de immuniteit van de arts

9. Over deze grondslag bestaan zeer uiteenlopende opvattingen. Klaarblijkelijk onjuist is de opvatting van Janson, die de strafrechtelijke immuniteit van de arts afleidt uit zijn wettelijk diploma van dr. in de genees-, heel- en verloskunde²⁵. Om de geneeskunde te kunnen uitoefenen, is naast dit diploma, nog het visum van de provinciale geneeskundige commissie en het lidmaatschap van de Orde van Geneesheren vereist.

Tot het einde van de jaren zestig werd meestal de rechtvaardigingsgrond voor het «medisch mishandelen» gezocht in de noodtoestand²⁶, hoewel er toen reeds auteurs waren die deze rechtvaardigingsgrond als te eng afwezen²⁷. In navolging van het veel geciteerde vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel van 27 september 1969²⁸ hebben de meeste auteurs thans eveneens afstand genomen van het criterium van de noodtoestand, omdat dit de strafrechtelijke

¹⁸ Zie artikel 37, §1, 2°, b, K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, *B.S.*, 14 november 1967.

¹⁹ Cass., 16 december 1948, *Arr. Cass.*, 1948, 643, *J.T.*, 1949, 53, en 84, noot SAVATIER, R.

²⁰ «Elle nie l'application de ce principe à l'activité médicale», SAVATIER, R., *o.c.*, 85.

²¹ BRÜGGMAN, W., «Wiederrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes», *N.J.W.*, 1977, 1473 e.v.

²² Zie daarover DIERKENS, R., *o.c.*, Inleiding en dezelfde, «De biologische mens in het recht», *T.P.R.*, 1972, 183 e.v., en «Recht in de branding», in *Exequatur van vriendschap. Liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 73 e.v. Zie eveneens LEENEN, H.J.J., *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Alphen a.d. Rijn, Samsom, 1978, hoofdstuk 4, en de aantekeningen hierbij van VISSER 't HOOFT, H.P.H., «Het mensbeeld in het gezondheidsrecht», *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1979, 5, 181-189.

²³ Zie, i.v.m. transseksualiteit, Rb. Namen, 28 maart 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 311, noot DIJON; Rb. Mechelen, 17 juli 1975, *R.W.*, 1975-76, 870 noot PAUWELS, J.M.; Brussel, 7 mei 1974, *Rev. Not. B.*, 1975, 137, en *J.T.*, 1974, 713; Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.*, 1969 635, *R.D.P.*, 1969-70, 169, *Pas.*, 1969, III, 115, en *R.G.A.R.*, 1970, 8362.

²⁴ PUELINCKX-COENE, M., «Vrijgevigheid. Een privilege voor gezonden van geest», *R.W.*, 1979-80, 512.

²⁵ JANSON, E. «A propos de la responsabilité du médecin», *J.T.*, 1969, 705. Contra, MEULDERS-KLEIN, M.Th., «Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale», *Ann. Dr.*, 1967, 28.

²⁶ Aldus bv. DALCQ, R., «Examen de jurisprudence concernant la responsabilité civile 1963-64», *R.C.J.B.*, 1968, 222; MEULDERS-KLEIN, M.Th., *o.c.*, 1967, 28, 33.

²⁷ Zo PALLEMAERTS, J., «De beroepsverantwoordelijkheid van de geneesheer», *R.W.*, 1955-56, 1949: hij spreekt over «het individueel of sociaal nut».

²⁸ Zie voor de vindplaatsen noot 23.

lijke immuniteit van de arts slechts in uitzonderlijke gevallen kan verklaren²⁹.

Het gebeurt maar zelden dat een uitspraak van een lagere rechtbank op zoveel instemming wordt onthaald, wat te meer verbazend is omdat nog in 1976 het Hof van Cassatie het noodzakelijkheids criterium, dat het in 1948 aanvaardde, heeft bevestigd, zij het in een ander verband³⁰. Overigens wordt het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel niet altijd juist begrepen. Subsidiair had het openbaar ministerie zelf als rechtvaardigingsgrond de zogenaamde toelating door de wet bepleit, mits aan vier voorwaarden zou zijn voldaan, nl. een handeling met een curatief doel, de vrije en voorgelichte toestemming van de patiënt tenzij bij overmacht, een voldoende noodzaak en geen fout bij de uitvoering van de handeling. De rechtbank sluit zich aan bij het criterium van de toelating van de wet, maar voegt voor het overige een element toe aan de stelling van het O.M. en laat anderzijds enige voorwaarden weg. Wat de rechtbank toevoegt is dat de toelating van de wet dient te worden vermoed: het is de taak van het O.M. te bewijzen dat de toelating werd misbruikt. Het strafrechtelijke immuniteitsvermoeden is relatief, niet absoluut en begrens. Die grenzen zijn van wettelijke of jurisprudentiële aard. Als voorbeelden van wettelijke grenzen noemt het vonnis: abortus provocatus (maar de rechtspraak heeft deze wettelijke grens verlegd via noodtoestand en de dwaling) en het onderhouden van toxicomanie. Jurisprudentiële grenzen kunnen door de rechter worden gesteld, rekening houdend met de evolutie van de medische wetenschap en de omstandigheden eigen aan ieder geval. Het O.M. suggereerde vier jurisprudentiële grenzen, maar wie het vonnis nauwkeurig leest, zal merken dat het vonnis er slechts twee van heeft aangenomen, nl. het curatief doel en de toestemming van de patiënt. De derde grens, nl. de voldoende oorzaak wordt zonder meer afgewezen omdat dit ofwel het teruggrijpen naar het noodzakelijkheids criterium betekent,

ofwel samenvalt met het curatief doel³¹. Wat de fout aangaat, is het vonnis minder klaar, doch duidelijk genoeg: als men het foutcriterium erbij betreft, belandt men bij de onopzettelijke slagen en verwondingen.

10. Analyseert men deze uitspraak nauwkeuriger dan blijft er m.i. nog slechts één jurisprudentiële grens over, nl. de toestemming van de patiënt. Het curatieve doel van de handeling maakt nl. deel uit van de wettelijke grens. De toelating van de wet om geneeskundige handelingen te verrichten wordt uiteraard beperkt door wat de wet zelf als geneeskunde bestemt. Het K.B. nr.78 op de uitoefening van de geneeskunst, noemt in de definitie van (onwettige uitoefening van) geneeskunde nadrukkelijk elke handeling die tot doel heeft het onderzoeken en opsporen (preventief doel), het verrichten van de diagnose en de behandeling (curatief doel). Met andere woorden: in het criterium toelating van de wet ligt het curatief of preventief doel reeds besloten. Trouwens, de Correctionele Rechtbank te Brussel zegt zelf dat zowel de toelating van de wet als het curatief doel moeten worden vermoed: het O.M. of de patiënt zal het tegenbewijs dienen te leveren³².

Afgezien van allerlei overbodige details blijft dus als rechtvaardigingsgrond voor het «medisch mishandelen» de toelating van de wet waarin de eis van curatief doel of medische noodzaak reeds ligt besloten³³. De toestemming van de patiënt kan niet als een (deel van deze) rechtvaardigingsgrond worden gezien: hij vormt er eventueel wel een door de rechter te bepalen grens van. Op welke wijze de Belgische rechtspraak deze taak ter harte neemt zal straks worden onderzocht.

Overigens kan men er niet aan voorbijgaan dat er in de Belgische rechtspraak een zeer sterke tendens aanwezig is naar depenalisering van de medische beroepsuitoefening. Dit geldt zowel t.a.v. abortus provocatus, het medisch beroepsgeheim als de uitoefening van medische handelingen zelf. Het is hier niet de plaats om op deze vaststelling in te gaan en op de oorzaken ervan, maar zij is niet zonder belang.

10bis Wat betekent dit uiteindelijk voor het recht op fysieke integriteit in de gezondheidszorg? Dit recht vertaalt zich in de eerste plaats als een recht op gezondheidszorg³⁴ dat wordt gewaarborgd door de wettelijke toelating aan artsen gegeven medische handelingen te verrichten binnen een marge die, zoals nog zal blijken, hoofdzakelijk door artsen zelf wordt bepaald, onder controle van de gewone rechtbanken en de tuchtraden van de orde der geneesheren. Meteen komt de vraag op hoe het is gesteld met de rol die de patiënt zelf vervult bij het bepalen van de grenzen van de gezondheidszorg.

²⁹ Aldus o.a. ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1974; ARNOU, P., «De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen», *Jura Falc.*, 1979-80, 432; DALCQ, R.O., «La responsabilité médicale», *T.P.R.*, 1974, 353; KRUIJTHOF, R., «Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid», *VL.T.Gez.*, 1982-83, 5, 184; RYCKMANS, X. en MEERT VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, Brussel, Larcier, 1971, I, 417; VANDENBERGHE, H., «Aansprakelijkheid van de geneesheer», in *Onrechtmatige daad. Actuele tendenzen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 128; VANDERMEERSCH, D., «Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie», *T.P.R.*, 1983, 849; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, Gent, Story, 1976, 442.

³⁰ Namelijk Cass., 7 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 24: verworpt het cassatieberoep tegen Gent, 5 december 1975, R.W., 1976-77, 1013: veroordeling wegens onopzettelijke slagen en verwondingen van een arts die een proeflaparotomie uitvoerde «zonder dat zulks noodzakelijk» was. Let wel, het ging hier om onopzettelijke slagen, omdat tevoren ook een diagnosefout was gemaakt. Mocht deze fout niet zijn gemaakt, zou dan een veroordeling wegens opzettelijke slagen, nl. het uitvoeren van een medische handeling zonder dat ze noodzakelijk is, zijn gebillijkt? Overigens betrof Cass., 16 december 1948 een burgerrechtelijke zaak, DALCQ, R.O., o.c., 1974, 353.

³¹ De kritiek van DALCQ (o.c., 1974, 353) aan het adres van het vonnis dat de eerste en derde voorwaarden dezelfde zijn, is dan ook niet terecht, aangezien de derde voorwaarde niet eens in aanmerking werd genomen.

³² De rechtbank zegt wel niet uitdrukkelijk dat het curatief doel mag worden vermoed maar wel dat het O.M. niet het bewijs heeft geleverd dat er geen curatief doel zou zijn.

³³ Zie in die zin Corr. Charleroi, 29 maart 1983, *Rev. Rég. Jr.*, 1983, 248, dat intussen in hoger beroep werd bevestigd en waarbij zwaardere straffen werden uitgesproken dan in eerste aanleg.

³⁴ Zie voor een soortgelijke interpretatie DUPUIS H.M. en THUNG, P.J., *Voordelen van de twijfel. Een inleiding tot de gezondheidsrecht*, Alphen a.d. Rijn, Stafleu, 1983, 79.

V. Het recht op fysieke integriteit en de toestemming van de patiënt

11. Het cassatiearrest van 16 december 1948 oordeelde dat van een inbreuk op de fysieke integriteit van de patiënt niet kan worden gesproken mits voldaan was aan het noodzakelijkheids criterium en geen fout werd gemaakt. In zijn noot bij dit arrest acht Savatier ook de toestemming van de patiënt noodzakelijk³⁵, hoewel daarover in het arrest met geen woord wordt gerept. Niettemin wordt ook in de rechtsleer en sommige rechtspraak met grote stelligheid verkondigd dat het recht op fysieke integriteit met zich meebrengt dat een medische ingreep slechts kan worden verricht met de toestemming van de patiënt, tenzij in uitzonderlijke gevallen zoals dwingende noodzaak of bewuste-loosheid van de patiënt³⁶. Het lijkt gepast om deze stelligheid enigszins te nuanceren. Wat het strafrecht betreft, wordt zeer algemeen aangenomen dat de toestemming van de patiënt als zodanig niet relevant is t.a.v. de al dan niet strafbaarheid van de medische «mis»handeling.³⁷ En dit zowel in positieve (wel toestemming) als negatieve zin (geen toestemming). Dit betekent meteen dat de basis zelf van de zgn. «informed consent»-doctrine³⁸ nl. «een medische ingreep zonder toestemming is strafrechtelijk een misdrijf»³⁹ ernstig is aangetast.

12. Er bestaat grote onzekerheid over de burgerrechtelijke draagwijdte van de toestemming van de patiënt, niet in het minst omdat jurisprudentie hierover zeer schaars is⁴⁰ en de weinige die er bestaat niet zeer duidelijk is⁴¹.

Twee recente cassatiearresten, nl. van 4 oktober 1973⁴² en van 8 oktober 1981⁴³ worden in dit verband dikwijls aangehaald. Zuiver beschouwd hebben zij eerder te maken met de informatieplicht van de arts dan met zijn (eventuele) plicht vooraf de toestemming van de patiënt te krijgen. Nu is het moeilijk beide los van elkaar te zien: toestemming veronderstelt informatie. Maar het omgekeerde zou eveneens kunnen worden gezegd: na (voldoende) informatie mag de toestemming worden verondersteld. Deze laatste interpretatie lag duidelijk ten grondslag aan de arresten van

³⁵ SAVATIER, R., o.c.

³⁶ Slechts één voorbeeld: «Geen enkele zieke mag, ook niet als hij in levensgevaar verkeert, tegen zijn wil worden behandeld» (HERMANS, P., en LAMINE, L., «De aansprakelijkheid voor het medisch team», *R.W.*, 1979-80, 804).

³⁷ Zie daarover uitvoerig DIJON, X., o.c., 336 e.v.; MEULDERS-KLEIN, M.Th., o.c., 21, MATTHYS, J., o.c., 213 en noot 92; VAN-HOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., o.c., 442.

³⁸ De «informed consent» doctrine bestaat in 1984 zeventig jaar. Zij werd namelijk in 1914 geformuleerd door de befaamde Justice CARDOZO. Zie daarover o.a. LINZBACH, M., *Informed Consent. Die Aufklärungspflicht des Arztes im Amerikanischen und im Deutschen Recht*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1980, 16. Over Justice CARDOZO zie VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, S.W.U., 1973, 84 e.v.

³⁹ Aldus DEKKERS, F., *De patiënt en het recht op informatie*, Alphen a.d. Rijn, Samsom, 1979, 47.

⁴⁰ Zo ook MEINERZTHAGEN-LIMPENS, A., «La responsabilité civile des médecins en droit belge», in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Brussel 1978, 692-693.

⁴¹ DALCQ, R.O., o.c., 1974, 360.

⁴² Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132; *J.T.*, 1974, 296, noot FAGNART, J.L.

⁴³ Cass., 8 oktober 1981, *R.G.A.R.*, 1983, 10.590.

het Hof van Beroep te Luik die allebei door het Hof van Cassatie werden gebillijkt⁴⁴. In het arrest van 4 oktober 1973 overwoog het Hof van Cassatie dat het Hof te Luik, zonder zichzelf tegen te spreken, mocht beslissen dat de arts de toestemming van de patiënt had gekregen voor een therapeutische behandeling na haar voldoende informatie te hebben gegeven rekening houdend met haar toestand. In deze overweging zijn twee elementen wezenlijk: «voldoende informatie» is vereist, en niet volledige informatie; na voldoende informatie is toestemming «gekregen» (avait obtenu l'accord, in het originele arrest). Met andere woorden: de patiënt die, na voldoende informatie te hebben gekregen, een voorgestelde ingreep niet weigert, mag worden verondersteld toe te stemmen. Deze opvatting blijkt nog duidelijker in twee andere arresten van het Hof van Beroep te Luik. In het arrest van 23 april 1980 werd als een fout aangemerkt dat de arts onvoldoende informatie had gegeven over de risico's verbonden aan een angiografie: indien dat wel was gebeurd zou de patiënt de ingreep hebben uitgesteld d.w.z. (tijdelijk) geweigerd en zou de schade die zich voordeed zich niet hebben kunnen voordoen. Of, de informatie die aan de patiënt wordt gegeven, moet zodanig zijn dat deze de ingreep weloverwogen kan uitstellen of weigeren. De opmerking van DALCQ⁴⁵ dat dit arrest de aansprakelijkheid van de arts baseert op het feit dat hij niet de vrije toestemming van de patiënt had gekregen is dan ook niet geheel correct. De fout die werd aanvaard was het niet geven van de vereiste informatie. Het onderscheid is wellicht subtiel, maar niet onbelangrijk voor de rechtspositie van de patiënt: tussen impliciet toestemmen door niet te weigeren en expliciet toestemmen bestaat een niet aanzienlijk verschil. Ook het arrest van 23 april 1980 heeft de toets van cassatie weerstaan. Ten slotte is er nog het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 12 februari 1975⁴⁶. Daarin wordt aanvaard dat, hoewel de artsen de patiënte niet op de hoogte hadden gebracht van alle nevenverschijnselen, zij toch «voldoende» was verwittigd «et donnait par conséquent à cette intervention un consentement libre et éclairé». Uit het voldoende ingelicht zijn wordt opnieuw, bij afwezigheid van expliciete weigering, de toestemming afgeleid.

13. Strafrechtelijk wordt de «informed consent»-doctrine in België niet gevolgd. Ook op het burgerrechtelijk vlak neigt de jurisprudentie veel meer in de richting van een «informed refusal», een voorgelichte weigering dan naar een «informed consent»⁴⁷ of nog: de rechtspraak huldigt de opvatting van de veronderstelde toestemming of het «(geen) bezwaar, tenzij»-beginsel.

⁴⁴ Luik, 24 november 1971, *J.T.*, 1974, 297, en Luik, 23 april 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10.294 en 10.351, noot DALCQ, R.O.

⁴⁵ DALCQ, R.O., noot onder Luik, 23 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1981, 10.351.

⁴⁶ Luik, 12 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1975, 9.449.

⁴⁷ Zie ook VAN KEERBERGHEN, J., «L'aggravation de la responsabilité médicale. Pourquoi? Un bien?» *R.G.A.R.*, 1983, 10.632: «Le moins qu'on puisse dire, est que si les tribunaux confirment l'obligation du consentement éclairé du patient à l'acte médical comportant des risques sérieux, ils hésitent à condamner sur base de cette seule obligation.»

De uitdrukkelijke weigering van de patiënt een bepaalde behandeling te ondergaan moet door de arts worden gerespecteerd⁴⁸.

Dit alles stemt overigens overeen met een nagenoeg unanieme rechtsleer. Hoewel er nogal wat discussie bestaat over de grondslag van het toestemmingsvereiste⁴⁹ gaan de meeste auteurs uit van het beginsel van de veronderstelde toestemming van de patiënt en leggen zij de bewijslast voor het ontbreken van deze toestemming op de patiënt zelf⁵⁰. Mag hieruit worden afgeleid dat het recht op fysieke integriteit, begrepen als bescherming tegen inbreuken van buiten, in de gezondheidszorg nauwelijks van tel is zoals Savatier meende, en Brüggman vooropstelde? Dit gaat te ver. De vraag is in hoeverre het recht op fysieke integriteit verenigbaar kan worden geacht met de veronderstelde toestemming voor een medische ingreep, ook wel «(geen) bezwaar, tenzij»-stelsel genoemd.

VI. Het recht op fysieke integriteit en een stelsel van (geen) bezwaar

14. De conclusie van Dijon⁵¹ dat in ons recht het recht op fysieke integriteit als subjectief recht nauwelijks is beschermd, is op zich overtrokken. Het is onbetwistbaar zo dat het recht op fysieke integriteit de volste bescherming krijgt wanneer de toestemming van de patiënt voor een ingreep nadrukkelijk moeten worden gevraagd. Dit betekent evenwel niet dat dit recht geheel onbeschermd is wanneer de toestemming van de patiënt wordt verondersteld. Hij blijft de mogelijkheid behouden zich nadrukkelijk te verzetten tegen de ingreep. De tegenwerping dat de meeste patiënten zullen aarzelen te weigeren dient te worden gerelativeerd in het licht van de waarschijnlijkheid dat de toestemming van de meeste patiënten ook geen zeer bewuste zal zijn. Of een stelsel van veronderstelde toestemming nog verenigbaar is met een redelijke bescherming van het recht

⁴⁸ Rb. Kortrijk, 23 juni 1960, *R.W.*, 1961-62, 1820; Brussel, 6 januari 1951, *R.W.*, 1951-52, 941, met advies van het O.M.: als de patiënt en de arts een overeenkomst hebben besloten een bepaalde handeling niet toe te passen, dan moet de arts zich daaraan houden. Het bestaan van die overeenkomst moet door de patiënt worden bewezen, en hij mag dit doen door alle middelen. Het arrest spreekt er zich enkel over uit of het getuigenbewijs is toegelaten en zegt niets over de burgerrechtelijke en strafrechtelijke gevolgen van het niet respecteren van de overeenkomst. De opmerking van ANRYS, M., o.c., 106, bij dit arrest dat «le contrat n'est d'ailleurs pas noué faute de l'accord des parties» is klaarblijkelijk onjuist. *Anders*: Rb. Luik, 16 januari 1946, *J.T.*, 290, noot GROSEMANS, R., dat aanvaardt dat de arts tegen de weigering in moet handelen.

⁴⁹ Met name over de vraag of deze buiten of binnen de contractuele sfeer moet worden gezocht.

⁵⁰ Aldus, ANRYS, H., o.c., 63; DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, Larcier, 1967, 384; DEL CARRIL, M., «Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical», *R.G.A.R.*, 1966, hoewel genuanceerd: in de gevallen dat de arts de toestemming moet vragen, d.i. voor de niet-courante verzorging (?) rust de bewijslast op de patiënt; RYCKMANS, X., o.c., 450; VANDENBERGHE, H., o.c., 131. *Anders*: ARNOU, P., o.c., 432: «Het is de dokter die moet bewijzen dat hij ze (=toestemming) gekregen heeft.» Evenwel ontbreekt hiervoor enige argumentatie, en DEL CARRIL, M., o.c.

⁵¹ DIJON, X., o.c., 641: «C'est dire que l'intégrité physique n'est guère protégée comme un droit subjectif.»

op fysieke integriteit dient m.i. te worden getoetst aan drie criteria: de wettelijke grondslag van de veronderstelde toestemming moet plaats maken voor de gevraagde toestemming en de bewijslast van de uitdrukkelijke weigering. In ons recht is het thans zo dat de wettelijke grondslag van de vermoede toestemming slechts indirect kan worden gevonden in het ontbreken van de wederrechtelijkheid van een medische ingreep die blijft binnen de ruime en vermoede grenzen van de toelating van de wet; de drempel ligt erg hoog, d.w.z. dat de veronderstelde toestemming ook nog geldt voor relatief gevaarlijke ingrepen, terwijl de bewijslast voor de weigering op de patiënt wordt gelegd. Toetst men het hier gebruikelijke stelsel van veronderstelde toestemming aan deze criteria dan kan men geneigd zijn de conclusie van Dijon te onderschrijven. Op het principiële vlak evenwel lijkt zijn stelling te sterk.

VII. De veronderstelde toestemming en de wegneming van organen

15. De afweging van de uitdrukkelijke tegenover de veronderstelde toestemming in verband met de bescherming van de fysieke integriteit vertoont enige analogie met de discussie die een tweetal jaren geleden in de pers⁵² werd gevoerd over de invoering van een stelsel van veronderstelde toestemming voor de wegneming van organen op een dode donor, ook wel het geen-bezwaar-stelsel genoemd. Een geen-bezwaar-stelsel houdt in zijn zuivere vorm in dat, na het behoorlijk vastgestelde overlijden, een vermoeden van geen bezwaar, m.a.w. een vermoeden van toestemming ontstaat voor het wegnemen van organen uit het overleden lichaam met het oog op transplantatiedoeleinden. Dit vermoeden kan in het strikte geen-bezwaarstelsel slechts op één manier worden weerlegd, nl. door het verzet dat de overledene zelf tijdens zijn leven op de voorgeschreven wijze heeft geuit. In minder strikte geen-bezwaar-stelsels wordt ook aan de nabestaanden van de overledene, na diens overlijden, de kans gegeven het vermoeden van toestemming te weerleggen door het uiten van verzet⁵³.

16. In 1981 werd bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp ingediend waarin voor het geen-bezwaar-stelsel wordt geopteerd voor de wegneming van organen en weefsels met het oog op transplantatie met therapeutische doeleinden bij dode donors⁵⁴. Onduidelijk is

⁵² Zie o.a. *De Standaard* van 31 maart 1982: «Wetsontwerp Dhoore kan problemen orgaanafname oplossen».

⁵³ Zie, over de diverse stelsels in achttien Westeuropese landen, het overzicht van LEENEN, H.J.J., «Toekenningssysteem of geen-bezwaarsysteem? Orgaantransplantatie. Een belichting vanuit Europees perspectief», *Medisch Contact*, 1983, 731-732.

⁵⁴ Parl. St., *Kamer*, 1980-81, nr. 774, wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels. Dit ontwerp werd nooit door het Parlement besproken. Op dit ogenblik is een herwerkte versie voor advies bij de Raad van State. Het zou een grote overeenkomst vertonen met het hier besproken ontwerp. Cf. GROSEMANS, R., «Considérations sur le projet de loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus», *Journal des Procès*, 7-1-83, 31-34. Men kan zich afvragen of het opschrift van het ontwerp niet te ruim is gekozen: het regelt hoofdzakelijk het wegnemen van organen en weefsels maar slechts zijdelings het transplanteren ervan. Zie bv. artikel 2 dat transplantatie voorbehoudt voor ziekenhuizen. Zie in dit verband de recente Luxem-

evenwel of deze optie het strikte dan wel een minder strikt stelsel van geen bezwaar betreft. Volgens de memorie van toelichting gaat het ontwerp uit van de stelling dat «wie tijdens zijn leven geen verzet heeft uitgedrukt geacht wordt akkoord te gaan om zijn organen af te staan na zijn overlijden». Dit wordt uitgewerkt in artikel 8 van het ontwerp, dat nergens het recht van de nabestaanden vermeldt om na het overlijden zich te verzetten tegen de wegneming⁵⁵. Uit artikel 8, §§ 1 en 2 (a contrario) en artikel 8, § 3, dat als volgt begint: «De geneesheer mag tot de wegneming overgaan indien geen verzet is uitgedrukt op de wijze die de Koning bepaalt», volgt m.i. dat aan de nabestaanden geen recht op verzet toekomt. Deze conclusie wordt evenwel tegengesproken door de slotzin van artikel 8, § 3, en de daarbij horende toelichting. Die slotzin luidt: (wegneming mag behoudens verzet uitgedrukt op de voorgeschreven wijze) «tenzij hij (= de arts) in kennis is gesteld dat er verzet bestaat». Waar dus eerst de indruk wordt gewekt dat de wegneming is toegelaten, tenzij er verzet is van de potentiële donor, en van hem alleen, op de door de Koning voorgeschreven wijze, zal de arts die tot wegneming wenst over te gaan, toch nog rekening moeten houden met het beweerde verzet dat niet op de voorgeschreven wijze is uitgedrukt. De memorie laat daar weinig twijfel over bestaan waar ze stelt: «Hoewel het niet de bedoeling is van de regering om de wijze waarop verzet door de overledene mag worden uitgedrukt te beperken...» (p. 7).

Zo verkrijgen de nabestaanden zijdelings toch nog de mogelijkheid zich na het overlijden te verzetten door de arts in kennis te stellen van het — werkelijke of beweerde — verzet van de overledene⁵⁶. De memorie legt de bewijslast in dit geval wel op de nabestaanden, maar het is de vraag of deze uitleg, die niet in het ontwerp is opgenomen, geschikt is om de artsen die met de wegneming van organen zijn belast gerust te stellen. Ook de Raad van State heeft deze dubbelzinnigheid die het (haar voorgelegde) ontwerp kenmerkt, wat het verzet van de nabestaanden betreft opgemerkt (p.18)⁵⁷.

burgse wet van 25 november 1982 règlant le prélèvement de substances d'origine humaine en de Franse wet van 22 december 1976, die beide slechts spreken over de wegneming (prélèvement).

⁵⁵ Artikel 8, § 2, geeft aan de met hem samenlevende *naastbestaanden* van een (potentiële) donor van minder dan 18 of die niet in staat is zijn wil te kennen te geven het recht zich te verzetten, *echter (slechts) zolang de (potentiële) donor in leven is*. A contrario: niet meer na diens overlijden, zou men kunnen zeggen.

⁵⁶ Men kan veronderstellen dat de slotzin van § 3 is bedoeld om wegneming te voorkomen bij iemand die wel geen verzet heeft uitgedrukt, maar van wie mag worden verondersteld dat hij toch onoverkomelijke bezwaren daartegen heeft, bv. leden van bepaalde religieuze groepen. Dan zou het beter zijn het ontwerp als volgt te amenderen: «tenzij hij diende te vermoeden dat er bij de overledene verzet bestond».

⁵⁷ Merkwaardig is dat ook in de toepassing van de Franse wet van 1976 een identieke dubbelzinnigheid is geslopen. Deze kent geen verzetsrecht van de nabestaanden: Cons. d'Etat, 18 maart 1983, *J.C.P.*, 1983, II, 20.111, noot AUBY. De uitvoeringsbesluiten van de wet, en voornamelijk de circulaire van 3 augustus 1978, houden evenwel zodanig rekening met de wil van de nabestaanden dat het wettelijk beginsel van veronderstelde toestemming wordt uitgehold. Zie in deze zin o.a. DI MARINO, L., «A propos des greffes humaines», *La Presse Médicale* 1983, 1135-1139; DOREY, P., «Les prélèvements d'organe» *Gestions Hospitalières*, 1978,

17. Deze huiver tegenover het strikte geen-bezwaar-systeem is wellicht te verklaren vanuit religieuze en piëteits-overwegingen waarmee de wetgever uiteraard rekening kan houden. Evenwel zijn er geen fundamentele juridische bezwaren in te brengen tegen de invoering van een strikt geen-bezwaar-systeem. Weliswaar erkent het Hof van Cassatie⁵⁸ het recht van iedereen om tijdens zijn leven te beschikken over wat er met hem zal gebeuren na het overlijden, maar door een geen-bezwaar-systeem wordt aan dit recht niet op principiële wijze geraakt. Het beschikkingsrecht blijft onaangetast, maar de modaliteiten volgens welke dit recht wordt uitgeoefend, worden gewijzigd: men verwacht dat iedereen tijdens zijn leven beschikt hetzij op een uitdrukkelijke manier door zich te verzetten tegen de wegneming, hetzij op een stilzwijgende manier door toe te stemmen. Van een collectieve «onteigening» of «nationalisering» van organen zoals sommigen het hebben uitgedrukt, kan niet worden gesproken. Aangezien iedereen, hetzij expliciet, hetzij impliciet zal hebben beschikt, vervalt het recht van de nabestaanden: dit recht komt hun namelijk slechts toe voor zover de overledene niets heeft geregeld.

18. Een geen-bezwaar-stelsel is verenigbaar met het beschikkingsrecht van ieder individu over zijn lijk⁵⁹. Is het werkelijk noodzakelijk een dergelijk stelsel bij wet in te voeren? Als men weet dat voor medische handelingen t.a.v. levenden het geen-bezwaar-stelsel wordt gehanteerd en geaccepteerd door de rechtbanken zonder dat daartoe een duidelijke wettelijke grondslag bestaat, is het dan niet wat paradoxaal een soortgelijk systeem t.a.v. overledenen slechts geoorloofd te achten op grond van een wet? Is ons piëteitsgevoelen tegenover doden sterker dan ons rechtsgevoelen tegenover de levende patiënten? Als hier zondig moet worden geëligificeerd, is het dan niet veeleer t.a.v. de toestemming van de levenden dan het geen bezwaar van de doden? Te meer omdat nu reeds op verschillende plaatsen werkzame constructies bestaan die de wegneming van organen bij overledenen vergemakkelijken⁶⁰. Volgens sommige auteurs biedt de noodtoestand, meer bepaald een grote behoefte aan gezonde nieren, een voldoende rechtvaardigingsgrond voor het toepassen van het geen-bezwaar-sys-

867; PRUVOST, R., «Prélèvements et greffes d'organes», *Hospitalisation Privée*, 1978, 1115; MARQUET, G., «L'hôpital public et l'évolution des prélèvements à des fins scientifiques et thérapeutiques», *Gestion Hospitalières*, 1981, 264; het gevolg hiervan is dat de wet slechts in de helft der gevallen zou worden toegepast.

⁵⁸ Cass., 3 juli 1899, *Pas.*, I, 318; zie daarover o.a. BRICMONT, G., «Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d'organes sur le cadavre de l'homme», *J.T.*, 1971, 145.

⁵⁹ Anders: DE MOOR A., «Transplantatie van organen. Of: zal het recht dwingen tot naastenliefde», *Jura Falc.*, 1976-77, 69-88.

⁶⁰ Zo in het Academisch Ziekenhuis van de Rijksuniversiteit te Gent, waar een geen bezwaarstelsel voor de wegneming van organen bestaat. Het is een afgezwakte versie, want de nabestaanden kunnen zich, na het overlijden, nog verzetten. Zie artikelen 4 en 5 van het reglement inzake obducties en transplantaties, aangehaald door MATTHIJS, J., o.c., 224-225. In de ziekenhuizen van de rijksuniversiteiten van Gent en Luik geldt reeds sedert het midden van de vorige eeuw de regel dat tot autopsie mag worden overgegaan, tenzij de overledene of diens familie zich heeft verzet: zie DIERKENS, R., o.c., 207; ook in Brusselse O.C.M.W.-ziekenhuizen wordt het geen-bezwaar-systeem voor autopsie toegepast; zie RYCKMANS X., en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., I, 469.

teem⁶¹. De rechter kan dan in concrete gevallen toetsen of er van een noodtoestand kan worden gesproken. Deze oplossing spreekt mij wel aan, maar stoot toch op vragen i.v.m. de rechtszekerheid, en de rechtsgelijkheid: een zwaar gewonde die naar een ziekenhuis in X wordt gevoerd zou anders kunnen worden behandeld dan degene die naar Y wordt gebracht. Een andere vraag is: welk misdrijf is gepleegd? Lijkschennis is als zodanig in ons recht niet strafbaar gesteld, maar via een ruime interpretatie van artikel 315 Sw. (verbod van begraving binnen 24 uur na de dood) en 453 Sw. (grafschennis) wel onder het bereik van de strafrechter gebracht⁶². Andere mogelijke misdrijven zijn misbruik van vertrouwen en diefstal⁶³. Daarmee is de vraag gesteld naar de eigendom van organen en kunstorganen.

VIII. Eigendom van organen en kunstorganen

19. Dat het eigendomsrecht geen bruikbare kwalificatie is om het recht tegenover het eigen lichaam uit te drukken, is reeds gezegd (zie nr.3). Wat organen en lichaamsdelen betreft wordt meestal onderscheid gemaakt tussen de vitale, intieme onderdelen zoals bloed, nieren, hoornvlies en de andere onderdelen zoals haar, nagels e.d. Dit onderscheid valt gedeeltelijk samen met niet genereerbare en genereerbare delen, maar toch niet volledig, bv. bloed (vitaal maar genereerbaar). T.a.v. deze vitale intieme onderdelen bestaat een zelfde persoonlijkheidsrecht als tegenover het lichaam in zijn geheel: zij kunnen niet worden verkocht. Daarentegen is een zakelijk recht tegenover andere organen of lichaamsdelen wel denkbaar⁶⁴.

Een orgaan dat wordt getransplanteerd in het lichaam van een ander, gaat behoren tot dit lichaam maar ook hier kan evenmin worden gesproken van een eigendomsrecht.

Een zelfde redenering wordt meestal gevolgd voor kunstorganen, kunstledematen e.d. De meerderheid van de auteurs is van mening dat bv. een pacemaker, die op zichzelf een zaak is en vatbaar voor eigendom, nadat hij bij een patiënt is ingeplant, zijn zaakskarakter verliest en het juridisch statuut volgt van het lichaam waarvan het voortaan deel uitmaakt.

Aangezien een pacemaker qua functie eerder te vergelijken is met vitale onderdelen van het lichaam, is er geen sprake van eigendom t.a.v. een geïmplanteerde pacema-

ker⁶⁵. Anderen stellen daar tegenover dat ook na de implantatie het kunstorgaan zijn zaakskarakter heeft behouden en als eigendom van de patiënt moet worden beschouwd. Zij voegen er evenwel aan toe dat, zolang het kunstorgaan in het lichaam blijft, er geen zakelijke rechten tegenover kunnen worden uitgeoefend omdat de persoonlijkheidsrechten van die mens van een hogere orde zijn⁶⁶. Qua praktisch resultaat verschilt de minderheidsopvatting niet van de meerderheidsopvatting zolang het kunstorgaan zich in het lichaam bevindt.

20. De implantatie, of de incorporatie, is naar de meerderheidsopvatting het doorslaggevend criterium voor de beoordeling van het juridisch statuut van een kunstorgaan. Is dit criterium ook hanteerbaar t.a.v. hulpmiddelen zoals een nierdialyseapparaat, een beademingsapparaat of het kunsthart in de staat van ontwikkeling waarin het zich thans bevindt, die vitale levensfuncties vervullen voor degene die met het apparaat is verbonden? Van werkelijke incorporatie is hier geen sprake. Daartegenover staat evenwel dat in functioneel opzicht een geïmplanteerd kunstorgaan en een levensnoodzakelijk hulpmiddel zeer vergelijkbaar zijn. Functioneel, zou men kunnen zeggen, maakt het deel uit van de lichamelijke van de persoon met wie het is verbonden. Terecht wordt door sommige auteurs gewezen op de vervaging van de grenzen van de lichamelijke door dat vitale levensfuncties buiten het lichaam op gang worden gehouden⁶⁷. De kwestie is nu hoe deze vervaging van de grenzen van de lichamelijke juridisch moet worden geïnterpreteerd. Dient dit te leiden tot een toenemende «verzakelijking» van het menselijk lichaam door deze levensnoodzakelijke hulpmiddelen als een zaak te blijven beschouwen waarop zakelijke rechten kunnen worden uitgeoefend? Of moet de grensvervaging worden opgevangen door een groeiende «verpersoonlijking» van wat buiten het lichamelijke ligt en daarmee op levensnoodzakelijke wijze is verbonden? In dat geval zou bv. een nierdialyseapparaat zijn zaakskarakter verliezen zodra het met het menselijke lichaam is verbonden en zou er van eigendom geen sprake meer zijn. Bij het beoordelen van een en ander dient rekening te worden gehouden met mogelijke ontwikkelingen in de medische wetenschap: wat nu nog niet kan worden geïmplanteerd, kan het misschien morgen wel. Mag dit van determinerend belang zijn in juridisch opzicht? Een andere overweging is dat hulpmiddelen die van buitenuit vitale levensfuncties vervullen, meestal slechts tijdelijk worden ingeschakeld. Hoe korter de duur, hoe minder het besluit zich opdringt dat dit apparaat zijn zaakskarakter verliest.

21. De vraag naar de eigendom van kunstorganen vertoont in praktisch opzicht een zeker belang in verband met de mogelijkheid van het hergebruik van een dergelijk orgaan, bv. een pacemaker. Volgens de hierboven uiteenge-

⁶¹ In die zin ARNOU, P., o.c., 435; LEENEN, H.J.J., *Gezondheidszorg en Recht*, Alphen a.d. Rijn, Samsom, 1981, 132; DEUTSCH, E., «Die Rechtliche Seite der Transplantation», *Z.R.P.*, 1982, 7, 174-177, die om die reden zich verzet tegen een speciale transplantatiewet. Daarvan is overigens in de Bondsrepubliek geen sprake meer.

⁶² DIERKENS, R., o.c., 156 e.v.

⁶³ MATTHYS, J., o.c., 223-224.

⁶⁴ MAEIJER, J.M.M., «Transplantatie van organen en het privaatrecht», *T.P.R.*, 1969, 157; LEENEN, H.J.J., o.c., 1981, 132; DIJON, X., o.c., 675: «Le refus d'un droit patrimonial de l'homme sur son propre corps n'empêche pas l'existence d'un droit réel sur les parties détachables de celui-ci.» Sommigen spreken ook in dit verband alweer over een sui generis recht: zie DIJON, X., o.c., 676, noot 32.

⁶⁵ Zie in die zin SAMSON, E., «Die rechtliche Zulässigkeit der Entnahme von Herzschrittmachern post mortem», *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 1977, 406-408; SLUYTERS, B., «De pacemaker en het recht», *Metamedica*, 1982, 9, 317-318; LEENEN, H.J.J., geciteerd in HAMILTON-VAN HEST, G.C.J.M., «De eigendom van hartstimulatoren, een probleemverkenning», *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1983, 190.

⁶⁶ Zie SAMSON, E., o.c., en HAMILTON-VAN HEST, G.C.J.M., o.c..

⁶⁷ LEENEN, H.J.J., o.c., 1978, 40; DIJON, X., o.c., 676, noot 32.

zette meerderheidsopvatting zal het kunstorgaan, als het uit het lijk wordt verwijderd, opnieuw een zaak worden en toebehoren aan de erfgenamen van de overledene. In de minderheidsopvatting is het kunstorgaan steeds een zaak gebleven die na het overlijden toebehoort aan de erfgenamen. In beide gevallen is hergebruik slechts mogelijk mits toestemming van de erfgenamen is verkregen⁶⁸. Ook in België heeft het hergebruik van pacemakers ingang gevonden omdat daartegen vanuit medische en veiligheidsoverwegingen weinig bezwaar kan worden gemaakt. Het is daarbij, naar men mij meedeelt, niet de gewoonte om de toestemming van de erfgenamen te vragen. Strikt genomen zou hier derhalve sprake zijn van diefstal. Zijn er evenwel geen andere oplossingen denkbaar, die meer tegemoetkomen aan het maatschappelijk en individueel belang dat kunstorganen, uiteraard voor zover dit in medisch opzicht is verantwoord, worden hergebruikt? (Een nieuwe pacemaker kost ongeveer 250.000 fr., terwijl nieuwe chipsmodellen in de maak zijn die zo'n 350.000 fr. zullen kosten.) Het wetsontwerp betreffende de wegneming van organen biedt deze oplossing niet. Onder organen en weefsels worden in de zin van het ontwerp verstaan «alle bestanddelen van *menselijke oorsprong*»⁶⁹. Kunstorganen vallen daar niet onder. Dit betekent derhalve dat het wegnemen van een kunstorgaan na overlijden in tweevoudig opzicht problematisch kan worden genoemd: namelijk zowel wat betreft de lijkopening als voor de wegneming van het kunstorgaan zelf. Wat de lijkopening betreft zou het voldoende zijn het wetsontwerp zodanig te amenderen dat het geen-bezwaar-stelsel ook van toepassing wordt gemaakt wanneer deze geschiedt met het oog op het voor therapeutische doeleinden wegnemen van een kunstorgaan ingeplant bij een menselijk wezen⁷⁰. Daarmee is evenwel nog niet de eigendom van het kunstorgaan opgelost. Wat dit betreft bevat het wetsontwerp geen regeling omdat t.a.v. menselijke organen, zeker de vitale, toch van een eigendomsrecht geen sprake is. Zulk een recht zou wel bestaan t.a.v. kunstorganen, althans na explantatie. Wellicht kan dit probleem zonder wetwijziging worden opgelost. Zolang het kunstorgaan zich bevindt in het overleden lichaam van de drager ervan is er van eigendom geen sprake. Door zulk een orgaan weg te nemen schendt de arts derhalve geen eigendomsrecht (wel eventueel het beschikingsrecht over het lijk, maar daarvoor biedt de amendering van het ontwerp een oplossing), maar wel door het wederrechtelijk onder zich te houden. Indien dit uitsluitend gebeurt met het oog op herimplantatie, en niet om het bv. te verkopen op de zwarte markt, en deze herimplantatie ook therapeutisch verantwoord is, wordt de wederrechte-

lijkheid opgeheven door de noodtoestand, nl. het hogere belang van de zieke die deze pacemaker nodig heeft tegenover het lagere, materiële belang van de erfgenamen. Daarbij dient men voor ogen te houden dat deze pacemaker door de ziekteverzekering werd gefinancierd. Als er van «collectieve eigendom» mag worden gesproken, dan is dat met meer reden t.a.v. deze kunstorganen dan t.a.v. menselijke organen.

22. Moet in dit verband ook niet opnieuw worden herinnerd aan de relatieve onbruikbaarheid van het eigendomsbegrip in deze? Nog bruikbare kunstorganen die vitale functies vervullen, zijn zeer te vergelijken met menselijke organen die, na de hersendood, kunstmatig in leven worden gehouden met het oog op transplantaties. Hoewel de ruimte ontbreekt om uitvoerig daarop in te gaan, moet toch de controversie worden aangeraakt die in juridische kringen bestaat t.a.v. het overlijden.

Volgens de ene strekking wordt het menselijk lichaam een lijk na de hersendood⁷¹. Het beademen en wegnemen van organen is toegelaten, mits aan alle andere juridische eisen wordt voldaan. Volgens een andere, oudere maar nog verdedigde opvatting is het lichaam na de hersendood geen lichaam meer maar evenmin reeds een lijk,⁷² omdat de organen nog een vegetatief leven leiden, eventueel kunstmatig in stand gehouden via beademing.

IX. Bij wijze van besluit

23. Het betrekken van het eigendomsbegrip op de gezondheidszorg mag dan enigszins onwenzelijk zijn wegens de op vertrouwen en, ook wel hiërarchie steunende persoonlijke relaties in de gezondheidszorg, als juridische «oefening» heeft dat toch zijn waarde. Uitgaande van het eigendomsrecht, uitdrukking van de hoogste bescherming die het recht kan bieden, en de relatieve onbruikbaarheid ervan in de gezondheidszorg, komen we tot de vaststelling dat de beschermende rol die het recht pleegt te vervullen, juist in de gezondheidszorg nog te wensen overlaat. Daarvan zal weinig worden verholpen door vanuit het eigendomsconcept oplossingen voor te dragen. Remedies zullen met de specifieke functies die de fysieke integriteit in de gezondheidszorg vervult, rekening dienen te houden en eerbied voor het recht op fysieke integriteit (verstaan als bescherming, als recht op gezondheidszorg en als zelfbeschikking) moeten combineren met het besef dat de beroepsuitoefening in de hedendaagse gezondheidszorg een relatieve autonomie dient te behouden.

Dr. H. NIJS

Lector K.U. Leuven

Bevoegdverklaard navorser N.F.W.O.

⁶⁸ Zie in verband met de verplichting van de arts de patiënt bij wie een «tweedehands» pacemaker wordt ingeplant, RIEGER, H.J., «Aufklärungspflicht bei der Implantation gebräuchter Herzschrittmacher», *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 1980, 1270-1271.

⁶⁹ *Parl. St., Kamer*, 1980-91, nr. 774, 1, 5; zie ook artikel 1: «wegneming van organen of weefsels van het *menselijk lichaam van een persoon*».

⁷⁰ Men zou zelfs de lijkopening kunnen toestaan wanneer de wegneming van het kunstorgaan slechts met wetenschappelijke oogmerken gebeurt, bv. voor het onderzoeken van slijtage (het Belgische ontwerp is evenwel slechts van toepassing op wegneming met therapeutische doeleinden, anders dan bv. de Franse wet).

⁷¹ LEENEN, H.J.J., o.c., 1981, 129.

⁷² MAEIJER, J.M.M., o.c., 155; MATTHYS, J., o.c., 218; DIERKENS, R., o.c., 1981, 82; «Het recht kent slechts de lichamelijke dood. Uitdrukkingen zoals vegetatief leven, klinische dood, hersendood enz. moeten juridisch worden herleid tot leven of dood.»

Over de relevantie van het hersendoodcriterium bestaat een overvloedige literatuur. Zie o.c. KENNEDY, I., *The unmasking of medicine*, Londen, Paladin, 1983, 199 e.v., die als criterium de hersenstamdood vooropstelt.

INTELLECTUELE EIGENDOM EN NIEUWE TECHNOLOGIEËN

(Bescherming van computerprogramma's. Biologische uitvindingen. Kwekersrechten)

I. Inleiding

1. Wanneer de Vlaamse Juristenvereniging congresseert over het thema «Eigendom» past het ook enige aandacht te schenken aan wat men de «intellectuele eigendom» noemt. Hiermee bedoelt men zowel het auteursrecht, ook genoemd «artistieke eigendom», als de «industriële eigendom», dit zijn in hoofdzaak merken-, modellen-, octrooi- en kwekersrechten. Deze terminologie werd wel eens bekritiseerd omdat zij verwarring zou veroorzaken met het eigendomsbegrip in het Burgerlijk Wetboek¹. De hier bedoelde rechten hebben inderdaad geen stoffelijk voorwerp, want zij slaan op een intellectuele en dus immateriële prestatie. Daarom verkiezen sommigen te spreken van «intellectuele rechten» («droits intellectuels», «Immaterialgüterrechte»)². Toch blijft de uitdrukking «intellectuele eigendom» waardevol omdat zij erop wijst dat ten aanzien van «voortbrengselen van de geest»³ rechten kunnen ontstaan die net zo exclusief en absoluut werken als de civiele eigendom op lichamelijke voorwerpen⁴. De term wordt dan ook vandaag nog gebruikt en is internationaal aanvaard zoals bv. blijkt uit het Verdrag van 14 juli 1967 «tot oprichting van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom» met zetel te Genève⁵.

2. In dit preadvies zal worden gewezen op enkele zeer actuele toepassingen van deze intellectuele eigendom, zoals die van belang kunnen zijn in het raam van een «derde industriële revolutie», meer bepaald de bescherming van creaties op het gebied van de informatica, de bio-technologie en de agro-industrie.

Waarom zijn intellectuele rechten voor deze nieuwe technologieën van belang? Omdat zij als eigendomsrechten een juridische exclusiviteit verzekeren voor de exploitatie van nieuwe vindingen en bijgevolg een stimulans betekenen voor de inventiviteit, gedane onderzoeksinvesteringen doen renderen en de economische vooruitgang stimuleren. Zonder bescherming dreigt straffeloze imitatie heel wat initiatieven te fnuiken. Het ontwikkelen van nieuwe technologieën vergt inderdaad tijd, moeite en geld. Het namaken is

daarentegen dikwijls gemakkelijk en goedkoop. Zo kan een computerprogramma waarvan de realisatie 60 miljoen heeft gekost en dat in de handel wordt verkocht tegen 9.600 frank gemakkelijk worden gekopieerd op een blanco schijfje van 200 frank⁶. Het kweken van een nieuw aardappelras kan tien jaar onderzoek vergen, die van een nieuwe fruitboomvariëteit tot vijftien jaar, en toch kan iedereen zonder veel moeite het verkregen produkt vermenigvuldigen⁷. Het toekennen van exclusieve rechten op deze prestaties maakt intellectuele diefstal moeilijker en vermijdt aldus dat de creativiteit en de onderzoeksbereidheid worden ontmoedigd.

Een exclusieve bescherming verhoogt bovendien de verhandelbaarheid van nieuwe ontwikkelingen. Wie voortdurend moet vrezen dat buitenstaanders zijn technologie gaan imiteren, zal deze zoveel mogelijk geheim houden. Het bestaan van de juridische mogelijkheid om niet geautoriseerde personen van de exploitatie af te houden zal de houder van het recht er echter toe brengen met een meer gerust gemoed in onderhandelingen te treden met anderen en licentieovereenkomsten te sluiten.

Een nieuwe technologie onder een statuut plaatsen van intellectuele eigendom betekent bijgevolg een steun voor de ontwikkeling en de verspreiding ervan. In welke mate dit mogelijk blijkt, onderzoeken wij eerst aan de hand van het voorbeeld der computerprogramma's.

II. De bescherming van computerprogramma's

A. Bescherming langs het octrooirecht

3. Een programma is een reeks instructies aan een computer om een bepaalde opdracht uit te voeren⁸. Ieder computersysteem is meerdere programma's rijk. Altijd is er een reeks «systeem-programma's» (system software) die door de constructeur samen met de machine worden geleverd en die de werking van het systeem coördineren en leiden. De gebruiker voegt daar zijn eigen programma's aan toe («toepassingsprogrammatuur» of «application software») waarin hij, al naar gelang van zijn persoonlijke informatiebehoeften, aangeeft wat hij van de computer verlangt. Hierbij kan hij gebruik maken van voorafbestaande «standaardprogramma's» die hij als «applicatiepakketten» kan kopen. Zo niet, dan gaat hij zelf de geschikte software schrijven of laten schrijven («maatprogramma's»).

4. Zeer snel werd de noodzaak aanvoeld om de aan-

¹ RENAULD, J.G., *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Brussel, 1955, p. 281; R. FRANCESCHELLI, «Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur», *Mélanges P. Roubier*, Parijs, 1961, 453 e.v. en *Trattato di diritto industriale*, Milaan, 1960, I, 9 e.v., II, 535 e.v.

² Zie bv. DABIN, J., *Le droit subjectif*, Parijs, 1952, 190.

³ Dit is de titel voor het toekomstige boek IX in het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Hierover COHEN JEHOORAM, H., *Kernpunten van intellectuele eigendom en mediarecht*, Zwolle, 1984, 231-234.

⁴ DRUCKER, W.H., BODENHAUSEN, G.H.C., en WICHERS, HOETH, L., *Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom*, Zwolle, 1976, «Inleiding», XXI e.v.; CORNISH, W.R., *Intellectual Property*, Londen, 1981, 3-4; TROLLER, A., *Précis du droit de la propriété immatérielle*, Basel, 1978, 47.

⁵ Zie de tekst in VAN HECKE, G., REMOUCHAMPS, L. en GOTZEN, E., *Wetboek Intellectuele Rechten*, Gent, losbladig.

⁶ Cijfervoorbeeld uit STAINES, A., «Protecting Authors' Rights in Computer Software», *E.I.P.R.*, 1983, 143.

⁷ BYRNE, N.J., «Les critères agrotechniques dans la législation sur la protection des obtentions végétales», *P.I.*, 1983, 316 en 326-327.

⁸ Vgl. de meer uitgebreide definitie in art. 1 van de «dispositions types sur la protection du logiciel» gepubliceerd door de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO-OMPI) te Genève in D.A., 1978, 13: «Il faut entendre par programme d'ordinateur, un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche, ou un résultat particuliers par une machine capable de faire du traitement de l'information.»

zienlijke investeringen in tijd en geld die met het schrijven van nieuwe programma's gepaard gaan te beschermen tegen namaking. De technische kant van de informatica heeft ertoe geleid dat men in een eerste fase vooral oplossingen zocht in het octrooirecht.

De huidige Belgische Octrooiwet van 24 mei 1854 bevat geen specifieke bepalingen over computerprogramma's. In ons land is er hierover evenmin enige rechtspraak, zodat wij terugvallen op buitenlandse arresten en voorts op wat de doctrine hier en elders over dit onderwerp heeft geschreven.

5. Het staat buiten kijf dat de computer-«hardware» door een geldig octrooi kan worden beschermd zodra nieuwe en originele apparatuur wordt ontwikkeld⁹. Met de «software», of de zachte kant van de informatica, zoals die tot uiting komt in een programma, ligt de zaak wel wat moeilijker.

Octrooibeschermt van een programma als *produkt* komt niet in aanmerking. Weliswaar kan een nieuwe en originele informatiedrager waarin een programma wordt vastgelegd, eventueel door een octrooi worden beschermd. De nu gebruikelijke dragers zoals kaarten, banden, schijven of «chips» zijn echter al lang niet meer nieuw¹⁰. Vooral is er echter het feit dat de materiële onderbouw van software veel minder van belang is dan de daarin uitgedrukte oplossing. Het is de immateriële inhoud die dient te worden beschermd, en die blijft steeds dezelfde ook al wisselt het registratiemiddel, zoals bij het overbrengen van een geschreven programma op magneetband, waarna dezelfde gegevens in de computer worden ingevoerd om op een magneetschijfgeheugen te worden gefixeerd.

6. Wie het heeft over bescherming van oplossingen denkt onmiddellijk aan het voorbeeld van een scheikundige formule en bijgevolg aan die andere vorm van octrooi die slaat op een *werkwijze*¹¹. Inderdaad kan men een programma zien als een onlichamelijk middel, bestaande uit instructies aan een computer, dat toestaat een resultaat te bereiken, namelijk het verwerken van gegevens. De door de programmator hiertoe uitgewerkte oplossing kan zeer wel nieuw zijn en getuigen van een voldoende uitvindingshoogte in de mate dat zij op een originele manier het ingewikkelde probleem aanpakt van de volledige verwerking van een groot aantal gegevens op de meest rationele en snelste wijze.

Niets zou bijgevolg de bescherming in de weg staan mocht het octrooirecht niet tevens als eis stellen dat de uitvinding onmiddellijke en tastbare industriële resultaten opbrengt. Zuivere ideeën en abstracte oplossingen worden niet beschermd. Nu is er in de buitenlandse rechtspraak een tendens om computerprogramma's te beschouwen als zuiver mathematische oplossingen die, behoudens uitzonder-

lijke omstandigheden, op zichzelf niet voor octrooibeschermt in aanmerking komen¹².

7. Er zijn nochtans argumenten om het tegendeel te bepleiten. Inderdaad is het zo dat de idee om op een bepaalde wijze een probleem te behandelen en er een abstracte oplossing aan te geven niet octrooieerbaar kan zijn. Een computerprogramma is echter meer dan de uitdrukking van een abstracte gedachte. Het bevat tevens een reeks concrete technische instructies.

Om dit aan te tonen merken sommigen vooreerst op dat heel wat programma's dienen om geautomatiseerde werkplaatsen te besturen, wat ontegensprekelijk op een industrieel resultaat wijst¹³. Anderen menen echter dat deze uitleg slechts onvolledige oplossingen biedt, aangezien men daarmee nog steeds geen bescherming kan verlenen aan tal van waardevolle programma's die voor andere toepassingen worden geschreven, zoals wetenschappelijk onderzoek of boekhoudkundige operaties. Terecht wijzen deze critici er bovendien op dat de aangevoerde industriële toepassing niet onmiddellijk uit het programma zelf voortvloeit, maar slechts een verderliggend resultaat is van de werking van de gehele computer die inderdaad, maar dan eerst in het latere stadium van de «output», industrieel bruikbare antwoorden kan produceren¹⁴. Wel kan het gebeuren dat een industrieel procédé waarin o.m. een geprogrammeerde computer tussenkomt om berekeningen te versnellen, in zijn geheel octrooieerbaar is¹⁵, maar hiermee is nog niets gezegd over

¹² In Nederland de beslissingen van de Octrooiraad, Afdeling van Beroep van 16 december 1970, *B.I.E.*, 1971, 54; 3 september 1981, *B.I.E.*, 1983, 335 en 19 januari 1983, *B.I.E.*, 1983, 336. Hierover DEKKER, J., «Octrooirechtelijke bescherming van computerprogramma's in Nederland», *B.I.E.*, 1983, 304 en HANNE-MAN, M.W., «De octrooieerbaarheid van software uitvindingen in Nederland», *B.I.E.*, 1983, 317.

In Duitsland Bundesgerichtshof, 22 juni 1976, *GRUR*, 1977, 96; 21 april 1977, *GRUR*, 1977, 657; 7 juni 1977, *GRUR*, 1978, 102; 14 februari 1978, *GRUR*, 1978, 420; 13 mei 1980, *GRUR*, 1980, 849; 16 september 1980, *GRUR*, 1981, 39. Hierover KOLLE, G., «Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht», *GRUR*, 1977, 58 e.v. en «Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland», *GRUR*, 1982, 443 e.v.

In Oostenrijk Patentamt, Beschwerdeabteilung, 12 dec. 1967, *GRUR Int.*, 1968, 211; Nichtigkeitsabteilung, 28 maart 1968, *GRUR Int.*, 1968, 381; Beschwerdeabteilung, 29 oktober 1970, *GRUR Int.*, 1971, 337.

In Zwitserland Bundesgericht, 12 december 1972, *GRUR Int.*, 1974, 226.

In de Verenigde Staten Supreme Court, 20 november 1972, *Gottschalk v. Benson*, 175 *USPQ* 673 en 22 juni 1978, *Parker v. Flook*, 437 *US* 584.

¹³ VANDERPERRE, R., «La propriété industrielle face à l'informatique», *Ing. Cons.*, 1967, 202 en «La protection des systèmes automatiques en Belgique», *Ing. Cons.*, 1968, 277 e.v.; DEBETEN-COURT, J., «La protection juridique des programmes d'ordinateurs», *Ing. Cons.*, 1972, 9.

¹⁴ BUCH, P., «La protection juridique des programmes d'ordinateurs», *Ing. Cons.*, 1976, 172; GOTZEN, F., «L'ordinateur et la propriété intellectuelle», *J.T.*, 1976, 90.

¹⁵ Zie U.S. Supreme Court, 3 maart 1981, *Diamond v. Diehr*, 450 *U.S.*, 175: Hierover STERN, R.W., «La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats-Unis d'Amérique», *P.I.*, 1982, 169-171.

Verg. BGH, 13 mei 1980, *GRUR*, 1980, 849, en Parijs, 15 juni 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, 368, met de commentaar van CHAVANNE, A., en AZEMA, J., in *R.T.D.C.*, 1981, 532.

⁹ PANEL, F., *La protection des inventions en droit européen des brevets*, Parijs, 1977, 58. Zie ook het antwoord van de minister van Economische Zaken tijdens de bespreking van het wetsontwerp op de uitvindingsoctrooiën in de senaatscommissie, *Parl. St., Senaat*, 1983-84, 585/2, 6.

¹⁰ GEVAERT, H., *Juridische preventie bij computercontracten*, Brugge, 1983, 112; PANEL, F., o.c., 58.

¹¹ LUCAS, A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Parijs, 1975, 15-16.

de bescherming van de computer of van zijn programma's afzonderlijk genomen¹⁶.

8. Er is ook een tweede argument waaraan niet dezelfde bezwaren kleven. Zoals o.m. blijkt uit Engelse rechtspraak¹⁷, moet men het programma op zich beschouwen als een reeks instructies om een computer op optimale wijze te benutten. Het vereiste industriële resultaat is dan onmiddellijk aanwezig, ook wanneer het gaat om zuiver wetenschappelijke of boekhoudkundige toepassingen, door het loutere feit dat er een machine, nl. de computerapparatuur, volgens de gegeven bevelen gaat draaien¹⁸. Ook bij deze voorstelling van zaken zijn weliswaar bedenkingen geformuleerd. Zo werd er aangevoerd dat het functioneren van de computer niet meer nieuw kan zijn aangezien deze in zich reeds alle mogelijke denkbare combinaties draagt^{18a}. Daarbij vergeet men echter dat niet het industriële resultaat nieuw moet zijn, doch alleen de uitvinding zelf, hier dus de opbouw van de geprogrammeerde instructies. Zo ook worden reeds lang geldige octrooien verleend voor werkwijzen die van oudsher bekende produkten op een nieuwe wijze tot stand brengen, zoals een nieuwe chemische formule om rubber te vervaardigen.

9. Er zijn bijgevolg goede redenen om computerprogramma's onder het systeem van het octrooirecht te brengen en meer bepaald ook onder de Belgische wet van 24 mei 1854.

De gehele kwestie is nochtans in een ander daglicht komen te staan sinds op 7 oktober 1977 het Verdrag van München inzake de verlening van Europese octrooien o.m. ook voor ons land in werking is getreden¹⁹. Sinds die dag kan men in plaats van de gewone Belgische procedure te volgen voor het verkrijgen van een octrooi — wat nog altijd mogelijk blijft — een Europese weg kiezen waarvoor men met één enkele aanvraag en één onderzoek een titel kan verkrijgen die geldt in een groot aantal landen en o.m. ook bij ons. Aldus verleende octrooien worden dan

¹⁶ PANEL, F., *La protection des inventions en droit européen des brevets*, Parijs, 1977, 58; KOLLE, G., «Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht», *GRUR*, 1974, 15-16 en 20; MATHELY, P. in *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, 1973, 278.

¹⁷ Patent Office, 25 november 1965, Slee and Harris's Application, *Fleet Street Patent Law Reports*, 1966, 51; Patents Appeal Tribunal, 27 februari 1968, Badger Company Incorporated's Application, *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, 1970, 36; Patents Appeal Tribunal, 23 oktober 1969, Gevers' Application, *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, 1970, 91; Patents Appeal Tribunal, 30 juli 1973, Burroughs Corporation's Application, *Fleet Street Patent Law Reports*, 1973, 439. Hierover BERESFORD, K.D.L., «The protection of inventions in Computer Programs in the United Kingdom», *Annual of Industrial Property Law* 1975, 384 e.v.

¹⁸ Verg. BENDER, D., «Computer Programs: Should They be Patentable?», *Patent Law Review*, 1969, 549-552; ULMER, E., «La protection par le droit d'auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier», *RIDA*, 172, LXXIV, 65; ZIPSE, E., «Wird das künftige europäische Patenterteilungsverfahren den modernen zukunftsintensiven Technologien gerecht?», *GRUR Int.*, 1973, 185; VANDENBERGHE, G., *Bescherming van computersoftware*, Proefschrift R.U.Gent, 1983, Deel II, Hoofdst. 2, Afd. 2, II, 3.

^{18a} KOLLE, G., o.c., *GRUR*, 1977, 72-73.

¹⁹ Verdrag van 5 okt. 1973 goedgekeurd door de wet van 8 juli 1977, *B.S.*, 30 september 1977.

verder aan de Belgische octrooiwet onderworpen, maar met inachtneming van enkele uniforme Europese grondregels die o.m. de octrooieerbaarheid van uitvindingen betreffen. Bij deze regels hoort nu een artikel 52 dat in lid 2 en 3 computerprogramma's «als zodanig» in één adem vermeldt met wiskundige methodes en stelsels voor het verrichten van geestelijke arbeid, als voorbeelden van prestaties die niet tot de «uitvindingen» in de zin van het Verdrag mogen worden gerekend. Bijgevolg is het vandaag reeds zo dat computerprogramma's in België voor dat deel van de hier geldende octrooien dat langs de Europese weg is verkregen, niet meer voor bescherming in aanmerking komen.

10. Terecht werd art. 52 van het Verdrag van München wegens zijn radicale uitsluiting van de computerprogramma's gekwalificeerd als een weinig toekomstgerichte bepaling nu het er voor Europa juist op aan komt innoverende technologieën te stimuleren²⁰. Deze afwijzende houding gaat zeker niet terug op een bestaande *communis opinio* zoals men wel kon zeggen voor andere in art. 52 genoemde zaken, bv. de uitsluiting van ontdekkingen. De kwestie van de octrooieerbaarheid der programma's was ten tijde van het opstellen van het Verdrag minstens even omstreden als nu. De weigering om ze in het Europese octrooiverleningssysteem te betrekken vloeit dan ook veel minder voort uit de grote principes van het octrooirecht, dan wel uit een onmiddellijke praktische bekommernis. Men vreesde namelijk dat het nieuw op te richten Europese Octrooibureau reeds in de aanloopfase overrompeld zou kunnen worden met een te groot aantal aanvragen voor niet zo makkelijk te onderzoeken software-uitvindingen²¹.

11. Nu is het wel zo dat het Europese Octrooiwet de nationale wetgevers de vrijheid niet ontnemt om een meer innovatievriendelijke houding aan te nemen door met de eigen octrooiverleningsprocedure toch software-octrooien toe te laten. De aangesloten Staten zijn inderdaad niet verplicht de Verdragsregels over de octrooieerbaarheid in de nationale wetgeving over te nemen²². Toch is gebleken dat vele landen in Europa ondertussen reeds hun octrooiwet vrijwillig hebben afgestemd op de Europese bepalingen om te vermijden dat het Europese en het nationale regime op hun grondgebied te zeer uit elkaar zouden lopen²³. Die bekommernis heeft ertoe geleid dat ook de zeer omstreden problematiek van de programmabescherming in één keer werd opgelost door een letterlijke overname van de uitsluitingsbepaling in artikel 52 van het Verdrag. Dit is nu reeds

²⁰ ZIPSE, E., o.c., *GRUR Int.*, 1973, 185-186.

²¹ PANEL, F., *La protection des inventions en droit européen des brevets*, Parijs, 1977, 56-61.

²² VAN EMPEL, M., «Vers un droit européen des brevets», *R.M.C.*, 1972, 722; VAN BENTHEM, J.B., «La Convention de Munich, justification et droit matériel», *Droit et pratique du commerce international*, maart 1977, 3, 1, 15-16; CHAVANNE, A. en AZEMA, J., «Propriété Industrielle», *R.T.D.C.*, 1977, 307; PANEL, F., o.c., 10; PIETZCKER, R., *E.P.U.*, *G.P.U.*, *P.C.T.*, Köln, 1977, 8; EECKMAN, P., «Internationaal (Europees en communautair) octrooirecht», *S.E.W.*, 1981, 160.

²³ GRUSZOW, L. en REMICHE, B., *La protection des inventions*, Brussel, 1978, 36-37; HAERTEL, N. en SINGER, R., «Les trois premières années du fonctionnement de la procédure de délivrance de brevets européens», *P.I.*, 1981, 366-367.

het geval in de Bondsrepubliek²⁴, Frankrijk²⁵, Italië²⁶, het Verenigd Koninkrijk²⁷, Zweden²⁸ en zelfs in Denemarken²⁹, Finland³⁰ en Noorwegen³¹, hoewel deze laatste landen geen partij zijn bij het Europese Octrooiverdrag.

12. Het is te betreuren dat ook de Belgische wetgever dezelfde weg opgaat en in art. 3 van het ontwerp voor een nieuwe Belgische Octrooiwet de weinig toekomstgerichte bepaling uit artikel 52 van het Europese Verdrag slaafs overschrijft³². Wil men een derde industriële revolutie, dan moet men ook durven, desnoods op het nationale vlak alleen, juridisch te innoveren. Wel zijn wij er ons van bewust dat België op dit gebied slechts een kleine rol speelt in het Europese concert en dat een uitsluitend Belgisch octrooi voor een computerprogramma slechts een beperkte waarde kan hebben. Toch mag men niet uit het oog verliezen dat, anders dan de hierboven geciteerde Staten, een andere groep landen in Europa recente aanpassingen van hun octrooiwetgeving aan het Europese Octrooioverdrag *niet* heeft aangegrepen om ook de computerprogramma's uitdrukkelijk te weren. Dit is met name het geval geweest in onze buurlanden Nederland³³ en Luxemburg³⁴, en ook in Zwitserland³⁵ en Oostenrijk³⁶. Meteen wordt aan de bovenver-

melde rechtspraak in die landen de nodige ruimte gelaten om verder te evolueren en te verfijnen³⁷. België zou best dit voorbeeld volgen en de kwestie van de bescherming van computerprogramma's aan de wijsheid van de rechter overlaten die dan gewoon de algemene criteria van het octrooi-recht kan aanwenden. Een dergelijke houding lijkt des te meer aangewezen omdat Europa de wereld niet is en met name in de Verenigde Staten de jurisprudentiële ontwikkeling i.v.m. software-octrooiën, los van enige wettelijke of verdragsrechtelijke beperking, verder evolueert in een richting die wel eens veel minder afwijzend zou kunnen worden dan oorspronkelijk het geval leek te zijn³⁸.

Wat er ook van zij, de tendens tot inkrimping van de octrooimogelijkheden zowel in eigen land als in Europa moet er ons in elk geval toe aanzetten om andere beschermingsmogelijkheden te onderzoeken. Daarbij dient zich in de eerste plaats de wetgeving op het auteursrecht aan.

B. Bescherming via het auteursrecht

13. Juist zoals in het octrooierecht is het vraagstuk van de bescherming voor computerprogramma's door het auteursrecht tot nu toe in België noch door de wetgever noch door de rechtspraak uitdrukkelijk behandeld. De oplossing moet bijgevolg ook hier worden aangeduid met verwijzing naar buitenlandse vonnissen en naar in België elders verschenen rechtsleer.

Afgewerkte programma's verschijnen in de vorm van schijven, diskettes of banden. Om zo een programma te gebruiken op een computer moet men het invoeren in het centrale geheugen, van waaruit het meestal voor stockering verder zal worden geleid naar een extern geheugen met eigen schijven, diskettes of banden. Van daar kan het te allen tijde opnieuw in het centrale geheugen worden geladen. Uiteraard kan een programma ook rechtstreeks via terminal worden ingevoerd. Het programma wordt eerst neergeschreven in een symbolische programmeertaal zoals COBOL of FORTRAN. Zulk een «bronprogramma» («source program») zal dan door de computer zelf worden omgezet in een voor hem verstaanbare taal, de «machinetaal» of «object code». Voorafgaand aan het eigenlijke programmeerwerk is er echter dikwijls reeds een geschreven analyse gemaakt van het probleem en werd er een oplossing aangeduid langs een grafische voorstelling der instructies in de vorm van diagrammen, die men noemt «flowcharts» of

²⁴ Art. 1, wet 16 december 1980, in *Lois et Traités de Propriété Industrielle*, Genève, losbladig.

²⁵ Art. 6, wet van 2 januari 1968, laatst gewijzigd op 13 juli 1978, *l.c.*, noot 24. Een vergelijkbare uitsluiting kwam reeds voor in art. 7 van de oorspronkelijke versie van deze wet. Zie hierover Parijs, 22 mei 1973, *P.I.B.D.*, 1973, III, 197 en *Annales*, 1973, 275, noot MATHÉLY, bevestigd door Cass., 28 mei 1975, *P.I.B.D.*, 1975, III, 349 en *Annales*, 1975, 217.

²⁶ Art. 12, gecoördineerde wet van 29 juni 1939, laatst gewijzigd op 22 juni 1979, *l.c.*, noot 24.

²⁷ Art. 1, Patents Act 1977, *l.c.*, noot 24.

²⁸ Art. 1, wet van 1967, zoals gewijzigd in 1980, *l.c.*, noot 24.

²⁹ Art. 1, wet 20 december 1967, laatst gewijzigd op 8 juni 1978, *l.c.*, noot 24.

³⁰ Art. 1, wet 15 december 1967, laatst gewijzigd op 6 juni 1980, *l.c.*, noot 24.

³¹ Art. 1, wet 15 december 1967, laatst gewijzigd op 8 februari 1980, *l.c.*, noot 24.

³² Ontwerp van wet op de uitvindingsoctrooiën overgezonden door de Kamer, *Parl. St., Senaat*, 1983-84, 585/1.

³³ Rijsoctrooiwet laatst gewijzigd op 13 december 1978, Bijlage bij *B.I.E.*, 15 maart 1979.

³⁴ Art. 1, cijfers 1 en 2, van de wet van 30 juni 1880, zoals vervangen door art. 4 van de wet van 31 oktober 1978, *Mémorial*, A-N°73, 9 november 1978, 1658, herhaalt nagenoeg letterlijk de bepaling in art. 52, lid 1 tot 3, van het Europese Octrooioverdrag. Anders dan in de verdragstekst worden computerprogramma's in de Luxemburgse wet echter niet meer uitdrukkelijk vernoemd en worden slechts van de bescherming uitgesloten «tous autres systèmes dans la mesure où ils ont un caractère purement abstrait».

³⁵ Wet van 25 juni 1954, zoals gewijzigd op 17 december 1976, *Lois et Traités de Propriété Industrielle*, Genève, losbladig. BRAENDLI, P., «Le nouveau droit suisse des brevets», *P.I.*, 1978, 177 e.v., schrijft hierover: «le législateur suisse n'a pas repris, de manière servile, les dispositions conventionnelles (...) C'est en vain que l'on chercherait dans la loi sur les brevets un catalogue des objets et des activités non brevetables tels qu'énoncés de manière non exhaustive dans la Convention sur le brevet européen (art. 52).»

³⁶ Patentgesetz 1970, laatst gewijzigd op 11 november 1981, en Patentverträge-Einführungsgesetz van 16 december 1978, *l.c.*, noot 35.

³⁷ Zo zou in Nederland de jongste beslissing van de Octrooi-raad, Afdeling van Beroep van 19 januari 1983, *B.I.E.*, 1983, 336 wijzen op een meer positieve benadering van de softwarebescherming. In die zin HANNEMAN, M.W., «De octrooieerbaarheid van software uitvindingen in Nederland», *B.I.E.*, 1983, 317 e.v.

³⁸ Zie in dit verband de arresten van het Supreme Court van 3 maart 1981, *Diamond v. Diehr*, 450 *U.S.*, 175, en 9 maart 1981, *Diamond v. Bradley*, 450 *U.S.* 381 die ten opzichte van uitvindingen i.v.m. computersoftware minder afwijzend lijken te staan dan de in noot 12 geciteerde arresten Benson en Flook. Aldus VANDENBERGHE, G., *Bescherming van computersoftware*, proefschrift R.U. Gent, 1983, deel II, hoofdst. 2, afdelning 1, V en VII; STERN, R.H., «La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats-Unis d'Amérique», *P.I.*, 1982, 169-171.

stroomschema's. Deze veelheid van materiaal verklaart waarom in de «model provisions for a national law on the protection of computer software» opgesteld door WIPO-OMPI, de internationale organisatie voor de intellectuele eigendom, onder het begrip «computer software» niet alleen het eigenlijke programma zelf wordt vermeld maar ook «program descriptions» en ander «supporting material»³⁹.

14. Precies omdat software is neergelegd in materiële dragers zoals geschriften, grafieken, kaarten, schijven, banden of zelfs «chips» kan men de mogelijkheid van een bescherming via het auteursrecht niet uitsluiten. Het zijn immers niets anders dan de materiële verschijningsvormen van een intellectuele schepping, net zoals een boek de onderbouw vormt van een literair werk. De voor auteursbescherming vereiste originaliteit kan bij computerprogramma's zeker aanwezig zijn in de mate dat zij op een persoonlijke wijze vorm geven aan het te verwerken probleem⁴⁰. De wegen om tot een zelfde resultaat te komen kunnen inderdaad op verschillende manieren worden beschreven, die zullen afhangen van de eigen stijl van de programmeur, net zoals twee wetenschapslui een zelfde natuurkundige theorie op een aparte wijze kunnen te boek stellen. De situatie bij computerprogramma's of in wetenschappelijke geschriften verschilt daarbij in wezen niet van de toestand op literair gebied waar een zelfde gegeven geheel persoonlijk kan worden behandeld door twee verschillende schrijvers. Welnu, het is precies dit aspect van persoonlijke vormgeving waaraan een artistiek eigendomsrecht kan worden vastgeknoot. De vraag of daarnaast ook de inhoudelijke oplossing zelf creatief kan worden genoemd is voor de auteursrechtelijke bescherming van programma's even irrelevant als de vraag naar de wetenschappelijke waarde van een handboek over fysica⁴¹.

15. De meerderheid in de buitenlandse doctrine lijkt gewonnen voor de gedachte dat software onder het auteursrecht valt⁴².

Afwijkende meningen onderstrepen meestal dat programma's geen enkel artistiek, esthetisch of cultureel karakter vertonen en integendeel midden in de zuivere techniek zijn geïntegreerd. Er wordt dan ook in die visie betwijfeld of het mogelijk is via de artistieke eigendom te komen tot de bescherming van een spits technologie die in de jongste industriële revolutie op een zo grote schaal wordt toegepast. Het auteursrecht zou daarvoor niet zijn geschreven en zou beperkt dienen te worden tot de waarlijk kunstzinnige uitingen van de menselijke geest⁴³.

Zulk een argument is echter geenszins doorslaggevend nu het auteursrecht ontegensprekelijk reeds geruime tijd veel meer beschermt dan de traditionele Schone Kunsten. Zo betwist niemand dat zuiver wetenschappelijke boeken of tijdschriftartikelen onder het auteursrecht vallen. Ook tech-

⁴² Zie o.m. MEGRET, J., «Quelques problèmes juridiques posés par l'informatique», *Gaz. Pal.*, 1970 (1er Sem.), Doctrine, 68; DESBOIS, H., *Le droit d'auteur en France*, Parijs, 1978, 55-57; LE STANC, C., «Copyright Protection of Computer Software in Civil Law Countries», in *The Legal Protection of Computer Software*, Oxford, 1981, 92 e.v.; COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique*, Parijs, 1980, nr. 40, p. 41; VERKADE, D.W.F., «Bescherming van computerprogramma's», *Intermediair*, 31 oktober 1969 49, «Auteursrechtelijke verwickelingen m.b.t. computerprogramma's en -geheugens», *Auteursrechtbelangen*, Winter 1969, 4 en *Softwarebescherming*, Alphen aan den Rijn, 1972, 26-27, «Bescherming van software anno 1983», in *Jurist en Computer*, Deventer, 1983, 183-197, «Bescherming van computerprogrammatuur in Nederland», *B.I.E.*, 1983, 298-303; DITTRICH, R., «Elektronische Datenverarbeitung und Urheberrecht», *Oesterreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1970, 11-12; ULMER, E., «La protection par le droit d'auteur des oeuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier», *RIDA*, 1972, LXXIV, 67 e.v.; KOLLE, G., «Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht», *GRUR*, 1974, 8 e.v.; ULMER, E. en KOLLE, G., «Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen», *GRUR Int.*, 1982, 489 e.v.; SIEBER, U., «Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen», *B.B.*, 1983, 977-986; BRUTSCHKE, P.G., *Urheberrecht und EDV*, München, 1972, 106 e.v.; MORRIS, G.E., «Protecting Proprietary Rights of Computer Programs: The Need for New Legislative Protection», *Patent Law Review*, 1972, 65-66; KINDERMANN, M., «Computer Software and Copyright Conventions», *EIPR*, 1981, 6-7; COPINGER, W.A. en SKONE JAMES, E.P., *Copyright*, Londen, 1980, nr. 154, p. 152; LADDIE, H., PRESCOTT, P. en VITORIA, M., *The Modern Law of Copyright*, Londen, 1980, 93-97; CARR, M., «Software protection in the United Kingdom», *EIPR*, 1982, 181-183.

⁴³ VANDENBERGHE, G., *Bescherming van computersoftware*, proefschrift R.U. Gent, 1983, deel II, hoofdst. 1, afd. 2, II, 2, a en b; LUCAS, A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Parijs, 1975, 192-196; PLAISANT, R., «La protection du logiciel par le droit d'auteur», *Gaz. Pal.*, 25-27 september 1983, 2-3; DIETZ, R., «Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich», *B.I.E.*, 1983, 305-311; MELVILLE, L., «Computer software and the relevance of copyright», *EIPR*, 1980, 356-357.

In die zin ook nog L.G., MANNHEIM, 12 juni 1981, *B.B.*, 1981, 1543 (anders echter in hoger beroep OLG, Karlsruhe, 9 febr. 1983, *GRUR*, 1983, 300, cf. noot 59).

³⁹ Artikel 1 van de bepalingen gepubliceerd in *Copyright = Le Droit d'Auteur* 1978, 13.

⁴⁰ GOTZEN, F., «L'ordinateur et la propriété intellectuelle», *J.T.*, 1976, 90, «Le droit d'auteur face à l'ordinateur», *D.A.*, 1977, 16 en «Les programmes d'ordinateurs comme objet de droits intellectuels», *Ing. Cons.*, 1981, 245; ULMER, E. en KOLLE, G., «Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen», *GRUR Int.*, 1982, 494-496. Aldus ook Parijs 2 november 1982, *Gaz. Pal.*, 2-3 maart 1983, 13.

⁴¹ Zo heeft het Franse Hof van Cassatie een arrest van Parijs bevestigd dat auteursbescherming afwees voor een programma waarvan de omschrijving zo vaag en algemeen was gebleven dat ze voor onverschillig welk programma had kunnen dienen. Het Hof stelt daarbij dat het niet mogelijk is via het auteursrecht de intellectuele inhoud van een programma te beschermen waarvan de niet-octrooieerbaarheid wegens onvoldoende beschrijving was vastgesteld (Cass. Fr., 24 januari 1972, *Bull. civ.*, 1972, IV, nr. 27. p. 25).

Verg. BGH, 15 december 1978, *GRUR*, 1979, 464, over de vormbescherming van technische tekeningen voor een luchthaven. Hierover REIMER, D., «Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art», *GRUR*, 1980 572 e.v.

nische of utilitaire werken heeft men niet willen uitsluiten, men denke aan de auteursrechtelijke bescherming van plannen in de architectuur of van tekeningen en modellen in de wereld van het design. Dit wordt trouwens bevestigd door artikel 2, cijfer 1, van de Conventie van Bern ter bescherming van het auteursrecht. Daar lezen wij inderdaad dat als «œuvres littéraires et artistiques» onder meer moeten worden aangemerkt: «toutes les productions du domaine... scientifique... Les œuvres des arts appliqués... les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs... à l'architecture ou aux sciences»; men kan dan ook zonder bezwaar deze niet beperkende lijst van voorbeelden aanvullen met dat van de computerprogramma's⁴⁴. Voor België is er bovendien artikel 21 van de Auteurswet, waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat «een kunstwerk dat... in de *nijverheid* toepassing vindt, niettemin aan de bepalingen van deze wet onderworpen blijft». Een zo algemeen gehouden tekst kan duidelijk worden toegepast niet alleen op tekeningen en modellen, maar ook op computerprogramma's.

16. Een variant van het zoëven bestreden bezwaar bestaat erin te stellen dat echte auteurswerken steeds gericht zouden moeten zijn op communicatie met de medemens terwijl computerprogramma's slechts bedoeld zijn voor een machine⁴⁵.

Het antwoord blijft hier gelijk: evenmin als het esthetische karakter wordt de onmiddellijk mensgerichte aard van een werk als vereiste gesteld door onze Auteurswet, die het utilitaire niet schuwt. En zelfs al mocht er een dergelijk criterium bestaan, dan nog kan men opmerken dat ook computerprogramma's in een leesbare vorm kunnen worden uitgedrukt en als dusdanig interessante lectuur uitmaken voor collega's-specialisten. Dat de machineklare vorm van een programma, de «object code», zich niet meteen tot de mens richt is daarbij onverschillig aangezien het beschermd karakter van een werk niet verdwijnt, noch door overdracht van de ene materiële drager op de andere, noch door de vertaling ervan. Wanneer een partituur geregistreerd wordt op fonoplaat blijft de muziek toch ook beschermd, al is het werk in die vorm niet leesbaar en moet er een machine, de platendraaier, worden gebruikt om er kennis van te kunnen nemen⁴⁶.

17. Zal men dan de lange duur van het auteursrecht als een bezwaar opwerpen? Vele computerprogramma's zouden slechts een beperkte levensduur kennen, zodat lang gekrokken wettelijke monopolies nog slechts een nodeloze hinder kunnen betekenen⁴⁷.

Dergelijke toestanden zijn nochtans schering en inslag in de artistieke wereld. Men denke aan het domein van de

lichte muziek waar de meeste produkties slechts een kortstondig bestaan hebben, zonder dat uit hun voortdurende bescherming een noemenswaardige hinder voortvloeit voor latere composities. Anders dan in het octrooirecht bestaat in het auteursrecht inderdaad geen vereiste van nieuwigheid en kunnen gelijkaardige maar zelfstandige, d.w.z. niet gekopieerde, scheppingen naast elkaar worden beschermd⁴⁸. Bij software gaat het niet wezenlijk anders. In de mate dat sommige programma's slechts een kortstondig nut vertonen, sterven zij een natuurlijke dood zodat de theoretisch nog voortlopende beschermingsduur in feite zonder veel belang wordt. Hun vroeger bestaan vormt geen beletsel voor autonoom ontworpen latere programma's.

18. Het auteursrecht verleent de opsteller van een programma ruime bevoegdheden, allereerst zal hij zich kunnen verzetten tegen kopieën die anderen zonder zijn toelating van het programma zouden maken. Hij kan echter meer dan dat. Ook het ongeoorloofde gebruik van het programma om een computer te bedienen valt onder zijn recht. Dit zgn. «gebruik» veronderstelt inderdaad noodzakelijkerwijs een reproducen binnen de computer van de in het programma vervatte gegevens⁴⁹. Het memoriseren van programma's valt bijgevolg onder artikel 1 van de Auteurswet dat «alleen aan de maker van het werk het recht» geeft «het werk te verveelvoudigen op welke wijze of in welke vorm ook». Volgens het Belgische en het Franse recht beschikt de auteur bovendien over een bestemmingsrecht⁵⁰. In casu zou de programmator hiervan gebruik kunnen maken om, na verwittiging, iedere verspreiding van het programma in de handel aan zijn toelating te onderwerpen. In andere landen, zoals Duitsland, zal hij het exclusieve recht bezitten om een programma in het verkeer te brengen door verkoop of verhuring en ook om een aanbod in die zin tot het publiek te richten⁵¹.

De bescherming via het auteursrecht lijkt bijgevolg interessant. Bovendien verkrijgt de maker deze bescherming automatisch, door het enkele feit van het neerschrijven van het programma. Er zijn in België voor de bescherming geen formaliteiten vereist.

19. Kan men nochtans niet zeggen dat de auteursrechtelijke bescherming een zwak punt vertoont doordat alleen de vorm wordt beschermd en niet de in het werk vervatte idee? Nu is het interessante in een programma precies de

⁴⁴ ULMER, E. en KOLLE, G., o.c., *GRUR Int.*, 1982, 492-493; KINDERMANN, M., o.c., *EIPR*, 1981, 8; DESBOIS, H., o.c., 56.

⁴⁵ VANDENBERGHE, G., o.c., deel II, hoofdst. 1, afd. 2, II, 3, c; LUCAS, A., o.c., 193; PLAISANT, R., o.c., *Gaz. Pal.*, 25-27 september 1983, 3; BETTEN, J., «Réflexions sur la protection juridique des programmes d'ordinateur en République fédérale d'Allemagne», *P.I.*, 1983, 340; VAN HOECKE, K., «Software piraten», *R.W.*, 1983-84, 1661-1663.

⁴⁶ Verg. LE STANC, L., o.c., 96; VERKADE, D.W.F., o.c., *B.I.E.* 1983, 301.

⁴⁷ VANDENBERGHE, G., o.c., deel II, hoofdst. 1, afd. 2, II, 3, a, en III, 2, evenals afd. 3; BETTEN, J., o.c., *P.I.*, 1983, 344; BUCH, P., «La protection juridique des programmes d'ordinateurs», *Ing. Cons.*, 1976, 178.

⁴⁸ VAN HECKE, G. en GOTZEN, F., «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1977, 696; REIMER, D., «Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art», *GRUR*, 1980, 575.

⁴⁹ KINDERMANN, M., o.c., *EIPR*, 1981, 7 en 9; ULMER, E. en KOLLE, G., o.c., *GRUR Int.*, 1982, 499; CARR, H., «Software protection in the United Kingdom», *EIPR*, 1982, 182-183; LADDIE, H., PRESCOTT, P., en VITORIA, M., o.c., 96; GEVAERT, H., *Juridische preventie bij computercontracten*, Brugge, 1983, 113.

⁵⁰ Zie GOTZEN, F., *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Brussel, 1975, en «Persfoto's en het bestemmingsrecht van de auteur», *R.W.*, 1980-81, 1817-1824.

⁵¹ Art. 17 van de Duitse auteurswet van 9 september 1965. Zie over dit «Verbreitingsrecht» in het algemeen, ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin, 1980, 233 e.v. en, toegepast op computerprogramma's, ULMER, E., en KOLLE, G., o.c., *GRUR Int.* 1982, 498-499.

idee, nl. de oplossing van het probleem⁵². Wanneer dan een concurrent de idee overneemt kan de maker van het programma daar niets tegen ondernemen. Dit is zeker juist, maar deze ogenschijnlijk belangrijke bres in het systeem is bij nader toezien lang niet zo groot. Vrij gebruik maken van andermans ideeën kan alleen hij die de moeite neemt deze in een geheel verschillende vorm te gieten en die het risico niet schuwt dat daarbij fouten in het oorspronkelijke programma sluipen. Om aan het auteursrecht van de maker van het programma te ontsnappen volstaat het inderdaad niet hier en daar wat details te wijzigen⁵³. Zolang de basisstructuur van het eerste werk wordt gevolgd, in casu de logische opbouw van het programma wordt overgenomen, blijft de tweede programmeur onderworpen aan het recht van de eerste⁵⁴. Het auteursrecht omvat inderdaad ook een adaptatierecht, d.w.z. dat de auteur aan zijn toelating kan onderwerpen, niet alleen de letterlijke reproductie van zijn werk, maar ook de aanpassingen ervan in een gewijzigde vorm. Men moet de toestand niet anders zien dan die bij literaire werken, waarbij een schrijver zich kan verzetten, niet alleen tegen letterlijke overname van zijn boek, maar ook tegen een herformulering die toch nog de schematische opbouw, de compositie, van het origineel in hoofdzaak overneemt⁵⁵.

Wij stippen ten slotte nog aan dat het zeker niet zou volstaan een computerprogramma om te zetten in een andere programmeertaal om aan het auteursrecht te ontsnappen aangezien dit laatste ook het exclusieve recht van vertaling omvat⁵⁶.

20. Met de heersende mening kunnen wij bijgevolg vrij duidelijk een antwoord geven op het gestelde probleem: de maker van een computerprogramma bezit op zijn werk een auteursrecht. Dit recht verkrijgt hij automatisch. Het biedt hem een ruime bescherming tegen ongeoorloofd gebruik, zelfs in gewijzigde vorm.

Recente rechtspraak in Europa bevestigt deze stelling. Verschillende rechters in Nederland⁵⁷, Frankrijk⁵⁸ en Duits-

land⁵⁹ zijn reeds bereid gevonden om het auteursrecht op het gebied van software toe te passen en de bestaande bescherming tegen namaking te verlenen.

Wij verwijzen ten slotte naar de toestand in de Verenigde Staten waar in 1980 een uitdrukkelijke wetsbepaling is komen verklaren dat ook computerprogramma's onder het auteursrecht vallen⁶⁰.

Ook al is dus nu reeds duidelijk dat het auteursrecht voorziet in de bestaande beschermingsbehoefte lijkt het toch nuttig na te gaan of er wellicht enig geldig alternatief bestaat dat tegemoet zou komen aan de bezwaren van de geciteerde minderheidsopinie.

C. Andere vormen van bescherming

21. Ook de tegenstanders van de toepassing van het auteursrecht onderstrepen meestal de noodzaak van een aangepaste bescherming van de programma's, die dan echter gezocht zou moeten worden in een speciale wetgeving, liefst op internationaal vlak⁶¹. Merkwaardig genoeg nemen vele van deze voorstellen, met enkele aanpassingen, het auteursrechtelijk systeem als voorbeeld. Dit is met name ook het geval voor de modelwetgeving ter bescherming van software, opgesteld door de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO-OMPI) te Genève. Het gaat hier om een facultatief model ter beschikking gesteld van de nationale wetgevers, waaraan deze kunnen voldoen hetzij door nieuwe bepalingen, hetzij door toepassing van hun bestaande, eventueel aangepaste, Auteurswet⁶².

22. Het denkwerk rond een speciale wetgeving betekent alleszins een waardevolle oefening die als reserveoplossing dienst kan doen voor het geval rechtspraak of wetgeving, anders dan nu het geval lijkt te zijn, uiteindelijk toch zou-

⁵² VANDERPERRE, R., «La propriété industrielle face à l'informatique», *Ing. Cons.*, 1967, 207.

⁵³ Aldus nochtans LUCAS, A., o.c., 183; J. BETTEN, o.c., *P.I.*, 1983, 343.

⁵⁴ ULMER, E. en KOLLE, G., o.c., *GRUR Int.*, 1982, 497; SIEBER, U., o.c., *B.B.*, 1983, 984-985.

⁵⁵ VAN ISACKER, F., *De exploitatierechten van de auteur*, Brussel, 1963, 280-282; DESBOIS, K., *Le droit d'auteur en France*, Parijs, 1978, 45-53, ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlijn, 1980, 119-125.

⁵⁶ KOLLE, G., in *GRUR Int.*, 1974, 450; KINDERMANN, M., o.c., *EIPR*, 1981, 10.

⁵⁷ Arr. Rb. Assen, 28 juli 1981, *B.I.E.*, 1983, 322; Arr. Rb. 's-Hertogenbosch, 14 mei 1982, *B.I.E.*, 1983, 323, *Auteursrecht* 1983, 107, *GRUR Int.*, 1983, 669, noot VERKADE, D.W.F., Pres. Arr. Rb. Utrecht, 10 maart 1982, *B.I.E.*, 1983, 328; Amsterdam, 31 maart 1983, *Auteursrecht*, 1983, 56 (overweging 9); Pres. Arr. Rb. Zwolle, 22 juli 1983, *B.I.E.*, 1983, 332.

⁵⁸ Parijs, 2 november 1982, *Gaz. Pal.*, 2-3 maart 1983, 13, noot BONNEAU J.R., Voorz. Rb. Parijs, 14 juni 1983, *D.*, 1983, *Informations rapides*, 308. Hierover LE STANC, C., «The protection of computer programs by copyright in France», *EIPR*, 1983, 222 e.v.

⁵⁹ LG, Kassel, 21 mei 1981, *B.B.*, 1983, 992; OLG Koblenz, 13 augustus 1981, *B.B.*, 1983, 992; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, 24 juni 1981, *B.B.*, 1983, 994; LG Mosbach, 13 juli 1982, *GRUR*, 1983, 70, *B.B.* 1982, 1443; LG München, 21 december 1982, *GRUR*, 1983, 175; OLG Karlsruhe, 9 februari 1983, *GRUR*, 1983, 300, *B.B.*, 1983, 986; OLG Frankfurt, 13 juni 1983, *GRUR*, 1983, 753; OLG Frankfurt, 21 juli 1983, *GRUR*, 1983, 757; Bundesarbeitsgericht, 13 september 1983, *Aktuelle Informationen*, *GRUR Int.*, 1983, 828. Hierover SIEBER, U., o.c., *B.B.* 1983, 977 e.v.

⁶⁰ Computer Software Copyright Act van 12 december 1980, *Lois et Traités de Droit d'Auteur et de Droits Voisins*, Genève, losbladig. Hierover VANDENBERGHE, G., o.c., deel II, hoofdst. 1, afd. 1, V.

Zie verder Court of Appeals 3th Circuit, *Williams Electronics v. Artic International*, *Aktuelle Informationen*, *GRUR Int.*, 1982, 764 en *Apple Computer v. Franklin Computer*, *Aktuelle Informationen*, *GRUR Int.*, 1983, 828. In deze laatste uitspraak, daterend van 30 augustus 1983, werd beslist dat ook «object code» neergelegd in een ROM-chip onder auteursrecht valt. Hierover DIETZ, B.C., «Object codes and copyright protection», *EIPR*, 1983, 316 e.v.

⁶¹ Voor een overzicht zie KINDERMANN, M., «Special protection systems for computer programs», *IIC*, 1976, 301-331. In België noteren wij de voorstellen van BUCH, P., o.c., *Ing. Cons.* 1976, 182-185, VAN HOECKE, K., o.c., *R.W.*, 1983-84, 1680-1686, en vooral van VANDENBERGHE, G. in zijn recent proefschrift over *Bescherming van Computersoftware*, 1983, deel II, hoofdstuk 5.

⁶² «Dispositions types sur la protection du logiciel», *D.A.*, 1978, 7-21, *P.I.*, 1977, 271-286.

den evolueren naar een uitsluiting van de artistieke eigendom.

Gevaarlijk wordt het eerst wanneer men de voorstellen voor een toekomstige eigen regeling combineert met een onmiddellijke afwijzing van het auteursrecht. Dan draagt men bij tot de nefaste tendens om bij ieder nieuw probleem een aparte wetgeving te creëren die het gebied van de intellectuele eigendom verder versnipperd⁶³. Zoiets lijkt niet aanvaardbaar zolang een bestaande categorie, zoals die van het auteursrecht, nog aan de behoeften lijkt te voldoen. Bovendien moet men er zich van bewust zijn dat een onmiddellijke uitsluiting van het auteursrecht, samen met de inkrimpende beschermingsmogelijkheden via het octrooirecht, het gevaar inhouden dat men voor langere tijd in een juridisch vacuüm terecht komt. Uit een recente WIPO-OMPI-vergadering te Genève van experts inzake softwarebescherming is inderdaad gebleken dat er nog lang geen eensgezindheid bestaat over de inhoud van een eigen regeling en dat met name een gespecialiseerd internationaal verdrag over het onderwerp nog niet voor morgen is⁶⁴.

23. Buiten de intellectuele eigendom kan het recht de ontwerper van software geen sluitende bescherming *erga omnes* bieden. Contractuele regelingen werken in beginsel niet tegenover derden en de bepalingen over het fabrieksgeheim zijn ontoereikend⁶⁵. Zal men dan zijn heil zoeken in het leerstuk van de onrechtmatige mededinging? Sommigen menen inderdaad dat slaafs imiteren onrechtmatig is zodat het ongeoorloofd kopiëren en verspreiden van programma's net zo goed zou kunnen worden veroordeeld als het pirateren van fonoplaten⁶⁶. Men vergeet echter dat het stelsel van vrijheid van mededinging principieel ook vrijheid van kopie met zich brengt en dat alleen een exclusief recht hieraan afbreuk kan doen⁶⁷. Vandaar dat een veroor-

deling in dergelijke gevallen afhankelijk dient te worden gesteld van bijkomende onrechtmatige handelingen, verschillend van het loutere kopiëren zelf⁶⁸. Men merkt dan ook onmiddellijk dat uit de onrechtmatige mededinging alleen geen sluitend beschermingsstatuut voor programma's kan worden gehaald dat in alle omstandigheden bruikbaar blijft⁶⁹. Bovendien maakt zulk een oplossing het maximaal mogelijk op te treden tegen slaafse kopieën terwijl programma's ook behoefte hebben aan bescherming tegen adaptaties.

24. De conclusie is duidelijk. Buiten het auteursrecht biedt het bestaande recht geen toereikende en alomvattende bescherming van computerprogramma's. Een eventuele gespecialiseerde nieuwe wetgeving staat nog volop in de steigers en kan er ons voorlopig niet van ontslaan om de reeds bestaande auteursrechtelijke mogelijkheden volop te benutten⁷⁰. De te volgen weg is meteen aangewezen. Dat er op deze weg nog hindernissen voorkomen is onvermijdelijk. Men denke aan het probleem van de thuis-kopie van software⁷¹ of aan de vraag naar de uitoefening van de rechten in geval van software ontwikkeld door een werknemer⁷². Deze problemen zijn echter niet meer specifiek voor computerprogramma's alleen en dienen te worden opgelost binnen een ruimer auteursrechtelijk verband⁷³. Zij mogen ons nooit doen vergeten dat het voornaamste al binnen ons bereik ligt. In het huidige recht van de intellectuele eigendom bestaan nu reeds mogelijkheden tot ondersteuning van de sector der informatica. Thans gaan wij onderzoeken of hetzelfde kan worden gezegd voor een andere hefboom van de jongste industriële revolutie, nl. de biotechnologie.

III. De bescherming van biologische vindingen

A. Bescherming via het octrooirecht

1. Algemeen

25. Door gepaste selectie na kruising of veredeling van bestaande planten of dieren is de mens reeds geruime tijd in staat nieuwe rassen te ontwikkelen die de natuur zelf niet of niet zo snel zou hebben tot stand gebracht⁷⁴.

⁶⁸ Zie bv. Brussel, 20 januari 1981, *B.R.H.*, 1981, 405, bevestigd door Cass., 28 jan. 1982, *B.R.H.* 1982, 240 waar de verkoop van piraten-cassettes onrechtmatig werd bevonden, niet alleen omdat het om kopieën ging, maar vooral wegens de bijkomende omstandigheid dat op de cassettes bedrieglijke vermeldingen voorkwamen zoals «Sacem», «Copyright control» en «P. 1979 Phonogram».

⁶⁹ Vgl. SIEBER, U., «Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen», *B.B.*, 1983, 978.

⁷⁰ FICSOR, M., «Lettre de Hongrie», *D.A.*, 1983, 334.

⁷¹ VERKADE, D.W.F., «Bescherming van computerprogramma's in Nederland», *B.I.E.*, 1983, 303; STAINES, A., «Protecting Authors' Rights in Computer Software», *EIPR*, 1983, 143.

⁷² SIEBER, U., o.c., *B.B.*, 1983, p. 982-983.

⁷³ Zie bv. GOTZEN, F., *Reprographie*, Antwerpen, 1978 en VAN HECKE, G. en GOTZEN, F., «Overzicht van Rechtspraak», *T.P.R.*, 1977, 698-699.

⁷⁴ Over deze technieken i.v.m. planten zie HENDRICKX, Y., «La protection des obtentions végétales», *Ing. Cons.*, 1968, 101-117.

⁶³ BEIER, F.K., «Zukunftsprobleme des Patentrechts», *GRUR*, 1972, 219-220; VAN EMPER, M., *The Granting of European Patents*, Leiden, 1975, 34.

⁶⁴ «Rapport du comité d'experts sur la protection juridique du logiciel», *D.A.*, 1983, 243-251. In de besluiten staat o.m. te lezen dat... compte tenu de la complexité du problème, le comité estime qu'il serait prématuré de se prononcer pour l'instant sur le meilleur moyen de protection internationale du logiciel et recommande que l'étude de la conclusion d'un traité spécial comme celui qui a été soumis à son examen ne soit pas poursuivie pour l'instant». Hierover NIJHOFF ASSER, P., «Computer Software», *Auteursrecht*, 1983, p. 93-94 en GALAMA, J.E.M., «WIPO en de wettelijke bescherming van computersoftware», *B.I.E.*, 1983, 315-316.

⁶⁵ VANDENBERGHE, G., o.c., deel II, hoofdst. 3, afd. 2.

⁶⁶ EVRARD, J.F. en THUNIS, X., «La protection juridique des programmes d'ordinateurs», *Le droit de contrats informatiques*, Brussel, 1983, 439-441. In die zin Voorz. Kh. Brussel, 17 sept. 1982, *T.B.H.*, 1983, 641, noot VANDENBERGHE, G., in Nederland Pres. Arr. Rb. Amsterdam, 8 oktober 1982, *B.I.E.*, 1983, 329, en 24 maart 1983, 331, evenals in Frankrijk het betoog van DESJEUX, X., «Logiciel, la jurisprudence fait un pas en avant», *P.I.B.D.*, 15 augustus 1981, II-171 en van PLAISANT, R., «La protection du logiciel par le droit d'auteur», *Gaz. Pal.*, 25-27 september 1983, 3-4.

⁶⁷ GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, II, Brussel, 1963, 249 e.v. en 266 e.v. Vgl. SCHRICKER, G. en FRANCO, B., *La répression de la concurrence déloyale - Belgique*, Parijs, 1974, 391 e.v.

De moderne technologieën maken het zelfs mogelijk de genetische informatie in levende wezens te manipuleren door middel van het knippen en recombineren van de DNA-molecule. Op die manier kunnen micro-organismen en weldra ook planten of zelfs dieren worden verwekt, veranderd en voortgekweekt. Met deze technieken zoekt men naar nieuwe levende wezens die op zichzelf nuttig zijn, zoals een ziekte-resistente graansoort of een supergroot zwijn. Men tracht echter ook micro-organismen te verkrijgen en te kweken die kunnen worden ingezet voor de productie van nieuwe of reeds bekende stoffen of voor de wijziging of de afbraak ervan. Men denke aan gemanipuleerde bacteriën die interferon, insuline of vaccins gaan voortbrengen of die olie vreten⁷⁵.

De ontwikkelingen op deze verschillende gebieden zijn dermate veelbelovend dat men nu reeds verwacht dat de biotechnologie een nieuwe industriële revolutie zal teweegbrengen na die van de informatica.

26. In een mededeling aan de Raad van 7 juni 1983 onderstreept de Europese Commissie dat «de ontwikkeling van een concurrerende biotechnologische industrie en de verdediging van de commerciële belangen hiervan sterk afhankelijk zijn van de doeltreffendheid en geschiktheid van de instrumenten ter bescherming van de industriële, commerciële en intellectuele eigendom». Zij wijst verder als prioriteiten aan «de bescherming van de biotechnologische uitvindingen als zodanig» en «de juridische problematiek op octrooigebied die vergelijkbaar is met de problemen die zich reeds hebben voorgedaan bij de bescherming van bij planten bereikte resultaten»⁷⁶.

Hier wordt duidelijk de noodzaak onderstreept om biologische uitvindingen door middel van octrooien te beschermen. In de verdere uiteenzetting willen wij nagaan of er in ons land toepassing kan worden gemaakt van Belgische of internationale bepalingen die in deze behoefte voorzien.

27. De fundamentele vraag dient hier te worden gesteld of uitvindingen in verband met levende wezens wel voor bescherming in aanmerking komen. De octrooiwetgeving is namelijk oorspronkelijk geschreven voor «de techniek» begrepen als een geheel van bewerkingen en verrichtingen toegepast op levenloze materie.

Nu is het wel zo dat het leven zelf en de door de natuur spontaan voortgebrachte wezens in geen geval monopoliseerbaar zijn. Maar zodra de mens biologische processen doelbewust begint op te wekken en te leiden, verandert de situatie omdat hij dan ingrijpt in de natuur. Met het kruisen en veredelen van planten, met het ontwikkelen van nieuwe dierenrassen of micro-organismen, met «genetic engineering» komen wij opnieuw terecht in een vorm van techniek: de biotechnologie. Er is dan ook geen reden om deze niet onder de gewone voorwaarden voor octrooibescherming in aanmerking te laten komen⁷⁷.

⁷⁵ Een beschrijving van de genetische technologie vindt men bij HUNI, A., en BUSS, V., «La protection par brevets dans le domaine du génie génétique», *P.I.*, 1982, p. 396-398. Vgl. DAEMS, W., «Genetische manipulatie», *EOS*, december 1983, 56-63.

⁷⁶ *Perspectieven voor de ontwikkeling van nieuwe beleidspunten: onderzoek en ontwikkeling, energie, nieuwe technologieën, Bulletin van de E.G.*, Supplement 5/83, 52.

⁷⁷ BLUM, R., «Fragen der Patentfähigkeit von Erfindungen auf dem Gebiet der lebenden Materie», *GRUR Int.*, 1981, 293-294.

Men kan hier verwijzen naar een paar beroemde buitenlandse uitspraken die dit punt principieel hebben beslecht. Zo heeft het Duitse Bundesgerichtshof naar aanleiding van een octrooiaanvraag voor het kweken van een rode duif verklaard dat het gepland aanwenden van biologische natuurkrachten en -fenomenen bij levende organismen in beginsel voor bescherming in aanmerking kan komen⁷⁸. Ook het Amerikaanse Supreme Court kwam tot gelijkaardige overwegingen toen het een olievretende bacterie octrooieerbaar achtte die niet spontaan in de natuur was gegroeid, maar door mensenhand, met technieken van «genetic engineering», tot stand was gebracht⁷⁹.

2. De Octrooiwet van 24 mei 1854

28. De huidige Belgische Octrooiwet van 24 mei 1854 zal ook wel oorspronkelijk zijn opgesteld ter bescherming van de levenloze techniek⁸⁰.

Zeër snel is men echter in ons land tot het inzicht gekomen dat de tekst van de wet een open interpretatie van het begrip uitvinding toelaat, aangezien art. 1 «alle ontdekking of alle verbetering, die als voorwerp van nijverheid of handel voor exploitatie vatbaar is» voor octrooieering vatbaar verklaart. Biologische werkwijzen en levende organismen worden nergens uitgesloten, wat André reeds in 1899 toeliet te schrijven dat «un procédé de culture est brevetable lorsqu'il est nouveau et qu'il a pour but et pour résultat d'améliorer un produit naturel au point de vue industriel»⁸¹.

In de rechtspraak is er het rozenvonnis van Dendermonde waarin de rechtbank heeft erkend dat nieuwe variëteiten, die alleen dank zij menselijke tussenkomst zijn ontstaan, in beginsel door middel van een octrooi kunnen worden beschermd⁸². Interessant is ook dat hier werd aanvaard dat een deskundige niet noodzakelijk de oorspronkelijke, dikwijls moeizame, weg moet kunnen overdoen die heeft geleid tot het verkrijgen van het eerste exemplaar van een nieuwe soort, maar dat voldoende is dat hij het resultaat op andere wijze opnieuw kan verkrijgen, nl. door gebruik te maken van de natuurlijke eigenschap die levende wezens bezitten om zich voort te planten of te vermeerderen⁸³.

29. Bij uitvindingen in verband met micro-organismen

⁷⁸ BGH, 27 maart 1969, *GRUR*, 1969, 672, noot HEYDT. In het concrete geval was het kweekprocédé nochtans onvoldoende beschreven om een uitvoering door een man van het vak mogelijk te maken. Vgl. BGH, 11 maart 1975, *GRUR*, 1975, 430.

⁷⁹ Supreme Court, 16 juni 1980, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303. Hierover BYRNE, N., «Fifty years of botanical plant patents in the U.S.», *EIPR*, 1981, 116 e.v.; WHALE, A.R., «Patents and genetic engineering», *Intellectual Property L. Rev.*, 1982, 93-110; MAGGS, P.B., «New life for patents: Chakrabarty and Rohm & Haas Co», *Intellectual Property L. Rev.*, 1982, 285-303.

⁸⁰ In die zin nog VANDER HAEGHEN G., «Des brevets d'invention», *Les Nouvelles. Droits Intellectuels*, I, 1936, nrs. 110-111.

⁸¹ ANDRÉ, L., *Traité des brevets d'invention*, I, Brussel, 1899, nr. 114, p. 112. In dezelfde zin BRAUN, Th. en STRUYE, P., *Précis des brevets d'invention*, Brussel, 1935, nr. 141, 55; MOTTE, M. Th., «Observations», *J.T.*, 1959, 174; DE BRABANTER, M., «Brevetabilité des inventions microbiologiques», *Ing. Cons.*, 1972, 46.

⁸² Rb. Dendermonde, 2 mei 1958, *Ing. Cons.*, 1958, 150.

kan er nochtans een bijzondere moeilijkheid ontstaan. Een deskundige die alleen beschikt over de klassieke octrooi-beschrijving zal dikwijls moeite ondervinden om een nieuwe soort bacteriën, algen, schimmels, virussen of andere cellen met een voldoende nauwkeurigheid te identificeren. Indien om die reden de uitvinding niet kan worden toegepast riskeert het octrooi op grond van de artt. 17 en 24, B, door de rechter te worden nietig verklaard wegens onvoldoende beschrijving. Wie op dit gebied een octrooi wenst, doet er dan ook best aan vrijwillig en zonder dat de wet dit uitdrukkelijk voorschrijft, eerst het micro-organisme zelf te deponeren. De Dienst voor de Nijverheidseigendom is vanzelfsprekend niet uitgerust om deze organismen te ontvangen. Vandaar dat de aanvrager zich zal moeten richten tot een gespecialiseerde instelling die een cultuur kan bewaren en op vraag stalen ervan kan afleveren aan derden. In de octrooi-beschrijving kunnen de gegevens dan worden aangevuld met naam en adres van de betrokken instelling samen met het identificatienummer van de aldaar gedeponeerde cultuur⁸⁴.

30. Omdat Belgen zich voor dergelijke aanvullende depots veelal zullen moeten wenden tot instellingen in het buitenland is het zeer te begroeten dat België onlangs is toegetreden tot het Verdrag van Boedapest over de internationale erkenning van het depot van micro-organismen ten behoeve van de octrooiprocedure⁸⁵.

Staten die voor hun octrooiprocedure een doet van micro-organismen toelaten of eisen zullen, krachtens dit verdrag, een dergelijke neerlegging als geldig aanvaarden wanneer zij verricht is bij een erkende internationale depotinstelling. Op 1 januari 1984 waren er vijf Engelse, drie Amerikaanse, één Duitse, één Nederlandse en één Japanse instelling internationaal erkend⁸⁶. Wordt aldaar een micro-organisme neergelegd, dan zullen de aangesloten Staten het feit en de datum van het depot erkennen, zoals die door de betrokken instelling worden aangegeven. Wie voor een micro-organisme een octrooi vraagt in verschillende aangesloten Staten kan dus volstaan met één enkele internationale erkende neerlegging van een cultuur.

De betrokken depotinstelling zal stalen van micro-organismen verstrekken aan iedere nationale dienst voor industriële eigendom of ook aan ieder die een door zo een dienst afgeleverde verklaring kan voorleggen waaruit o.m. blijkt dat hij volgens de nationale octrooiwetgeving hierop recht

heeft. Het voorleggen van deze verklaring is niet meer vereist ten aanzien van micro-organismen waarvoor reeds een octrooi is verleend en gepubliceerd, mits de dienst voor de industriële eigendom van het betrokken land het depotnummer van het octrooi aan de internationale instelling heeft meegedeeld. Ieder afleveren van een staal wordt meegedeeld aan de deposant van de cultuur, met aanduiding van de identiteit van de persoon die het ontving. De Verdragsstaten zijn verder ook verplicht te erkennen dat het afgeleverde staal wel degelijk afkomstig is van het gedeponeerde micro-organisme.

3. Het Europees Octrooi-verdrag

31. Wanneer men het Verdrag van Boedapest legt naast de Octrooiwet van 1854 lijken er bijgevolg ruime beschermingsmogelijkheden voor biologische uitvindingen in België te bestaan.

Zoals reeds is gezegd in nr. 9, gelden er in België sinds 7 oktober 1977 nochtans ook octrooien die krachtens het Verdrag van München langs een Europese weg zijn verkregen. Hoewel deze principieel aan de Belgische wet zijn onderworpen, moeten wij toch rekening houden met de uitzonderingen op de octrooierbaarheid die in art. 53 van het Verdrag zijn vastgelegd. Krachtens letter b van deze bepaling worden er inderdaad geen Europese octrooien verleend voor «planten- of dierenrassen, alsmede werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren»⁸⁷.

Op die manier zet men een stap achteruit in vergelijking met de gewone Belgische octrooien, die niet met een dergelijke uitsluitingsbepaling te kampen hebben. In het licht van de noodzaak om technologische innovatie op alle gebieden te stimuleren werd de Europese bepaling trouwens terecht als aftands bestempeld, omdat zij blijkbaar nog steeds het oude wantrouwen weerspiegelt ten opzichte van technieken die inwerken op levende materie⁸⁸. Alleen voor plantenrassen kan er een zeker excuus worden gevonden in het feit dat er sinds 2 december 1961 reeds een gespecialiseerd verdrag bestond. Dit is namelijk het Verdrag van Parijs tot bescherming van de kweekprodukten, waarop wij verder nog terugkomen, en dat krachtens art. 4, cijfer 1, van toepassing is op «alle botanische geslachten en soorten».

32. Merkwaardig genoeg houdt art. 53, letter b, van het Europees Octrooi-verdrag nochtans ook een uitzondering in

⁸³ Over de reproduceerbaarheid van biologische uitvindingen zie HEYDT in *GRUR*, 1969, 674-676 en BLUM, R. o.c., *GRUR Int.*, 1981, 297-298; TESCHEMACHER, R., «Die Patentfähigkeit von Mikro-organismen nach deutschem und europäischem Recht», *GRUR Int.*, 1981, 361-362; HUNI, A., en BUSS, V., o.c., *P.I.*, 1982, 403-404 en 407-408.

⁸⁴ DE BRABANTER, M., o.c., *Ing. Cons.*, 1972, 45 e.v.

⁸⁵ Verdrag van 28 april 1977 met uitvoeringsreglement van 31 januari 1981, gepubliceerd in het Staatsblad van 14 januari 1984 en voor België in werking getreden op 15 december 1983. Hierover HALLMANN, U., «Der Budapest Vertrag über die internationale Anerkennung der Hinterlegung von Mikro-organismen», *GRUR Int.*, 1978, 55-61.

⁸⁶ Zie de lijst in *P.I.*, 1984, 16. Daar vindt men ook telkens de aanduiding van de soorten micro-organismen die door iedere instelling kunnen worden aanvaard en het bedrag van de door hen gevraagde taksen.

⁸⁷ Deze tekst stemt overeen met die van art. 2, letter b, in het Verdrag van Straatsburg van 27 november 1963 tot eenmaking van enige beginselen van het octrooierecht, maar met dit belangrijke verschil dat de Münchense tekst tot een dwingende uitsluiting maakt wat in de Straatsburgse versie eerst nog als een louter mogelijkheid («De Staten zijn niet gehouden octrooi te verlenen voor...») werd geformuleerd. Het Eenmakingsverdrag is door België goedgekeurd (wet van 8 juli 1977, *B.S.*, 30 september 1977) maar nog niet geratificeerd.

⁸⁸ ZIPSE, E., «Wird das künftige europäische Patenterteilungsverfahren modern, zukunftsintensiven Technologien gerecht?» *GRUR Int.*, 1973, 189; BLUM, R., «Fragen der Patentfähigkeit von Erfindungen auf dem Gebiet der lebenden Materie», *GRUR Int.*, 1981, 295; LADAS, S., *Patents, Trademarks, and Related Rights*, I, Cambridge-Mass., 1975, 385-386.

ten voordele van «micro-biologische werkwijzen en hierdoor verkregen voortbrengselen»⁸⁹. Voor dergelijke procédés en de daardoor verkregen micro-organismen of niet levende stoffen kan dus wél een Europees octrooi worden verleend⁹⁰. Dit is natuurlijk toe te juichen, al kan men zich wel de vraag stellen wat de logica is van een systeem dat de biologische uitvindingen van octrooieerbaarheid uitsluit, maar de microbiologische niet. De uitleg is wellicht dat ten tijde van het opstellen van deze tekst alleen deze laatste sterk werden verdedigd door de industrie en met name door de farmaceutische nijverheid, die toen reeds heel wat toepassingen zag in de microbiologie⁹¹.

33. Zoals wij dat reeds voor gewone Belgische octrooien hebben uiteengezet, zal ook hier, maar dan op grond van een uitdrukkelijke bepaling, naast de Europese octrooiaanvragen dikwijls een aanvullend depot van het micro-organisme nodig zijn om de uitvinding voldoende te kunnen beschrijven. Regel 28 van het uitvoeringsreglement bij het Verdrag van München⁹² bepaalt dat, wanneer een uitvinding betreffende een microbiologische werkwijze of een hierdoor verkregen voortbrengsel het gebruik omvat van een micro-organisme dat niet algemeen toegankelijk is en dat in de Europese octrooiaanvragen niet voldoende kan worden beschreven om zonder meer door een deskundige te kunnen worden toegepast, een cultuur van het micro-organisme moet worden gedeponereerd bij een erkende instelling. Hierbij kan het niet alleen gaan om een instelling die door het Europees Octrooibureau zelf is erkend op grond van cijfer 9 in regel 28, maar ook om een krachtens het Verdrag van Boedapest internationaal erkende depotinstelling, aangezien de Europese Octrooiorganisatie op grond van art. 9 van het Verdrag verklaard heeft de aldaar verrichte depots van micro-organismen voor de Europese octrooiprocedure te aanvaarden⁹³. De neerlegging van het micro-organisme dient uiterlijk te geschieden op de datum van indiening van de Europese octrooiaanvragen.

34. Vanaf de datum van publikatie van de Europese octrooiaanvragen kan iedereen een staal van het gedeponereerde micro-organisme vragen. Wie hierom verzoekt moet er zich echter tegenover de aanvrager (of de houder) van het octrooi eerst toe verbinden om, tot aan de verlening van het Europees octrooi, de cultuur alleen voor experimentele doeleinden te gebruiken (en dus niet voor bv. een industriële exploitatie), en ze noch vóór, noch na de verlening van het octrooi ter beschikking te stellen van derden. Beide beperkingen vervallen wanneer de octrooiaanvraag wordt afgewezen of ingetrokken.

De aanvrager van het octrooi kan het Europees Octrooibureau echter laten weten dat hij verkliest dat de stalen tot

aan de verlening van het octrooi of tot aan de afwijzing of intrekking van de octrooiaanvraag niet aan onverschillig welke verzoeker zouden worden overhandigd, maar alleen aan deskundigen. Deze experts mogen door de verzoeker zelf worden aangewezen, maar ze moeten ofwel door de octrooiaanvrager aanvaard worden, ofwel door de voorzitter van het Europees Octrooibureau als deskundige erkend zijn. In dit laatste geval moeten die erkende deskundigen er zich bovendien tegenover de octrooiaanvrager toe verbinden de cultuur niet kenbaar te maken, zelfs niet aan de verzoeker, en ze alleen voor het verrichten van proeven te gebruiken⁹⁴.

Een verzoek tot verkrijging van een staal van een gedeponereerd micro-organisme dient te worden gericht aan het Europees Octrooibureau door middel van een speciaal formulier. Het Bureau bevestigt op dit formulier dat een Europese octrooiaanvraag die melding maakt van het depot van een micro-organisme werd ingediend en dat de verzoeker of de door hem aangewezen deskundige recht heeft op het verkrijgen van een staal. Het Europees Octrooibureau zendt dan een kopie van dit alles aan de erkende depotinstelling, evenals aan de aanvrager of houder van het octrooi.

4. Het ontwerp voor een nieuwe Octrooiwet

35. De omstandigheid dat het Europees Octrooiwetverdrag alleen maar de microbiologie beschermt, hoeft de Belgische wetgever er niet van te weerhouden een meer toekomstgericht standpunt in te nemen door langs de nationale weg ook voor andere biologische uitvindingen verder octrooi te verlenen. Bij de studie van de software- bescherming hebben wij immers al benadrukt dat de verdragsstaten niet verplicht zijn de conventionele regels over de octrooieerbaarheid in de nationale wetgeving over te nemen⁹⁵. Zoals bij de computerprogramma's moeten wij echter ook hier jammer genoeg constateren dat het ontwerp voor een nieuwe Belgische Octrooiwet de reeds bestaande beschermingsmogelijkheden afbouwt door de Europese bepalingen nagenoeg letterlijk over te schrijven⁹⁶. Volgens art. 4, § 1, zouden inderdaad ook voor Belgische octrooien de planten- of dierenrassen, evenals de werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren voortaan van de bescherming worden uitgesloten. Nog steeds zoals in het Verdrag zouden alleen nog microbiologische werkwijzen en hierdoor verkregen voortbrengselen genade vinden. Voor deze laatste bepaalt art. 17, § 1, verder dat «wanneer de uitvinding betrekking heeft op een micro-organisme dat niet openbaar toegankelijk is, een cultuur van het micro-

⁸⁹ Ook deze uitzondering kwam reeds voor in art. 2, letter b, van het in 1963 te Straatsburg ondertekende Eenmakingsverdrag.

⁹⁰ Meer hierover bij TESCHEMACHER, R., «Die Patentfähigkeit von Mikro-organismen nach deutschem und europäischem Recht», *GRUT Int.*, 1981, 359-360.

⁹¹ GRUSZOW, L. en REMICHE, B., *La protection des inventions*, Brussel, 1978, 213.

⁹² In de versie bepaald door art. 1 van het Besluit van de Raad van Bestuur van de Europese Octrooiorganisatie van 30 november 1979, *B.S.*, 8 mei 1982.

⁹³ Verklaring van 26 augustus 1980, *Journal officiel OEB*, 1980, 380, *P.I.*, 1980, 217.

⁹⁴ Over de achtergronden van deze «deskundigenoplossing», die in feite een extra beveiligingsregeling in het voordeel van de aanvrager van microbiologische octrooien invoert zie TESCHEMACHER, R., «Ein Sonderrecht für mikrobiologische Erfindungen?», *GRUR Int.*, 1979, 444 e.v. en ook reeds de uitgebreide discussies in *Procès Verbaux de la Conférence diplomatique de Munich pour l'institution d'un système européen de délivrance de brevets*, Köln, 1977, 92 e.v. Verg. CRESPI, R.S., «Biotechnology and Patents: Outstanding Issues», *EIPR*, 1983, 201-202.

⁹⁵ Zie de referenties in noot 22.

⁹⁶ Ontwerp van wet op de uitvindingsoctrooien, overgezonden door de Kamer, *Parl. St., Senaat*, 1983-84, nr. 585/1.

organisme gedeponneerd dient te worden bij een door de Koning daartoe gemachtigde instelling». Hier zal aansluiting kunnen gezocht worden bij het hierboven beschreven systeem in het Verdrag van Boedapest, dat voor België reeds in werking is getreden, en de mogelijkheid opent om dergelijke depots bij internationaal erkende instellingen in het buitenland te verrichten.

36. Op één punt wijkt het ontworpen art. 4 nochtans af van het Europese voorbeeld. Terwijl art. 53 in het Verdrag alle «plantenrassen» zonder meer treft, preciseert de Belgische tekst nader dat van de bescherming alleen zijn uitgesloten «kweekprodukten van soorten of van rassen vallend onder het beschermingsstatuut ingesteld bij de wet van 20 mei 1975 tot bescherming van kweekprodukten». Uit de voorbereidende teksten blijkt duidelijk dat men ervan uitgaat dat de huidige wet van 24 mei 1854 de plantenrassen reeds beschermt en dat men onder het nieuwe art. 4 die octrooibescherming verder zal verlenen aan alle botanische soorten die nog niet door de Koning zullen zijn aangewezen in het raam van de wet van 20 mei 1975⁹⁷.

Plantenrassen zullen bijgevolg ook onder het komende Belgische recht beter worden beschermd dan in het Europese Octrooiwet. Hetzelfde kan echter niet worden gezegd van de procédés voor het verkrijgen van planten die, net zoals in het Verdrag, van iedere bescherming zullen worden uitgesloten⁹⁸.

37. Deze lezing van de toekomstige Octrooiwet is niet in tegenspraak met wat de bestaande wet van 20 mei 1975 van haar kant zegt over diezelfde verhouding van het octrooi-recht tot het kwekersrecht.

Het derde lid van art. 1 in deze wet verklaart inderdaad dat «de bescherming bij deze wet geregeld de bescherming uitsluit als bedoeld in de wetgeving op het octrooi». Het zou verkeerd zijn in deze zin een absolute uitschakeling te willen lezen van iedere octrooibescherming⁹⁹, want de tekst preciseert dat dit slechts het geval is in de mate dat de kwekersbescherming effectief «bij deze wet werd geregeld» («la protection organisée par la présente loi»). Welnu, uit het tweede lid van datzelfde artikel 1 blijkt al onmiddellijk dat die bescherming voor ieder plantenras eerst wordt georganiseerd, nadat de Koning dat ras concreet heeft aangewezen zodat er een kwekerscertificaat voor kan worden afgeleverd. De (nog) niet aangewezen rassen vallen dus buiten de door de kwekerswet geregelde bescherming, zodat niets betoogd dat ze zouden worden opgevangen door de Octrooiwet¹⁰⁰.

38. Wat daarentegen in geen geval nog beschermd zal worden wanneer het ontwerp wet wordt, zijn de dierenras-

sen en de werkwijzen voor de voortbrenging van dieren, aangezien hier geen alternatieve bescherming meer kan worden gezocht in de wet van 20 mei 1975 die zich, zoals wij nu gaan zien, beperkt tot het beschermen van botanische geslachten. Bij de voortschrijdende mogelijkheden van de genetische technologie hoeft het geen betoog dat hier een lacune dreigt te ontstaan, die scherp zal worden aangevoeld.

. Bescherming via het kwekersrecht

39. De tendens om de biologische uitvindingen geheel of gedeeltelijk uit de octrooieerbare materie te sluiten kan voor een stuk worden verklaard en gerechtvaardigd door het bestaan van een meer gespecialiseerde beschermingsmogelijkheid. Sinds 2 december 1961 is er inderdaad een Verdrag van Parijs tot bescherming van de kweekprodukten¹⁰¹, dat in België aanleiding gaf tot het uitvaardigen van de wet van 20 mei 1975 over hetzelfde onderwerp¹⁰².

Deze teksten bestrijken echter niet het gehele spectrum van de biologische uitvindingen, maar beperken zich tot het verlenen van een zekere bescherming voor *botanische* geslachten en soorten¹⁰³, wat duidelijker tot uiting komt in de Franse titel die de kweekprodukten aanduidt als «obtention végétale». Het gaat hier bijgevolg om het stimuleren van prestaties op het gebied van de landbouw, tuinbouw, sierteelt en bosbouw, waarbij men o.m. kan denken aan de ontwikkeling van nieuwe graangewassen, groenten of fruitsoorten, planten, bloemen en bomen.

40. Voor de kwekerswetgeving telt alleen het verkregen produkt en niet de wijze waarop het wordt verkregen. Het zal dus geen verschil uitmaken of de kweker tot het nieuwe ras komt door het zorgvuldig isoleren en reproduceren van een in de natuur bestaand specimen, door het jarenlang selecteren van planten na kruising of veredeling door mutatie, of zelfs door gesofisticeerde ingrepen in de genetische code met gebruik van de DNA-techniek¹⁰⁴.

Vergeleken met het octrooierecht is het kwekersrecht weliswaar ruimer in die zin dat het ook ontdekkingen beschermt. Art. 26 van de Kwekerswet verleent het recht inderdaad niet alleen aan de persoon die een nieuw ras «gewonnen» heeft maar ook aan diegene die gewoon een soort «gevonden» heeft¹⁰⁵. Van de andere kant valt echter de beperking op dat het kwekersrecht alleen een produktbescherming verleent en geen rechten toekent op een werk-

⁹⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 919/1, 5, evenals het antwoord van de minister van Economische Zaken tijdens de bespreking, in de senaatscommissie, *Parl. St., Senaat*, 1983-1984, nr. 585/2, 6.

⁹⁸ Anders dan bv. in Duitsland waar de nationale Octrooiwet van 16 december 1980 in art. 2, 2°, nog bescherming verleent voor werkwijzen tot bescherming van niet door de Kwekerswet beschermde rassen (*Lois et Traités de Propriété Industrielle*, Genève, losbladig). Zie STRAUS, J., «Patentschutz für gentechnologische Pflanzenzüchtungen?», *GRUR Int.*, 1983, 591.

⁹⁹ In die zin nochtans VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, 1976, nr. 181, p. 187.

¹⁰⁰ VRIJDAGS, G., «Een nieuw industrieel eigendomsrecht in België: het kwekersrecht», *R.W.*, 1977-78, 2132.

¹⁰¹ Goedgekeurd door de wet van 17 december 1975, *B.S.*, 29 december 1976. Deze tekst moet worden gelezen samen met de aanvullende akte van Genève van 10 november 1972. Later werd het Verdrag nogmaals herzien te Genève op 23 oktober 1978. Deze laatste versie is door België nog niet goedgekeurd.

¹⁰² *B.S.*, 5 september 1975.

¹⁰³ Art. 4, cijfer 1, van het Verdrag.

¹⁰⁴ Over deze technieken BYRNE, N.J., «Les critères agrotechniques dans la législation sur la protection des obtentions végétales», *P.I.*, 1983, 315 e.v.; HENDRICKX, Y., «La protection des obtentions végétales», *Ing. Cons.*, 1968, 101-128 en 149-184.

¹⁰⁵ VRIJDAGS, G., «Een nieuw industrieel eigendomsrecht in België: het kwekersrecht», *R.W.*, 1977-78, 2136; LEHERTE, G., «Le certificat d'obtention végétale en Belgique», *Ing. Cons.*, 1978, 289.

wijze¹⁰⁶. De uitdrukkelijk uitsluiting van de botanische procédés in art. 4 van de ontworpen nieuwe Octrooiwet zal bijgevolg niet via de Kwekerswet kunnen worden gecompenseerd. In het licht van de belangrijke ontwikkeling die de genetische manipulatie van planten vandaag doormaakt, dreigt ons recht hier duidelijk te kort te schieten.

41. De grondvereisten voor het verkrijgen van de bescherming zijn niet die welke wij kennen uit het octrooi-recht. Het kwekersrecht vergt geen uitvindingshoogte¹⁰⁷, wel nieuwigheid, maar daarnaast ook een voldoende homogeniteit en bestendigheid, evenals de aanduiding van een benaming voor het ras¹⁰⁸.

De vereiste nieuwigheid wordt speciaal omschreven in art. 4 van de wet. Volgens deze bepaling is een ras nieuw wanneer het zich door een of meer van zijn belangrijke eigenschappen duidelijk onderscheidt van elk ander ras, waarvan het bestaan op het tijdstip van de aanvraag tot bescherming algemeen bekend is. Deze algemene bekendheid kan o.m. worden vastgesteld door verwijzing naar aan de gang zijnde teelt of verhandeling, inschrijving of verzoek tot inschrijving in een officieel rassenregister, het voorkomen in een vergelijkingscollectie of nauwkeurige beschrijving in een publikatie. De eigenschappen, aan de hand waarvan een nieuw ras kan worden omschreven en onderscheiden, kunnen zowel van morfologische als van fysiologische aard zijn. In elk geval moeten zij met nauwkeurigheid kunnen worden beschreven en onderkend. Hierbij kan het bv. gaan om een andere vorm, kleur of grootte of ook nog om een betere voedingswaarde, winterhardheid, of een groter weerstandsvermogen tegen ziekten¹⁰⁹. Hetzelfde artikel preciseert verder dat het feit dat een ras in proeven werd opgenomen of is aangeboden ter inschrijving of reeds is ingeschreven in een officieel register, niet kan worden tegengeworpen aan de kweker van dit ras of aan zijn rechtverkrijgenden. Echter wordt een ras niet als nieuw beschouwd als het op het tijdstip van de aanvraag met toestemming van de kweker of zijn rechtverkrijgenden in de handel is in België, of, maar dan sedert meer dan vier jaar, in het buitenland.

Voorts moet het ras volgens art. 5 «voldoende» homogeen zijn, in aanmerking genomen de bijzonderheden die aan zijn geslachtelijke of ongeslachtelijke vermeerdering eigen zijn. Dit wil zeggen dat de kenmerkende eigenschappen moeten terug te vinden zijn bij alle planten van het ras, ongeacht kleinere afwijkingen¹¹⁰. Die eigenschappen moeten ook in de tijd voortleven zoals blijkt uit art. 6, waar van het nieuwe ras wordt gevraagd dat het tevens bestendig is, dit wil zeggen dat het in de loop van zijn achtereenvolgende vermeerderingen, of, wanneer de kweker een bijzondere vermeerderingscyclus heeft vastgesteld, aan het einde van elke cyclus aan de oorspronkelijk gegeven omschrijving moet blijven beantwoorden.

Tenslotte moet de kweker een benaming aanduiden die de identificatie van het ras mogelijk maakt¹¹¹. Al wie teeltmateriaal van het nieuwe ras in de handel brengt zal gehouden zijn deze benaming te gebruiken, zelfs na afloop van de bescherming van dat ras¹¹².

42. Het bijzondere van het kwekersrecht is wel dat het zich niet zonder meer uitstrekt tot alle botanische producten die aan de gestelde grondvereisten voldoen, maar dat deze slechts progressief onder het toepassingsgebied van de wet worden gebracht¹¹³. Hiertoe is vereist dat de Koning de soort of het ras waartoe het produkt behoort, speciaal aanwijst als vatbaar voor kwekersbescherming¹¹⁴. Zo heeft men kunnen merken dat het allereerste koninklijk besluit van 22 juli 1977 tot aanwijzing van plantensoorten waarvoor een kwekerscertificaat kon worden afgeleverd, slechts in de bescherming voorzorg van vijf soorten¹¹⁵, terwijl het meest recente K.B. van 10 februari 1983 dit aantal reeds bracht op meer dan 150¹¹⁶.

Wat gebeurt er nu met een bestaand kweekprodukt waarvan de soort op zekere dag door koninklijk besluit onder de Kwekerswet wordt geplaatst? Op dat ogenblik zal het betrokken ras meestal reeds ingeschreven zijn in een nationale rassenlijst of -catalogus of in een register van een erkende beroepsvereniging, want zoiets is een onontbeerlijke voorwaarde voor het keuren en vrijgeven voor de handel van eender welk teeltmateriaal¹¹⁷. Het is ook mogelijk dat voor het kweekprodukt ondertussen reeds een octrooi is afgeleverd, want uit het voorgaande weten wij dat, zolang de Koning een bepaald ras niet voor kwekersbescherming heeft aangewezen, de octrooiwetgeving verder kan worden ingeroepen¹¹⁸. Een overgangsbepaling in art. 49 maakt het dan mogelijk dat de kweker, binnen een jaar na de inwerkingtreding van de Kwekerswet, ten aanzien van de door de Koning aangewezen soorten en rassen, de toepassing van deze wet aanvraagt, zonder dat handelingen van algemene bekendheid in de zin van art. 4, ontstaan na de inschrijving van het ras of na een octrooiverlening, hem tegengeworpen kunnen worden. Voorwaarde is wel dat het betrokken ras op het ogenblik van de inschrijving of van de octrooiaanvraag reeds voldeed aan de voorwaarden van nieuwigheid, bestendigheid, homogeniteit en benaming. De kweker zal in dit verband kunnen verwijzen naar de proeven die daarover reeds plaatsvonden met het oog op de inschrijving van het ras¹¹⁹.

43. Op het eerste gezicht zou men kunnen menen dat art. 9 slechts een beperkte rol speelt aangezien kwekers de over-

¹⁰⁶ VRIJDAGS G., o.c., *R.W.*, 1977-78, 2151, noot 147.

¹⁰⁷ LEHERTE, G., o.c., *Ing. Cons.*, 1978, 289.

¹⁰⁸ Art. 3 van de wet.

¹⁰⁹ Over de vraag wanneer een eigenschap «belangrijk» is en wanneer zij «duidelijk» een verschil uitmaakt BYRNE, N.J., o.c., *P.I.*, 1983, 320-321; VRIJDAGS, G., o.c., *R.W.*, 1977-78, 2138; SMITH, L.J., «La Convention internationale pour la protection des obtentions végétales», *P.I.*, 1965, 289-290.

¹¹⁰ VRIJDAGS, G., o.c., *R.W.*, 1977-78, 2141-2142. Vgl. GIELEN, Cl., *Kwekersrecht*, Zwolle, 1983, 29-30.

¹¹¹ Art. 7 en 8 van de wet. De talrijke voorwaarden waaraan een rasbenaming moet voldoen vindt men in de art. 13 en 36 van het Verdrag en verder in de art. 25 en 27 van het K.B. van 22 juli 1977 tot bescherming van kweekprodukten (*B.S.*, 13 oktober 1977).

¹¹² Art. 13, cijfer 7, van het Verdrag.

¹¹³ Art. 4, cijfer 2, van het Verdrag.

¹¹⁴ Art. 1 van de wet.

¹¹⁵ *B.S.*, 13 oktober 1977, p. 12474.

¹¹⁶ *B.S.*, 19 april 1983.

¹¹⁷ Zie VRIJDAGS, G., o.c., *R.W.*, 1977-78, 2124-2130.

¹¹⁸ *Supra*, nrs. 36-37.

¹¹⁹ Vgl. VRIJDAGS, G., o.c., *R.W.*, 1977-78, 2130: een ras wordt slechts in de nationale catalogus ingeschreven na proeven over o.m. de onderscheidbaarheid, bestendigheid en homogeniteit. Het ras wordt daar ingeschreven onder een bepaalde benaming.

gang naar het nieuwe regime moeten aanvragen «binnen een jaar na de inwerkingtreding van deze wet». Men is immers geneigd vluchtig te kijken naar art. 50, krachtens hetwelk de Kwekerswet in werking is getreden op 5 september 1976, d.i. één jaar na de bekendmaking in het Staatsblad van 5 september 1975. Vandaar de verdere conclusie dat de aanvragen tot overgang naar het nieuwe regime uitsluitend konden worden ingediend tussen 5 september 1976 en 6 september 1977¹²⁰.

Een dergelijke interpretatie is nochtans in strijd met de tekst van art. 49, die ook preciseert dat de termijn berekend dient te worden «na inwerkingtreding van deze wet, *ten aanzien van de door de Koning aangewezen soorten en rassen*» wat inhoudt dat de overgangperiode van één jaar eerst ingaat nadat de Koning een soort concreet heeft aangewezen. Eerst dan treedt het wettelijk systeem voor die soort effectief in werking. Bijgevolg dient de eenjarige termijn te worden berekend vanaf de inwerkingtreding van het uitvoeringsbesluit dat de soort voor het eerst aanwijst¹²¹.

Een eenmalige overgangperiode zou trouwens indruisen tegen de gehele systematiek van de kwekerswetgeving, die geschreven is om slechts progressief te worden toegepast. Het zou ook volstrekt onlogisch zijn om slechts eenmaal op een beperkte groep van op dat ogenblik reeds aangewezen rassen art. 49 toe te passen en voor alle andere later aan te wijzen soorten in geen enkele overgang te voorzien.

De gevolgen van de hier bestreden opvatting lijken niet alleen onlogisch maar ze worden bovendien absurd wanneer men ziet dat het eerste uitvoeringsbesluit tot aanwijzing van beschermden soorten een K.B. is van 22 juli 1977, gepubliceerd in het Staatsblad van 13 oktober 1977. Dit zou betekenen dat volgens de bestreden stelling de fatale einddatum van 6 september 1977 op dat ogenblik reeds verstreken was zodat geen enkele kweker van enige overgangsmaatregel gebruik zou hebben kunnen maken.

Ten slotte dient te worden gezegd dat het in strijd zou zijn met de billijkheid en remmend zou werken voor de innovatie om kwekers die voor een produkt een octrooi zouden hebben verkregen en die bijgevolg mochten verwachten dat zij gedurende een periode van twintig jaar tegen namaking zouden worden beschermd, op een willekeurig ogenblik onder de Kwekerswet te brengen zonder dat zij door een overgangsstelsel hun rechten onder het nieuwe regime zouden kunnen voortzetten.

De geleidelijke toepassing van het nieuwe regime zoals hierboven bepleit lijkt dus wel een oplossing waar niet aan te ontkomen valt.

44. Om voor produkten die behoren tot de door de Koning aangewezen rassen kwekersbescherming te verkrijgen moet een aanvraag worden ingediend bij de Dienst tot bescherming van kweekprodukten bij het Ministerie van Landbouw. Deze dienst gaat over tot een vooronderzoek ten gronde waarbij de nieuwigheid, bestendigheid en homo-

geniteit worden nagegaan en ook de rasnaam wordt gecontroleerd. Uiteindelijk kan een kwekerscertificaat worden afgeleverd, dat tevens wordt ingeschreven in een openbaar «Rassenregister»¹²². De bescherming loopt vanaf de verlening van het certificaat voor een duur die voor iedere soort door de Koning wordt bepaald, met een minimum van vijftien en een maximum van vijftientwintig jaar¹²³. Het meest recente K.B. van 10 februari 1983¹²⁴ voorziet aldus in een beschermingsduur van twintig jaar voor een deel van de in het besluit vermelde soorten en van vijftientwintig jaar voor de rest.

45. He kwekerscertificaat verleent aan zijn houder een exclusief recht op de produktie voor *commerciële* doeleinden en op verhandeling van teeltmateriaal¹²⁵. Deze beperking tot de commerciële sector sluit uit dat het kwekersrecht zou worden toegepast op gebruik door particulieren, zoals de kweek in een eigen moestuintje, of ook op de in art. 22 trouwens uitdrukkelijk vrijgestelde produktie voor wetenschappelijk onderzoek.

Omdat ontwikkeling van nieuwe rassen meestal slechts mogelijk is door te vertrekken vanuit de bestaande wordt evenmin enige toestemming van de kweker vereist voor het gebruik van een beschermd ras als uitgangspunt van variatie voor het kweken of commercialiseren van andere nieuwe rassen. Daarentegen is deze toestemming wel vereist wanneer het eerste ras telkens opnieuw gebruikt moet worden voor de commerciële produktie van het tweede¹²⁶.

46. Uit artikel 21 van de wet blijkt voorts dat het kwekersrecht een fundamentele beperking ondergaat doordat het zich alleen uitstrekt tot het geslachtelijk of ongeslachtelijk *teeltmateriaal* van een ras, zoals zaad, pitten, bollen, knollen, pootgoed, enten, stekken of plantgoed. Er rust daarentegen geen enkel recht op het voor de consumptie bestemde eindprodukt zoals een nieuwe appel of een aparte snijroos, ook al ligt hierin veelal het eigenlijke commerciële doel van de kweek¹²⁷.

Op deze uitsluiting van het eindprodukt bestaat slechts één beperkte uitzondering. Het kwekersrecht zal zich inderdaad toch uitstrekken tot sierplanten of delen ervan die normaal als eindprodukt worden verhandeld, indien blijkt dat zij in feite met handelsdoeleinden zijn gebruikt als vermeerderingsmateriaal voor de voortbrenging van sierplanten of snijbloemen¹²⁸. Zoiets zou bv. het geval zijn wanneer ogen van snijrozen worden geënt op wilgeonderstammetjes voor het verkrijgen van rozestruiken¹²⁹.

¹²² Art. 12-20 van de wet. Zie verder het K.B. van 22 juli 1977 tot bescherming van kweekprodukten, B.S., 13 oktober 1977.

¹²³ Voor vruchtbomen en hun onderstammen, wijnstokken, bomen sierbomen nochtans niet voor minder dan achttien jaar. Zie artikel 11 van de wet.

¹²⁴ B.S., 19 april 1983.

¹²⁵ Artt. 1, 21 en 35 van de wet. Krachtens art. 2 omvat het «verhandelen» het te koop aanbieden of stellen, voor de verkoop of levering in bezit houden, ruilen, verkopen, onder kosteloze of bezwarende titel afleveren en het in- of uitvoeren.

¹²⁶ Art. 5, cijfer 3, van het Verdrag; artt. 22 en 35 van de wet.

¹²⁷ VRIJDAGS, G., o.c., R.W., 1977-78, 2177-2281; WUESTHOFF, F., «Schutzumfang inländischer und ausländischer Sortenschutzrechte», GRUR Int., 1977, 433-434.

¹²⁸ Art. 21, lid 3, van de wet.

¹²⁹ VRIJDAGS, G., o.c., R.W., 1977-78, 2180.

¹²⁰ Aldus VAN POUCKE, D., «La protection des obtentions végétales en question», Ing. Cons., 1983, 284-288.

¹²¹ Zo ook VRIJDAGS, G., o.c., R.W., 1977-78, 2196-2197; LEHERTE, G., o.c., Ing. Cons., 1978, 288; LEHERTE, G. en LANVIN, P., «Le certificat d'obtention végétale en Belgique», Jupiter-Droit des Affaires. Marché Commun, nr. 81.2 en 87.

Erg bevorderlijk voor de innovatie is die beperking tot de vermeerderingssector natuurlijk niet en de creatieve kweker dreigt er zelfs door te worden ontmoedigd. Wie bv. na vijftien jaar duur en moeizaam onderzoekswerk een nieuwe appelvariëteit heeft ontwikkeld, zal met zijn kwekerscertificaat niet eens kunnen bereiken dat anderen zijn toestemming moeten vragen voor het kweken of verkopen van die appelen. Hij kan daarmee hoogstens beletten dat zij appelbomen gaan kweken en verkopen. Ook tegenover de invoer van zijn appelen uit het buitenland staat hij machteloos, want hij zou alleen een import van de boompjes zelf kunnen beletten.

47. Bij nader toezien lijkt het recht van de kweker zelfs nog meer beperkt te zijn omdat zelfs binnen de sector van de commerciële vermeerdering niet iedere reproductie van teeltmateriaal aan de toestemming van de kweker is onderworpen. Uit de enkele lezing van art. 21 in de wet blijkt dit niet onmiddellijk omdat hier heel algemeen gesproken wordt van «voortbrenging voor handelsdoeleinden van teeltmateriaal» («La production à des fins commerciales»). Maar wanneer wij deze tekst leggen naast de overeenkomstige bepaling in art. 5, cijfer 1, van het Verdrag, dan valt op dat de Nederlandse versie alleen nog «het voortbrengen voor handelsdoeleinden van teeltmateriaal als zodanig» onder het kwekersrecht plaatst. Nog preciezer is de enige authentieke Franse tekst die spreekt van «la production à des fins d'écoulement commercial, du matériel de reproduction ou de multiplication végétative, en tant que tel», wat er duidelijk op wijst dat de reproductie van teeltmateriaal eerst dan onder het kwekersrecht valt wanneer het de bedoeling is om het als zodanig, d.i. als teeltmateriaal verder te verhandelen. Gebeurt de vermeerdering daarentegen om met het verkregen teeltmateriaal eindprodukten te oogsten en die te verkopen, dan is er wel een algemeen commercieel oogmerk maar niet de in de Conventie gevraagde speciale bedoeling om het verkregen teeltmateriaal zelf te commercialiseren¹³⁰. In ons voorbeeld van de nieuwe appelvariëteit betekent dit dat alleen de exploitant van een boomkwekerij die appelbomen vermeerdert en doorverkoopt, de toestemming van de kweker nodig heeft, echter niet de eigenaar van een boomgaard die vanuit één bij de kweker aangekochte appelboom misschien honderden andere bomen produceert maar alleen de zo bekomen appelen doorverkoopt.

Voor de kweker van door iedereen makkelijk te reproduceren soorten zoals fruitbomen is deze verdere inkorting van zijn recht bijzonder erg. Alleen kwekers die soorten produceren waarvan de vermeerdering moeilijk is of gepaard gaat met kwaliteitsverlies, hebben hieronder minder te lijden. Zo zal het voor veel graangewassen toch nodig zijn dat de landbouwer zijn voorraad zaaizaad regelmatig ververscht, waarvoor hij zich dan opnieuw zal wenden tot de kweker of zijn licentiehouder¹³¹.

¹³⁰ ROYON, R., «The limited scope of breeders' rights under the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants», *EIPR*, 1980, 139-140; STRAUS, J., «Patentschutz für gentechnologische Pflanzenzüchtungen?», *GRUR Int.*, 1983, 595.

¹³¹ Verg. HENDRICKX, Y., «La protection des obtentions végétales», *Ing. Cons.*, 1968, 126-127.

48. Nu is het wel zo dat het Verdrag zelf reeds in de mogelijkheid voorziet om de kweker in een wat gunstiger uitgangspositie te brengen doordat art. 5, cijfer 4, iedere Staat vrijlaat om voor bepaalde botanische geslachten of soorten aan de kwekers een recht te verlenen dat verder strekt... en dat zich in het bijzonder kan uitstrekken tot het verhandelde eindprodukt¹³². De Belgische wet bevat zeker geen spoor van enige uitbreiding van het kwekersrecht tot het eindprodukt. Kan men echter niet zeggen dat onze wetgever impliciet dan toch een meer beperkt gebruik heeft gemaakt van de conventionele mogelijkheid door in art. 21 te bepalen dat iedere commerciële reproductie van teeltmateriaal onder het kwekersrecht valt en niet alleen maar de vermeerdering ervan met het speciale doel om het ook als teeltmateriaal verder te verhandelen?

In het licht van de voorbereidende teksten der Belgische wet lijkt het moeilijk het tekstverschil tussen art. 21 van de Kwekerswet en art. 5, cijfer 1, van het Verdrag te interpreteren als een gewilde uitbreiding in de zin van art. 5, cijfer 4. Uit het verslag van de Senaatscommissie¹³³ blijkt immers niet alleen dat deze er uitdrukkelijk is van uitgegaan dat «art. 21, § 1, eensluidend is met art. 5 (1) van het Verdrag», maar ook dat zij een tekstgedeelte uit het oorspronkelijke ontwerp¹³⁴ heeft geschrapt waarin precies op een veel duidelijker wijze aan de Koning een machtiging zou worden verleend om, op grond van art. 5, cijfer 4, van het Verdrag, verdergaande rechten toe te kennen.

In die omstandigheden blijft het probleem in alle scherpheid gesteld. Wensen wij in land- en tuinbouw een namaakeconomie, dan kan men zich vergenoegen met de huidige stand van het kwekersrecht. Willen wij daarentegen ook hier de creativiteit stimuleren door de innovatie aangepast te beschermen, dan wordt het dringend tijd om ernstig werk te maken van de in art. 5, cijfer 4, van de Conventie geboden mogelijkheid om het Belgische kwekersrecht uit te breiden tot de gehele vermeerderingssector en zelfs tot het verhandelde eindprodukt.

IV. Besluit

49. Aan de hand van voorbeelden uit twee spijttechnologieën, de informatica en de biotechnologie, hebben wij ons afgevraagd in welke mate het bestaande recht inzake intellectuele eigendom voldoet aan de noden voor de toekomst.

Het antwoord is genuanceerd. Inzake computerprogramma's kan worden betreurd dat de beschermingsmogelijkheid uit het octrooirecht door wettelijke ingrepen meer en meer wordt gereduceerd. Het auteursrecht is daardoor echter op het voorplan gekomen als een onmiddellijk

¹³² Tijdens de herzieningsconferentie van Genève in 1978 werden voorstellen om onmiddellijk cijfer 1 van art. 5 te wijzigen in de zin van een verdergaande bescherming van de kweker, na een fundamentele discussie, als voorbarig van de hand gewezen. Zie *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de revision de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales*, Genève, 1982, 122-123, 150-156, 185-187, 194.

¹³³ *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 352/2, 12-13.

¹³⁴ *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 352/1, 23.

bruikbaar alternatief. Een speciale wettelijke tussenkomst lijkt hier voorlopig overbodig. Voor de biologische uitvindingen daarentegen is er dringend een koerswijziging nodig. Er bestaat inderdaad een noodlottige tendens om octrooibeschermt alleen nog open te stellen voor microbiologische uitvindingen. Met de genetische technologie groeit echter de noodzaak om ook voor dieren- en plantenrassen bescherming te verlenen. Voor deze laatste bestaat er wel een andere beschermingsmogelijkheid via het kwekersrecht. Om van dit gebied een geldig alternatief voor het octrooi-recht te maken dienen echter ook de kweekprocédés te worden beschermd en moet de beschermingsomvang worden

uitgebreid tot de gehele vermeerderingssector en zelfs tot aan het eindprodukt.

De intellectuele rechten zijn altijd een stimulans geweest voor menselijke creativiteit en zin voor innovatie. Laten wij ervoor zorgen dat zij deze ondersteunende rol ook nu kunnen blijven vervullen door ze langs wet en rechtspraak tijdig aan te passen aan het tempo van de derde industriële revolutie.

Frank GOTZEN

*Decaan van de Rechtsfaculteit UFSAL – Brussel
Buitengewoon docent aan de K.U. Leuven*

EIGENDOMSRECHT EN NIEUWE CONTRACTVORMEN : LEASING, FRANCHISING EN FACTORING

Dat het eigendomsrecht de laatste decennia sterk geëvolueerd is, hoeft geen betoog¹. Meer bepaald willen wij er in deze bijdrage op wijzen hoe die evolutie zich ook heeft doorgezet in het domein van de contractuele relaties. Het domein van de contractuele relaties wordt trouwens niet alleen in het privaatrecht maar ook in het administratief, sociaal en economisch recht met de dag aanzienlijker².

De C.A.O.'s zijn de basis geworden van onze sociale orde, de overheid sluit programma-akkoorden af om haar prijspolitiek door te drukken en de reconversie- en investeringspolitiek is vooral op contractuele basis.

Meer specifiek willen we in deze bijdrage aantonen hoe moderne contractvormen zoals leasing, franchising en factoring gebruik maken van wat we zullen kwalificeren als een functioneel eigendomsbegrip; functioneel in tegenstelling tot het klassieke, statische, onbeweeglijke, absolute, in principe eeuwigdurende eigendomsbegrip. Eigendom is niet meer iets wat men in de hand houdt, dat blijft, waar men als het ware op zit; het eigendomsbegrip in die contractvormen is essentieel doelgericht, functioneel: het heeft maar zin in functie van een bepaald te realiseren opzet.

In een eerste punt willen we nog even ter herinnering en als achtergrond terugkomen op het klassieke 19^e-eeuwse eigendomsbegrip.

In een tweede punt handelen we dan over de evolutie van het eigendomsrecht in het algemeen in onze huidige maatschappij.

In een derde deel hebben we het dan over dat functioneel, doelgericht eigendomsrecht, zoals het gebruikt wordt in de nieuwe contractvormen zoals leasing, franchising en factoring.

I. Klassiek Eigendomsbegrip

Over het klassieke eigendomsbegrip en het eigenaarstype uit de Code Napoleon kunnen we vrij kort zijn. Toch is het een goed uitgangspunt om de verder geschetste evolutie te begrijpen.

De eigenaar in de Code Napoleon is een soort soeverein over de goederen die hij in eigendom heeft: hij beschikt erover bij leven en bij dood, hij heeft er een exclusief gebruiks- en genotsrecht over, bepaalt eigenmachtig de bestemming ervan. Hij heeft het fameuze driedelige recht: «jus utendi, jus fruendi, jus abutendi».

Het eigendomsrecht is iets statisch, iets blijvends en heeft vooral betrekking op onroerende goederen die relatief zelden overgaan op een ander rechtssubject.

Alleen de wet legt beperkingen op en dan vooral in die mate dat dit nodig is ter bescherming van het eigendomsrecht van de anderen.

In het B.W. staat het individuele eigendomsrecht als het

sluitstuk van het privaatrecht. Typisch behandelen boeken II en III van het B.W. het gehele vermogens- en verbintenissenrecht als regels in verband met eigendom en de manier om eigendom te verwerven.

Enkele markante uitspraken over dit destijds nooit genoeg volprezen statisch eigendomsbegrip vinden we o.m. bij:

- Aubry en Rau:

«Le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une façon absolue et exclusive à la volonté d'une personne»³.

- Pothier:

«Le droit de faire d'une chose ce que bon semble pourvu qu'on ne donne pas atteinte au droit d'autrui ni aux lois.»⁴

- G. Beltjens en Laurent — herhaaldelijk door eerstgenoemde geciteerd — om het even te houden bij Belgische auteurs, spreken over het eigendomsrecht in de volgende geëxalteerde bewoordingen:

«La propriété est le droit de disposer d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, de la manière la plus absolue, la plus exclusive et la plus illimitée.»

«Le propriétaire a le droit de disposer et d'abuser. Il peut anéantir, démolir sa chose; il peut même y mettre le feu, lorsque l'incendie offre aucun danger pour la propriété ou la vie d'autrui.

(...)

Le propriétaire a le droit d'écarter, d'exclure les tiers à la participation, à l'usage, à la jouissance de sa chose.

(...)

Le droit de propriété est de sa nature perpétuel, irrévocable.

(...)

La propriété ne peut pas être déclarée inaliénable»⁵.

- Portalis drukt zich uit als volgt:

«Le corps entier du droit civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure le moyen de la conserver»⁶.

Gelijkaardige stellingen en uitspraken zijn legio bij de klassieke civilisten van de 19^e en begin 20^e eeuw.

De industriële revolutie bracht de notie van eigendom, samengebracht onder één fysieke persoon even aan de orde, maar dit werd opgevangen door de fictie van de rechtspersoon die niet gezien werd als een vorm van collectieve eigendom, maar veeleer als een substitutie van de fysieke persoon — nu rechtspersoon — die het exclusieve geïndividualiseerde eigendomsrecht in praktisch ongewijzigde vorm behield⁷.

³ *Cours de droit civil français*, Parijs, § 190.

⁴ Over deze strekking zie hierover meer uitgebreid DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «La définition et la notion juridique de la propriété», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, 443.

⁵ BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge*, II, Brussel, 1905, 57.

⁶ *Exposé des motifs*, nr. 35, Locré (éd. belge), IV, 84.

⁷ PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, I, Parijs, 1925, nrs. 3005-3057.

¹ Zie o.m. DELVA, W., *De metamorfose van het Belgisch civielrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977; VAN NESTE, F., «Eigendom Morgen», *T.P.R.*, 1983, 479.

² *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, 1971.

Hetzelfde kan gezegd van het begrip medeëigendom zoals de wet van 8 juli 1924 (art. 577bis B.W. e.v.) dit heeft uitgewerkt: het regime van de medeëigendom is slechts een gewrongen en complex systeem van individuele eigendomsrechten: exclusiviteit van het abstracte deel, geen beschikingsrecht over de zaak zonder toestemming van alle individuele medeëigenaars⁸.

II. Eigendomsrecht in de huidige maatschappij

Het eigendomsrecht heeft zich in de huidige maatschappij gerelativeerd en vooral gefunctionaliseerd.

Gerelativeerd, d.w.z. dat men het niet meer beschouwt als «het» recht bij uitstek dat alle andere overschaduwet, maar «een» recht met vele beperkingen.

Gefunctionaliseerd, d.w.z. dat men het eigendomsrecht meer ziet als een middel om een bepaald doel te bereiken, een bepaalde functie te vervullen, dan als een einddoel op zichzelf.

Die relativering en functionalisering is niet te zien als het gevolg van collectivistische doctrines, maar vooral als de resultante van een gemeenschap die veel dynamischer, mobieler en doelgerichter is geworden.

In een voordracht over «Eigendom Morgen» stelde prof. F. Van Neste terecht als conclusie: «Eigendom bevat vandaag in vele gevallen een feitelijk gedeeld, doelgebonden en maatschappijbetrokken toebehoren».⁹

Men heeft slechts even te denken aan de huidige eigendomsrealiteit om van het functioneel en relatief karakter van het eigendomsrecht overtuigd te worden:

- participatie van de staat — of beter de gemeenschap — in bedrijven met het oog op een sociale finaliteit: de tewerkstelling;
- het bestaan van enorme, sociaal doelgerichte patrimonialia zoals universiteiten, openbare instellingen, vakbonden, klinieken;
- het beheer en gezag in privé-maatschappijen is belangrijker dan eigendom en dat beheer staat ook meer en meer los van de eigendom van de aandelen;
- overheidsinstellingen bij het eigendomsbeschikingsrecht met o.m. een mogelijk voorkeursrecht aan lokale besturen in geval van verkoop of overdracht;
- de recente toepassingen in urbanisatie en onroerende investeringsprojecten van de figuren van opstal en erfpacht waarbij eigendom in tijd (erfpacht) en ruimte (opstal) wordt gesplitst¹⁰;
- het fenomeen van «time sharing» bij het gebruik van vakantieflats en de uitgifte van vastgoedcertificaten zijn evenveel duidelijke uitingen van het fragmentarische, functionele, hedendaagse eigendomsrecht.

III. Leasing, franchising en factoring als voorbeelden van functioneel eigendomsrecht

A. Leasing

Leasing, in de zin van financiële leasing¹¹, is een driepolige rechtsverhouding, waarbij de gebruiker van een goed (lessee) de *aankoop* ervan laat financieren door een persoon of vennootschap (lessor), die het *gebruik en genot* van dit goed dan toekent aan voornoemde gebruiker¹².

De financiële leasing kan hetzij een roerend, hetzij een onroerend goed als voorwerp hebben. Beide figuren zijn in het Belgische recht apart geregeld.

De roerende leasing wordt geregeld door het K.B. van 10 november 1967¹³. In artikel 1 van dit K.B. wordt roerende leasing gekenmerkt als volgt:

1 De overeenkomst moet betrekking hebben op bedrijfsmaterieel dat uitsluitend door de lessee voor beroepsdoel-einden moet worden gebruikt.

2 Het materieel dient gekocht te worden door de lessor op gespecificeerde aanwijzing van de lessee.

3 De duur van de overeenkomst dient overeen te stemmen met de vermoedelijke bedrijfsduur van het materieel.

4 De vergoeding is zodanig dat de waarde van het materieel erdoor wordt afgeschreven over de looptijd van de overeenkomst.

5 De lessee moet een optie krijgen om het materieel in eigendom te verwerven op het einde van de overeenkomst.

De onroerende leasing is in ons recht geregeld in het kader van de B.T.W.-wetgeving, meer bepaald door het K.B. van 28 december 1970¹⁴. In artikel 1 van dit K.B. wordt onroerende leasing gedefinieerd als volgt:

1 Het is een contract dat betrekking heeft op gebouwde onroerende goederen, opgericht of verkregen door de lessor volgens aanwijzingen van de lessee en om door deze laatste te worden gebruikt in zijn handels- of nijverheidsactiviteiten.

2 Het genot van het onroerend goed wordt aan de lessee toegekend op grond van een niet-opzegbaar en niet-eigen-domsoverdragend contract.

3 Aan de lessee moet een optie tot verkrijging van het onroerend goed op het einde van het contract worden toegekend.

4 De vergoeding door de lessee aan de lessor te betalen voor het genot van het onroerend goed is gelijk aan het door de lessor geïnvesteerde kapitaal verhoogd met interesten en de financiële lasten.

¹¹ Tegenover het begrip van financiële leasing of financieringshuur staat het begrip van operationele leasing. Dit laatste is een tweepolige rechtsverhouding van huur van roerende goederen.

¹² Zie over het begrip leasing: DE KEYSER, L., «Onbenoemde overeenkomsten en roerende leasing», in *Bijzondere overeenkomsten, Actuele problemen*, HERBOTS, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, 439.

¹³ K.B. nr. 55, 10 november 1967 tot regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in de financieringshuur, B.S., 6 maart 1968.

¹⁴ K.B. nr. 30, 28 december 1970 met betrekking tot de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde op de onroerende financieringshuur, B.S., 30 december 1970.

⁸ Zie DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, 1952, nr. 1155bis.

⁹ VAN NESTE, F., «Eigendom Morgen», *T.P.R.*, 1983, 476-480.

¹⁰ CARTON DE TOURNAI, R., en CHARLIER, A.J., «Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie», *J.T.*, 1971, 69.

Typisch voor beide vormen van leasing is dat men het eigendomsrecht zuiver functioneel gaat zien: de juridische eigenaar treedt niet op, geeft geen instructies bij het tot stand komen of aankopen van het goed, in vele gevallen heeft hij het goed nooit gezien; de eigenaar gebruikt het goed zelf niet; hij kan er slechts in zeer beperkte mate over beschikken en normaal zelfs niet gedurende de duur van de overeenkomst die dan toch loopt over de volledige economische levensduur van het goed; op het einde van de overeenkomst krijgt de gebruiker een optierecht tot aankoop en dit accentueert nog eens te meer de relativiteit en het functionele van het eigendomsrecht van de lessor.

Het eigendomsrecht van de juridische eigenaar vervult een *functie*, het heeft niets meer van dat absolute, altijdduurende statische 19e-eeuwse eigendomsbegrip.

De functie van het eigendomsrecht bij leasing is die van *zekerheid* die aan de lessor het recht geeft op revindicatie van het goed indien de lessee zijn betalingsverplichtingen niet nakomt. Verder betekent het eigendomsrecht in het kader van leasingoperaties niets. Door dit functionele, zekerheidsverschaffende eigendomsrecht wordt de lessor bereid gevonden om de aanschaffing van het goed te financieren en aan de gebruiker ter beschikking te stellen.

Het is juist dit essentieel functioneel karakter van het eigendomsrecht dat bepaalde auteurs — ten onrechte naar onze mening — doet besluiten dat we hier van geen echt zakelijk eigendomsrecht meer kunnen spreken¹⁵. Hier gaan we echter niet verder op in deze bijdrage.

Het is ook niet te verwonderen dat althans bij roerende leasing de problematiek en de «case-law» vooral te situeren zijn rond de rol en functie van dit eigendomsrecht.

Tot vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 27 november 1981¹⁶ werd herhaaldelijk door curatoren in geval van faillissement de revindicatie-eis van de lessor betwist¹⁷. Dit gebeurde op grond van de klassieke theorie, vastgelegd in het cassatiearrest van 1933¹⁸, dat eigendomsvoorbehoud niet kan worden tegengeworpen aan derden in geval van faillissement van de koper. In het arrest van het Hof van Cassatie van 27 november 1981 en meer nadrukkelijk nog in de goed gemotiveerde conclusie van de procureur-generaal F. Dumon wordt de specifieke aard van de roerende-leasingoperatie benadrukt en het daarmee samenhangende, functionele karakter van het eigendomsrecht.

De lessor kan als eigenaar het goed revindiceren omdat anders de leasingoperatie, zoals vastgesteld en gewild door de wetgever, niet meer mogelijk zou zijn. Met het verlies van het revindicatierecht van de lessor gaat diens zekerheid verloren en zonder zekerheid is er geen financieringsmogelijkheid.

Ook bij de onroerende leasing is het functioneel karakter van het eigendomsrecht zeer duidelijk.

Aangezien echter bij onroerende leasing de revindicatie geen probleem stelt bij faillissement, op voorwaarde dat de

overdracht van het onroerend goed overgeschreven werd op de registers van de hypotheekbewaarder, ligt daar in de praktijk geen probleem.

Vanuit het standpunt van de B.T.W. wordt de onroerende-leasingoperatie beschouwd als een functionele, tijdelijke eigendomssituatie, waarop B.T.W. wordt betaald, die echter ook onmiddellijk mag worden afgetrokken¹⁹. Ook boekhoudkundig en fiscaal wordt het zuiver functioneel karakter van het eigendomsrecht doorgetrokken. Het onroerend goed is geen vaste-activapost, maar een vorderingsrecht in de balans van de lessor.

Als vaste-activapost wordt het wel geboekt in de balans van de lessee met het overeenkomstig recht op afschrijving²⁰, hoewel het civielrechtelijk andersom ligt.

Hetzelfde standpunt wordt ingenomen daar waar het gaat om bepaalde fiscale gunstmaatregelen zoals investeringsaftrek die niet aan de lessor maar wel aan de lessee worden toegekend.

Ook hier is de eigenaar slechts een functionele, zeer waarschijnlijke, slechts een tijdelijke eigenaar van het onroerend goed dat hij zelf niet gebruikt en niet op zijn initiatief is gebouwd.

B. Franchising

De overeenkomst van franchising is ons tweede voorbeeld van functioneel eigendomsrecht.

Franchising kan worden omschreven als een overeenkomst, waarbij de eigenaar van een zaak met een belangrijke know-how en een bekende handelsnaam en/of warenmerk, aan een zelfstandige handelaar het recht geeft om, tegen betaling van een vergoeding, die know-how, handelsnaam en/of warenmerk in zijn eigen zaak te gebruiken²¹.

De voorbeelden van franchising in de praktijk zijn talrijk en tonen aan hoe franchising kan worden gebruikt voor de verkoop van zaken, de verlening van diensten en het fabriceren van een goed. Men spreekt zelfs van een «franchise boom» in de huidige maatschappij.

Bij franchising gaan we dus uit van een persoon of vennootschap die een bedrijf in eigendom heeft. Om diverse economische, financiële of andere redenen, verkiest de eigenaar zijn zaak zelf niet meer verder uit te bouwen of zelfs helemaal de eigen exploitatie stop te zetten. Daar zijn zaak echter een belangrijke economische waarde heeft, hetzij wegens de goodwill, de ontwikkelde know-how, de handelsnaam of het warenmerk, wil hij deze waarden wel valoriseren. Om dit te doen gaat hij zijn eigendomsrecht op de goodwill, de know-how, de handelsnaam, het warenmerk fragmenteren, het functioneel maken en het onder welbe-

¹⁹ Zie o.m. Aanschrijving nr. 10 van 15 maart 1973, *B.T.W. Revue*, 1973, 250.

²⁰ Zie art. 26, § 1 K.B. 8 oktober 1976 als gewijzigd door K.B. 12 september 1983, *B.S.*, 29 september 1983. § 1 luidt als volgt: «De gebruiksrechten betreffende materiële vaste activa waarover de onderneming beschikt op grond van leasing (...) worden (...) onder de activa opgenomen voor het gedeelte van de volgens de overeenkomst te storten termijnen...»

²¹ Zie o.m. BOURGOIGNIE, Th., «Contrat de franchise», *J.T.*, 1974, 17. In dit artikel vindt men een verwijzing naar de bijzonderste rechtsliteratuur ter zake.

¹⁵ Zie o.m. VANDENBERGHE, H., «Eigendomsvoorbehoud bij leasing», *R.W.*, 1980-81, 2761; zie over dezelfde problematiek BOGAERT, G., en DE CALUWÉ, A., in «Eigendomsrecht bij leasing», *R.W.*, 1981-82, 2129.

¹⁶ *R.W.*, 1981-82, 2141.

¹⁷ DE KEYSER, L., «Roerende leasing en eigendomsrevindicatie», *T.P.R.*, 1983, 443 e.v.

¹⁸ Cass., 9 februari 1933, *Pas.*, 1933, I, 103.

paalde contractuele voorwaarden laten gebruiken door een ander. Ten aanzien van derden, de consument of afnemer, lijkt het één en dezelfde zaak met verschillende vestigingen, maar de juridische realiteit is anders. Het is een groep van zelfstandige ondernemingen die financieel onafhankelijk zijn, waarvan winst en/of verlies eigen zijn aan elk bedrijf, en die afzonderlijk worden geleid en bestuurd.

De franchisegever staat meestal zijn rechten af voor een bepaalde of onbepaalde tijd en exclusief voor een wel omlijnd territorium. In bepaalde gevallen zal de franchisenemer het recht hebben om in zijn territorium de registratie van het handels- of warenmerk in eigen naam te laten verrichten, maar dit is de uitzondering.

Het eigendomsrecht op de zaak wordt als het ware territoriaal of sectorieel verdeeld en functioneel gemaakt. Terwijl in een klassieke constellatie de franchisegever zich tevreden zou stellen met de exploitatie van zijn bedrijf of gebruik zou kunnen maken van zijn beschikkingsrecht om het volledig af te staan, gaat hij zijn eigendomsrecht op de zaak verdelen. Het wordt een dynamisch, functioneel recht dat gaat leven, dat zich gaat vermenigvuldigen en dat in die verdeelde vorm een veel grotere, economische rol gaat spelen. Het is een, zoals een auteur het stelde «zeer soepele vorm van economische concentratie»²².

De franchising kan zoals eerder gezegd verschillende vormen aannemen al naar gelang van de bedrijfssector waarin het wordt gebruikt. Het functioneel karakter ervan wordt nog geaccentueerd, in die gevallen waarin in oorsprong geen eigendom van een zaak, maar alleen van een warenmerk, know-how of handelsmerk bestaat. Dit warenmerk, deze know-how of dit handelsmerk worden dan uitgefranchiseerd aan franchisenemers die de eigenlijke operationele bedrijven gaan exploiteren.

C. Factoring

Ook bij de overeenkomst van factoring stelt men vast hoe een gedeelte van het vermogen van een bedrijf er als het ware uitgenomen wordt en dynamisch en functioneel wordt gebruikt.

Bij de overeenkomst van factoring worden de schuldvorderingen die een bedrijf heeft op zijn klanten, gecedeerd, met of zonder verhaal, aan een factor. De factor betaalt meestal onmiddellijk een belangrijk deel van de gecedeerde vorderingen aan het bedrijf en zorgt dan zelf, voor eigen rekening en meestal ook op eigen risico, voor de incassering van de schuldvordering²³.

De te innen vorderingen zijn een belangrijk gedeelte van het vermogen van een bedrijf. Het bedrijf heeft een eigendomsrecht op die vorderingen. Welnu, in plaats van dat eigendomsrecht op die vorderingen uit te oefenen en met

name die voor eigen rekening te incasseren, ziet het bedrijf die vorderingen als een zuiver functioneel bestanddeel van zijn vermogen. De vorderingen worden gecedeerd om onmiddellijk over liquiditeiten te beschikken die men krijgt van de factor. Het vrij statische vorderingsbestand met het daarbij horende tijdrovende inningsproces wordt uit het vermogen genomen en vervangen door onmiddellijk beschikbare fondsen, die gebruikt kunnen worden voor meer rendabele en finaliteitsgebonden projecten.

Over de verschillende manieren van cessie van de vordering: indeplaatsstelling (art. 1250, 1°, B.W.), verkoop (art. 1690 B.W.) of endossering van de factuur (wet van 25 oktober 1919 zoals geamendeerd door de wet van 31 maart 1958) zullen we hier niet verder uitweiden²⁴. Voldoende is hier te wijzen op de uitgesproken functionaliteit van dit belangrijk gedeelte van het vermogen van een bedrijf dat bestaat uit vorderingen op derden.

De gestadige groei van het fenomeen factoring wijst er nogmaals op dat het eigendomsrecht op een bedrijf sterk geëvolueerd is naar een functioneel en finaliteitgebonden geheel van goederen. Het min of meer immobiele, statische karakter van het eigendomsrecht van de handelaar, zakenman of ondernemer verdwijnt meer en meer: het wordt dynamisch, doelgericht, vervangbaar en functioneel.

Conclusie

Het eigendomsbegrip van art. 544 B.W. is niet meer wat het was in 1804.

Zeker, men heeft niet moeten wachten tot de 20^e eeuw om te beginnen met de relativering van dit primordiale, relatief onbewogen beschikkings- en genotsrecht²⁵, maar de grote afbraak van het eigendomsrecht situeert zich in onze eeuw. In deze zeer snel evoluerende maatschappij heeft men ingezien dat het eigendomsrecht geen doel meer is op zichzelf, maar een middel tot het bereiken van een zekere finaliteit.

Het kraken van leegstaande panden, het bezetten van bedrijven, de protestacties van de groenen mogen dan in de huidige rechtsorde illegaal zijn, het recht zelf is op weg om het eigendomsrecht meer en meer dienstbaar te maken aan een door de maatschappij goedgekeurde finaliteit. Laten we hopen dat die finaliteit uiteindelijk rechtstreeks of onrechtstreeks de waarde en waardigheid van de menselijke persoon betreft. M.a.w. dat het bezit, het vermogen en het eigendomsrecht gedomineerd worden door en ten dienste gesteld worden van een rechtsorde die de individuele mens centraal stelt.

Prof. dr. Leon DE KEYSER

²² BILLIET, J., «Franchising», *B.R.H.*, 1982, 109, 129.

²³ Zie o.m. DENNIS, P., «La subrogation: support juridique du factoring en Belgique», *J.T.*, 1980, 233, en de daarin zeer volledige geciteerde rechtsliteratuur; ZENNER, A., «Le cadre juridique factoring», *Studiecentrum voor bank- en financiewezenen*, Brussel nr.197, 1972.

²⁴ Zie o.m. DE KEYSER, L., «Is er in het Belgisch recht een bevredigende techniek voor de overdracht van schuldvordering als zekerheid voor factoring en financieringsoperaties», *Jura Falconis*, 1974, 57.

²⁵ Zie o.m. DERINE, R., *Grenzen van het eigendomsrecht in de XIXde eeuw*, Antwerpen, 1955; DE VAREILLES-SOMMIERES, «La définition et la notion juridique», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, 443.

DE BESCHERMING VAN DE MINDERHEIDSAANDEELHOUDER IN DE VENNOOTSCHAP NAAR GELDEND EN KOMEND RECHT

1. De bescherming van de minderheidsaandeelhouders in een vennootschap ligt niet voor de hand. Vennootschappen functioneren immers op basis van het meerderheidsprincipe, waarbij de beslissingen van de meerderheid de minderheid binden¹.

In België is het vooral de verdienste van de rechtspraak geweest dit uitgangspunt te hebben gerelativeerd en een minderheidsbescherming te hebben uitgebouwd.

Het is niet steeds eenvoudig om het begrip minderheid precies te omschrijven². Schmidt merkt terecht op dat de minderheid eigenlijk alleen kan worden gedefinieerd in relatie tot de meerderheid³. Daarbij dient vooral aandacht te worden besteed aan de verhoudingen tussen de meerderheid en de minderheid op de algemene vergadering⁴. In kleine vennootschappen zal de minderheid numeriek zwakker zijn dan de meerderheid, terwijl dat in grotere, vooral open vennootschappen niet noodzakelijk het geval hoeft te zijn aangezien een georganiseerde fractie van de aandeelhouders daar een overwegende rol kan spelen⁵. Het begrip minderheid heeft bijgevolg een wisselende inhoud⁶.

Er zijn heel wat gevallen mogelijk, waarin de minderheidsbescherming aan de orde komt⁷. In de praktijk blijken de rechten van de minderheid vooral in het gedrang te komen bij kapitaalwijzigingen, overeenkomsten met andere vennootschappen waarin de meerderheid belangen heeft, systematische reservering van winsten, de ontbinding van de vennootschap met als doel de voortzetting van de activiteiten door de meerderheidsaandeelhouders en het bepalen van de vergoeding van de bestuurders.

Het misbruik van meerderheidspositie is niet langer beperkt tot de algemene vergadering, maar kan ook liggen op het niveau van de raad van bestuur⁸.

2. Over de minderheidsbescherming zijn in dit land verschillende belangrijke monografieën en artikelen verschenen⁹. Het is dan ook de bedoeling van deze bijdrage een zo volledig mogelijk geactualiseerd overzicht te geven van het fenomeen, eerder dan de diverse mogelijke problemen uit

te diepen. Tevens wordt enige aandacht besteed aan onderwerpen die in de traditionele literatuur minder frequent aan bod komen, nl. de interventies van de Bankcommissie en de conventionele minderheidsbescherming. Uiteraard kan ook het komend recht niet onvermeld blijven. Een terrein winnend verschijnsel als het misbruik van minderheidspositie moest echter buiten beschouwing blijven¹⁰.

I. De wettelijke bescherming

3. De bescherming van de minderheid is in de Vennootschappenwet op een allesbehalve systematische wijze georganiseerd¹¹.

Eigenlijk biedt de Vennootschappenwet veeleer een afgeleide dan een reële minderheidsbescherming, d.w.z. dat de minderheid haar belangen in veel gevallen zal moeten vrijwaren via wetbepalingen die niet (uitsluitend) met dat doel in leven zijn geroepen.

4. Op het eerste gezicht vormt de in art. 76 Vennootschappenwet¹² neergelegde *beperking van het stemrecht*, die van dwingend recht is¹³, een zekere bescherming voor de minderheidsaandeelhouders. Deze beperking heeft immers tot doel het overwicht van een aandeelhouder op de algemene vergadering te verhinderen¹⁴. Uit de voorgeschiedenis van de wet blijkt echter dat art. 76 Vennootschappenwet zeker niet uitsluitend door de idee van de minderheidsbescherming was ingegeven. De wetgever wenste blijkbaar in eerste instantie te vermijden dat een handelaar zijn persoonlijke aansprakelijkheid al te zeer wou beperken door in vennootschapsvorm zijn handel te drijven^{14a}.

Rev.Prat.Soc., 1958, nr. 4743, 77 e.v.; COPPENS, P., «Les consortiums d'actionnaires et la protection des minorités en droit belge», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1956, 253 e.v.

Voor een rechtsvergelijkend overzicht, zie PEISSE, M., «Les droits des minorités dans les sociétés de capitaux. Essai comparatif sur le droit européen et canadien», *Gaz. Pal.*, 1974, 678.

¹⁰ Kh. Brussel, 15 juni 1979, *Rev.Prat.Soc.*, 1980, nr. 6064, 65; Kh. Luik, 20 januari 1981, *Rev.Prat.Soc.*, 1981, nr. 6167, 292; Brussel, 20 maart 1981, *Rev.Prat.Soc.*, 1981, nr. 6137, 133, noot COPPENS, P.

¹¹ PIRET, R., *l.c.*, 150.

¹² Art. 76 Vennootschappenwet bepaalt: «Niemand kan aan de stemming deelnemen voor meer dan een vijfde van het aantal stemmen verbonden aan de effecten in hun geheel of voor meer dan twee vijfden van het aantal stemmen verbonden aan de effecten die op de vergadering vertegenwoordigd zijn.»

¹³ Vroeger werd gemeend dat de regel van openbare orde was: zie o.m. FREDERICQ, L., o.c., V, nr. 486. De bepaling heeft echter slechts een dwingend karakter, daar zij slechts particuliere belangen beschermt. Zie voor een analoge problematiek: RONSE, J. en VAN HULLE, K., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 914, nr. 314.

¹⁴ VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, nr. 705; FREDERICQ, L., *ibid.*

^{14a} RESTEAU, C., bewerkt door BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, 1982, II, nr. 1178.

¹ FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fachez, 1950, V, nr. 492; SUETENS-BOURGEOIS, G., *De verhouding meerderheid minderheid in de naamloze vennootschap. Rechtsvergelijkende studie*, Gent-Leuven, Erasmus, 1970, VI; SCHMIDT, D., *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Parijs, 1970, nr. 1.

² COPPENS, P., *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Gembloux, Duculot, 1947, 10.

³ SCHMIDT, D., o.c., nr. 6.

⁴ COPPENS, P., o.c., 11.

⁵ SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c.

⁶ SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c.

⁷ Voor een overzicht, zie COPPENS, P., o.c., 165 e.v.

⁸ Brussel, 13 januari 1971, *Rev.Prat.Soc.*, 1971, nr. 5624, 116; Kh. Brussel, 27 april 1978, *Rev.Prat.Soc.*, 1978, nr. 6.000, 276; VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1973, 534.

⁹ SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c.; COPPENS, P., o.c.; PIRET, R., «La protection des minorités d'actionnaires en droit belge»,

Voorts kan art. 76 Vennootschappenwet vrij gemakkelijk omzeild worden.

Indien een aandeelhouder vier vijfden plus één van de aandelen bezit, beschikt hij steeds over de meerderheid ter algemene vergadering¹⁵.

Art. 76 Vennootschappenwet belet ook niet dat verschillende belangrijke aandeelhouders hun stem in gezamenlijk akkoord uitbrengen en op die manier de minderheid voor schut zetten¹⁶.

Dit kan o.m. het geval zijn, wanneer de meerderheid gevormd wordt door bv. verschillende dochtervennootschappen die tot een zelfde groep behoren.

Coppens merkt op dat de belangen van de minderheidsaandeelhouders in dit geval gemakkelijker kans lopen te worden geschaad dan wanneer de vennootschap door één enkele meerderheidsaandeelhouder wordt beheerst. In dit laatste geval zal de meerderheidsaandeelhouder meestal de vennootschap met omzichtigheid — en met respect voor de minderheid — besturen omdat hij tegelijk zijn eigen vermogen vrijwaart¹⁷.

Ten slotte blijkt dat de betekenis van art. 76 Vennootschappenwet in de praktijk wordt uitgehold door «gelegenheidsoverdrachten» van aandelen aan zgn. stromannen, die meestal vlak voor en met het oog op een bepaalde stemming gebeuren¹⁸.

Hoewel dergelijke operaties in voorkomend geval door art. 200 Vennootschappenwet strafrechtelijk kunnen worden gesanctioneerd, blijkt deze wetsbepaling in de praktijk weinig toepassing te vinden¹⁹.

5. De minderheidsbescherming wordt enigszins gewaarborgd door een aantal *versterkte meerderheids- en quorumvereisten* voor de besluitvorming in de algemene vergadering.

De Vennootschappenwet schrijft dergelijke vereisten voor in geval van statutenwijziging (art. 70, tweede lid, Vennootschappenwet), wijziging van het maatschappelijk doel (art. 70bis Vennootschappenwet), omzetting van vennootschappen in een andere rechtsvorm (artt. 165 e.v. Vennootschappenwet) en wijziging van de rechten, verbonden aan de verschillende soorten van aandelen (art. 71 Vennootschappenwet).

Opgemerkt zij dat de statuten slechts met een unaniem besluit van de aandeelhouders kunnen worden gewijzigd, wanneer de essentiële elementen van de vennootschap worden veranderd²⁰.

De wet van 6 januari 1958, die de wijziging van het maatschappelijk doel mogelijk heeft gemaakt (art. 70bis Vennootschappenwet), bepaalt immers uitdrukkelijk dat statutenwijzigingen de essentiële elementen van de vennootschap intact moeten laten.

Volgens de voorbereidende teksten van deze wet moesten onder deze essentiële elementen begrepen worden de ven-

nootschapsvorm, de nationaliteit en de vrije verhandelbaarheid van de aandelen²¹.

Men kan zich echter afvragen of het begrip essentiële elementen ondertussen niet gevoelig is uitgehold²².

De omzetting van de vennootschap in een andere rechtsvorm werd immers expliciet geregeld door de wet van 23 februari 1967 (artt. 165 tot 174 Vennootschappenwet).

Sedert het cassatiearrest van 12 november 1965 in zake Lamot²³, dat de continuïteit van de rechtspersoon na de overbrenging van haar zetel naar België heeft bevestigd, kan betwijfeld worden of de nationaliteit van een vennootschap tot haar essentiële elementen behoort zodat voor een nationaliteitswijziging het unaniem akkoord van de vennoten is vereist.

Volgens prof. J. Ronse is de eenparigheid in dit geval slechts dan vereist, wanneer in de oprichtingsakte op onveranderlijke wijze was bepaald dat de hoofdzetel in België gevestigd moest blijven²⁴.

De heersende rechtsleer staat afwijzend t.o.v. de overdraagbaarheid van aandelen, die na de oprichting in een akte van statutenwijziging wordt beperkt zodat dit element wellicht nog als essentieel kan worden beschouwd²⁵. Deze opvatting is echter wellicht vatbaar voor nuancering.

Een essentieel element van de vennootschap, dat eveneens slechts met eenparigheid kan worden gewijzigd, was volgens J. Van Ryn ook de aanwending van vennootschapswinsten voor inkoop van eigen aandelen van de vennootschap²⁶. Deze, overigens betwistbare, opinie is ondertussen achterhaald door het nieuwe artikel 52bis Vennootschappenwet, in te voegen door de op til zijnde wijziging van de Vennootschappenwet²⁷.

Ten slotte kunnen de statuten zelf inhouden dat bepaalde clausules slechts met unanimiteit kunnen worden gewijzigd (art. 70, tweede lid, Vennootschappenwet).

6. Art. 73, tweede lid, Vennootschappenwet verleent aan de aandeelhouders, die een vijfde van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, het recht om aan de raad van bestuur, de commissarissen-revisoren of de gewone commissarissen de *bijeenroeping van de algemene vergadering* te vragen.

Dit voorschrift biedt bepaalde perspectieven op het vlak van de minderheidsbescherming, ook al omdat degenen die de bijeenroeping van de algemene vergadering vorderen, de

¹⁵ *Ibid.*, II, nr. 1178.

¹⁶ COPPENS, P., o.c., nr. 94.

¹⁷ *Ibid.*, nr. 94.

¹⁸ *Ibid.*, nr. 94.

¹⁹ BOSLY, H.D., «Le droit pénal des sociétés. Examen de doctrine et de jurisprudence», *Rev.Prat.Soc.*, 1974, 95.

²⁰ COPEL, M., *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, Répertoire notarial, XII, boek II, nr. 423.1, 260.

²¹ PHILIPS, R., «La loi du 6 janvier 1958 régissant la désignation et la modification de l'objet social», *Rev.Prat.Soc.*, 1958, nr. 4743, 82 en de daar aangehaalde referenties.

²² VAN RYN, J., *R.C.J.B.*, 1966, 408, nr. 17.

²³ Cass., 12 november 1965, *Pas.*, 1966, I, 336.

²⁴ RONSE, J., *Algemeen deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1970, 237; anders: concl. adv.-gen. DUMON, F., *R.W.*, 1965-66, 898 en 906; VAN RYN, J., *R.C.J.B.*, 1966, nr. 20, 409.

²⁵ FREDERICQ, L., o.c., IV, nr. 391; VAN RYN, J., o.c., I, nr. 803; GILSON, F., «De la clause des statuts d'une société anonyme subordonnant le transfert des actions nominatives à l'agrément du conseil d'administration», *Rev.Prat.Soc.*, 1956, nr. 4554, 54-58; STRYCKMANS, J.J. en COPPENS, P., «Les clauses qui restreignent la cessibilité des actions peuvent-elles être votées après la création de la société», *Rev.Prat.Soc.*, 1958, nr. 4727, 1; SIMONT, L., in *Company law in Europe*, FROMMEL, S.N. en THOMPSON, J.H. (ed.), Deventer, Kluwer, 1975, 115;

²⁶ VAN RYN, J., *Principes*, I, nr. 803.

²⁷ *Parl.St.*, *Senaat*, 1982-83, nr. 1.

bevoegdheid en zelfs de plicht hebben om de agenda te bepalen²⁸. Op die manier kan de minderheid bepaalde grieven die zij bv. tegen meerderheidsbestuurders zou wensen te formuleren, bij de algemene vergadering aanhangig maken. In vennootschappen met aandelen aan toonder waarin de bijeenroeping van de algemene vergadering geschiedt door middel van publikaties in het Belgisch Staatsblad en in de pers, zal het publiek van de door de minderheid voorgestelde agenda kennis kunnen nemen, hetgeen de meerderheid niet steeds op prijs zal stellen, vooral wanneer haar beleid op de korrel zou worden genomen²⁹. Noch de raad van bestuur, noch de commissarissen hebben de bevoegdheid om de opportuniteit van de bijeenroeping of van de door de minderheid voorgestelde agenda te beoordelen³⁰.

Indien noch de raad van bestuur, noch de commissarissen gevolg geven aan hun verzoek, kunnen de minderheidsaandeelhouders zich wenden tot de rechter in kort geding ten einde hen te horen machtigen om zelf de algemene vergadering bijeen te roepen³¹. Het verdient nochtans de voorkeur dat een voorlopig bewindvoerder wordt aangesteld met als beperkte opdracht de bijeenroeping van de algemene vergadering³².

Sedert de wet van 31 januari 1980 kunnen de bestuurders ook onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld worden om de algemene vergadering bijeen te roepen.

Bovendien riskeren de bestuurders en commissarissen strafsancities, wanneer zij de algemene vergadering niet hebben bijeengeroepen binnen drie weken nadat hen een dergelijk verzoek werd gericht³³.

Hoewel art. 73, tweede lid, Venn. W. vanzelfsprekend niet geschikt is om de machtsverhoudingen ter algemene vergadering te wijzigen, dan biedt deze wetsbepaling de (gekwalificeerde) minderheid toch de kans om de bijeenroeping van een algemene vergadering af te dwingen en de agenda te bepalen. Het is niet uitgesloten dat de meerderheid in bepaalde gevallen een dergelijk debat en vooral de ermee gepaard gaande publiciteit vreest en tegemoetkomt aan de aanspraken van de minderheid.

7. De meest verregaande bescherming van de minderheidsaandeelhouders is wellicht vervat in art. 103 Vennootschappenwet, waarbij in geval van aanmerkelijk verlies — nl. wanneer het netto-actief is gedaald beneden drie vierden van het maatschappelijk kapitaal, aan de aandeelhouders die een vierde van de op de vergadering vertegenwoordigde aandelen bezitten³⁴, de mogelijkheid wordt geboden om tot

ontbinding van de naamloze vennootschap te besluiten³⁵.

Deze wetsbepaling is ingegeven door de bekommering van de wetgever dat vennootschappen die hopeloos verliezen opstapelen, hun activiteit moeten kunnen staken vooraleer het vennootschapsvermogen helemaal is verdwenen³⁶.

Het is merkwaardig dat de wetgever, die allerminst van overdreven sympathie t.a.v. de minderheidsaandeelhouders kan worden beschuldigd, een dergelijke ingrijpende beslissingsmacht aan de minderheid, die zelfs een toevallige minderheid kan zijn, heeft toegekend. Overigens kan men zich ten gronde de vraag stellen of de hier geboden minderheidsbescherming niet volledig illusoir is: het liquidatieoverschot van vennootschappen, wier netto-actief in belangrijke mate verloren is gegaan, zal immers meestal niet bestaande zijn.

8. Een indirecte vorm van minderheidsbescherming vindt men in art. 191 Vennootschappenwet, dat aan degenen die een vijfde van het vennootschapsvermogen bezitten in uitzonderlijke omstandigheden de mogelijkheid biedt de aanstelling van een *gerechtelijk commissaris* te vorderen om de boeken en rekeningen van de vennootschap na te zien. In een recente bijdrage hebben wij de draagwijdte en de toepassing van deze wetsbepaling in de rechtspraak onderzocht³⁷.

Volgens een belangrijk deel van de rechtspraak zijn er uitzonderlijke omstandigheden voorhanden, wanneer de eiser wanorde, nalatigheid of niet-naleving van de wettelijke voorschriften kan aantonen³⁸.

Bovendien heeft de rechtspraak de neiging om — enigszins in strijd met de tekst van art. 191 Vennootschappenwet — de opdracht van de aangestelde commissarissen ruim te formuleren³⁹.

De onderzoeksmaatregel van art. 191 Vennootschappenwet kan de minderheid bijgevolg interessant bewijsmateriaal verschaffen, dat kan worden aangewend in een eventuele procedure wegens misbruik van meerderheidspositie of in een aansprakelijkheidsprocedure of als aanloop tot een vordering tot ontbinding op basis van artikel 1871 B.W.

9. De *aansprakelijkheid van de bestuurders* is naar Belgisch recht een weinig geschikt instrument van minderheidsbescherming.

De vordering wegens zgn. gewone bestuursfouten in de zin van art. 62, eerste lid, Vennootschappenwet komt uitsluitend toe aan de vennootschap⁴⁰.

²⁸ RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A. en GRÉGOIRE, A., *o.c.*, II, nr. 1134, 337; FRANCK, P.A., *Manuel pratique des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, Brussel, s.d., nr. 137.

²⁹ RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., *ibid.*, nr. 137.

³⁰ *Ibid.*, nr. 137, merken op dat de bestuurders slechts de redactie van de dagorde zouden mogen wijzigen indien deze in voor hen beledigende termen is opgesteld.

³¹ *Ibid.*, nr. 1137, 338.

³² *Ibid.*, voetnoot 22.

³³ RONSE, J. en VAN HULLE, K., m.m.v. VAN BRUYSTEGEM, B. en NELISSEN, J.M., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, nr. 215, 830.

³⁴ Over de toepassingsvoorwaarden, zie RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, P. Pée, 1933, IV, nr. 1815.

³⁵ Deze regeling verschilt van die welke art. 140 Vennootschappenwet bepaalt m.b.t. de P.V.B.A. en die inhoudt dat de ontbinding kan worden gevorderd door de vennoten die een vierde van de aandelen bezitten.

³⁶ WAUVERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1921, nr. 907.

³⁷ LIEVENS, J., «De gerechtelijke commissaris (art. 191 Vennootschappenwet): onbekend en — ten onrechte — onbemand», *B.R.H.*, 1982, 191 e.v.

³⁸ LIEVENS, J., *l.c.*, 195.

³⁹ Zie de voorbeelden bij LIEVENS, J., *l.c.*, 196 e.v.

⁴⁰ In tegenstelling met wat soms op ongenueanceerde wijze wordt beweerd gold deze regeling ook voor de wet van 25 mei 1913. Het toenmalige artikel 64 Vennootschappenwet (thans art. 79 Vennootschappenwet) bepaalde slechts dat de kwijting m.b.t. schending van de statuten niet kon worden tegengeworpen aan op de vergadering afwezige aandeelhouders en op voorwaarde dat de schendingen van de statuten niet in de oproeping waren vermeld.

Slechts t.o.v. zijn mandante — d.i. de rechtspersoon zelf^{40bis} — is de bestuurder-mandataris verantwoording verschuldigd voor de uitvoering van zijn mandaat. Deze oplossing wordt algemeen aanvaard in de rechtsleer en rechtspraak⁴¹, hetgeen niet wegneemt dat zij door meerdere eminente auteurs wordt betreurd⁴².

Wanneer de bestuurders, zoals dit meestal het geval is, een emanatie van de meerderheid vormen, dan spreekt het vanzelf dat aansprakelijkheidsvorderingen wegens foutief bestuur slechts uitzonderlijk zullen voorkomen⁴³.

Wel zouden de minderheidsaandeelhouders de bestuurders kunnen aanspreken wegens overtreding van de Vennootschapswet of de statuten (art. 62, tweede lid, Vennootschappenwet) of wegens onrechtmatige daden (art. 1382 B.W.).

Maar in dit laatste geval zullen de individuele aandeelhouders en dus ook de minderheid slechts de bestuurders aansprakelijk kunnen stellen, indien zij aantonen dat zij een bijzondere, persoonlijke schade hebben geleden.

Rechtsleer en rechtspraak m.b.t. het vroegere artikel 64 Vennootschappenwet: LECLERCQ, P., «De l'action individuelle de l'actionnaire contre l'administrateur d'une société anonyme», *Rev. Dr. B.*, 1906-1910, 211-240; Cass., 21 mei 1909, *Pas.*, 1909, I, 256 met gelijkkluidende conclusie van procureur-generaal JANSSENS, R. Over de wetswijziging van 25 mei 1913, zie RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., o.c., II, nr. 983; SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 398; KIRCKPATRICK, J., «La responsabilité des administrateurs de société anonyme à l'égard de chaque actionnaire en droit positif belge», *Rev.Prat.Soc.*, 1964, 1 e.v.

⁴¹ FREDERICQ, L., *Traité*, V, nr. 446; VAN RYN, J., *Principes*, I, nr. 610; RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., o.c., II, nr. 979; RONSE, J., *Algemeen Deel van het vennootschapsrecht*, Leuven, Acco, 1975, 460 e.v.; MARX, J.M., *De la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*, Brussel/Parijs, Larcier/Rousseau, 1932, nr. 49; VAN OMMESLAGHE, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel, 1960, nr. 319; VAN OMMESLAGHE, P., «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», in *L'Evolution récente du droit commercial et économique*, Brussel, Jeune Barreau, 1978, 28; FREDERICQ, L., «L'action dite individuelle en responsabilité dans les sociétés de capitaux», *Rev.Prat.Soc.*, 1937, 300-301; FREDERICQ, S., «De verantwoordelijkheid van de beheerders in de naamloze vennootschap», *R.W.*, 1957-58, 539 e.v.; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., «Aansprakelijkheid van de beheerders na faillissement van de vennootschap», in *Liber Amicorum J. Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, II, 849 e.v.; FORIERS, P.A., MAUSSON, F. en SIMONT, L., «L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge», in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions, Travaux de l'Association Henri Capitant*, XXVIII, 1977, *Pas.*, 1980, 179; noot onder Kh. Brussel, 6 juni 1977, *Rev.Prat.Soc.*, 1977, 217-218; Kh. Brussel, 23 december 1922, *Rev.Prat.Soc.*, 1925, 30; Kh. Antwerpen, 5 januari 1928, *Rev.Prat.Soc.*, 1929, 330; Kh. Brussel, 1 februari 1935, *Rev.Prat.Soc.*, 1935, 170; Gent, 12 april 1954, *Rev.Prat.Soc.*, 1955, 37; Rb. Luik, 25 februari 1966, *Jur. Liège*, 1965-66, 243; Kh. Brussel, 6 juni 1977, *Rev.Prat.Soc.*, 1977, 202.

⁴² Dit kan bv. wel het geval zijn bij wisseling van de meerderheid. In dit geval zal de nieuwe meerderheid dan wel nog vroeger verleende kwijting moeten doorbreken (art. 79, derde lid, Vennootschappenwet).

⁴³ Zie bv. RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., o.c., nr. 983: «Désormais, la toute-puissance de la majorité de l'assemblée ne connaîtra plus de limites». In dezelfde zin: FREDERICQ, L., *Traité*, V, nr. 446.

Een dergelijke schade moet zich onderscheiden van het nadeel dat de vennootschap of eventueel andere aandeelhouders hebben geleden⁴⁴.

Prof. J. Ronse illustreert deze toepassingsvoorwaarden met het volgende, aan de rechtspraak ontleend voorbeeld⁴⁵.

Een bestuurder kan door een aandeelhouder niet aansprakelijk worden gesteld voor het waardeverlies van diens aandelen. Deze schade is gemeenschappelijk aan alle vennoten en wordt door allen op evenredige wijze geleden⁴⁶.

Daarentegen zou de aandeelhouder wel de aansprakelijkheid van de bestuurder kunnen invoeren voor de schade voortvloeiend uit de aankoop van aandelen op basis van een jaarrekening, die achteraf wegens fouten of nalatigheden van de bestuurders onjuist bleek te zijn⁴⁷.

Op grond van dezelfde principes zou de minderheidsaandeelhouder een persoonlijke schade kunnen aantonen, wanneer hij gelden heeft geleend aan een vennootschap die wegens verduisteringen door een bestuurder onvermogen is geworden⁴⁸, wanneer de bestuurders nalaten een houder van aandelen op naam naar de algemene vergadering uit te nodigen⁴⁹ of ten slotte wanneer een bestuurder fondsen bedrieglijk wegmaakt die bestemd zijn voor de volstorting van aandelen⁵⁰.

In vele gevallen zal de minderheidsaandeelhouder de aansprakelijkheid van de bestuurders eerst na het faillissement van de vennootschap in het geding brengen. Hierbij kan de minderheidsaandeelhouder eventueel in conflict komen met gelijkaardige initiatieven vanwege de curator.

Volgens het cassatiearrest van 12 februari 1981⁵¹ is de curator uitsluitend bevoegd om vergoeding te vorderen wegens gemeenschappelijke schade. Gemeenschappelijke schade wordt door het Hof van Cassatie gedefinieerd als de schade, die voortvloeit uit de fout die tot gevolg heeft gehad het passief te verzwaren of het actief te verminderen⁵².

Deze uitspraak van het hoogste gerechtshof vormt o.i. geen beletsel voor rechtsvorderingen van minderheidsaandeelhouders of individuele aandeelhouders en schuldeisers, die een persoonlijke schade hebben geleden. Een dergelijke mogelijkheid werd uitdrukkelijk erkend door het cassatiearrest van 8 maart 1965⁵³, waarvan de strekking o.i. perfect

⁴⁴ RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., o.c., nr. 979; RONSE, J., *Algemeen Deel*, 460-462; VAN RYN, J., *Principes*, I, nr. 614.

⁴⁵ RONSE, J., «Overzicht van Rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1967, 694, nr. 129.

⁴⁶ RONSE, J., l.c., met verwijzing naar Rb. Antwerpen, 21 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 1146.

⁴⁷ RONSE, J., l.c.

⁴⁸ Rb. Antwerpen, 21 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 1146.

⁴⁹ RESTEAU, C., BENOÎT-MOURY, A., en GRÉGOIRE, A., o.c., II, nr. 980, waar men nog andere voorbeelden kan vinden.

⁵⁰ SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., 93.

⁵¹ *Pas.*, 1981, I, 639, met andersluidende conclusie van de advocaat-generaal DECLERCQ; *R.C.J.B.*, 1983, 5 e.v. met noot HEENEN, J. Zie over dit arrest ook VAN BRUYSTEGEM, B., «De bevoegdheid van de curator om schadeloosstelling te vorderen voor rekening van de boedel en/of voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers», *B.R.H.*, 1981, 301 e.v.

⁵² Zie de kritische bemerkingen m.b.t. deze definitie van J. HEENEN, *R.C.J.B.*, 1983, 25, inzonderheid nrs. 19 e.v.

⁵³ Cass., 8 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 684.

verenigbaar is met die van het cassatiearrest van 12 februari 1981⁵⁴.

10. Ten slotte kan de minderheid eventueel op grond van art. 1871 B.W. de ontbinding van de vennootschap voordere⁵⁵. De aanhoudende ernstige onenigheid tussen vennoten kan immers als een wettige reden in de zin van art. 1871 B.W. worden beschouwd, op voorwaarde evenwel dat de werking van de vennootschapsorganen volstrekt verhinderd wordt⁵⁶. Het is in de rechtspraak nog niet uitgemaakt of een krenking van de minderheidsbelangen op zich voldoende is opdat een wettige reden voorhanden zij⁵⁷.

Tevens dient te worden benadrukt dat de rechter een onomkeerbare sanctie als de ontbinding slechts met grote omzichtigheid zal uitspreken⁵⁸ en rekening zal houden met elementen die de aandeelhoudersbelangen overstijgen⁵⁹.

II. Jurisprudentiële bescherming

11. De bescherming van de minderheid is in het Belgisch recht, bij afwezigheid van een adequaat wettelijk kader, vooral een creatie van de rechtspraak geweest⁶⁰.

Aan de hand van een reeks zogenaamde beginselen van ongeschreven recht⁶¹ hebben de hoven en rechtbanken, onder het goedkeurend en zelfs stimulerend oog van de rechtsleer, de inhoud van formeel regelmatig genomen besluiten getoetst en op die manier aan de minderheidsbescherming een reële inhoud gegeven.

A. De door de rechtspraak aanvaarde beginselen van ongeschreven recht

12. Traditioneel worden deze verschillende beginselen van ongeschreven recht onder de algemene noemer «misbruik van meerderheidspositie» gevangen. Toch is het voor

⁵⁴ VAN BRUYSTEGEM, B., *l.c.*, 308; zie in dezelfde zin: FORIERS, P.A., noot onder Kh. Luik, 2 juni 1983, *T.B.H.*, 1984, 79 e.v.

⁵⁵ Er kan thans niet ernstig meer betwist worden dat art. 1871 B.W. ook op de naamloze vennootschap van toepassing is. Zie RONSE, J., en VAN HULLE, K., *l.c.*, nr. 113; VAN RYN, J., en VAN OMMESELAGHE, P., *R.C.J.B.*, 1973, 535 e.v.; Rb. Brussel, 12 juni 1973, *Pas.*, 1973, III, 72; Kh. Luik, 2 november 1971, *Rev.Prat.Soc.*, 1972, nr. 5863, 221. Anders: Kh. Brussel, 26 juli 1974, *Rev.Prat.Soc.*, 1975, nr. 5854, 175. Deze oplossing wordt thans uitdrukkelijk bevestigd door het nieuwe artikel 102 Vennootschappenwet, in te voegen door de op til zijnde wijziging van de Vennootschappenwet (*Parl. St., Senaat*, 1982-83, nr. 1).

⁵⁶ LEHRER, J., «La dissolution des sociétés pour justes motifs», *Rev.Prat.Soc.*, 1962, nr. 5066, 194; RONSE, J., en VAN HULLE, K., *l.c.*, nr. 313, 914.

⁵⁷ Zie in dit verband Rb. Brussel, 12 juni 1973, *Pas.*, 1973, III, 72.

⁵⁸ Vgl. Kh. Antwerpen, 17 juli 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 359, noot DE BERSAQUES, A.

⁵⁹ Zie ook de interessante beschouwingen m.b.t. dit onderwerp van VAN BRUYSTEGEM, B., «De vennootschap van de multinationale onderneming», *R.W.*, 1979-80, 2280 e.v.

⁶⁰ FORIERS, P.A., MAUSSON, F. en SIMONT, L., *l.c.*, 178.

⁶¹ RONSE, J., *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, 23 e.v.; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., «La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit», *R.C.J.B.*, 1973, 269 e.v.

een helder debat onontbeerlijk om de verschillende beginselen en hun toepassingsvoorwaarden afzonderlijk kritisch te evalueren⁶².

13. Het beginsel van de *verworven rechten* van de aandeelhouders werd met zoveel woorden bevestigd tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de Vennootschappenwet van 18 mei 1873⁶³. Het vloeit logischerwijze voort uit het in art. 1134 B.W. neergelegde principe van de onveranderbaarheid van de overeenkomsten⁶⁴.

In de loop der tijden is de inhoud van het begrip verworven rechten in belangrijke mate geëvolueerd⁶⁵. In het begin van de eeuw werd aangenomen dat zowel de bijzondere rechten, toekomend aan de individuele aandeelhouders, als de rechten van de verschillende categorieën van aandeelhouders, door het beginsel van de verworven rechten waren beschermd⁶⁶.

De wet van 25 mei 1913 heeft een nieuw artikel 71 Vennootschappenwet ingevoerd, dat toestaat dat de rechten van de respectieve categorieën van aandeelhouders worden gewijzigd mits in elke categorie een gekwalificeerde meerderheid wordt bereikt.

Sedert deze wetwijziging houdt het beginsel van de verworven rechten alleen nog in dat bepaalde voordelen die door de vennootschapsovereenkomst aan een aantal aandeelhouders persoonlijk worden toegekend, niet meer kunnen worden afgeschaft of gewijzigd⁶⁷.

Voor de minderheidsbescherming heeft het principe van de verworven rechten bijgevolg slechts een zeer beperkte draagwijdte. Bij verdrukking van de minderheid zal het immers niet zozeer gaan om de aantasting van welbepaalde voordelen die aan individuele aandeelhouders werden toegekend als om een krenking van de rechten van de categorie der minderheidsaandeelhouders⁶⁸. Voorts kan men de vraag stellen of het beginsel der verworven rechten niet in belangrijke mate opgaat in het principe van de gelijkheid onder de aandeelhouders⁶⁹.

14. Een tweede beginsel van ongeschreven recht is de ge-

⁶² In dezelfde zin: SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., *l.c.*, nr. 13.

⁶³ GUILLERY, *Commentaire législatif*, II, nrs. 104 en 47; *ibid.*, III, nrs. 320; COPPENS, P., *o.c.*, nr. 102 e.v. Voor toepassingen van het beginsel van de verworven rechten in de rechtspraak, zie Brussel, 8 december 1897, *Rev.Prat.Soc.*, 1897, 348; Brussel, 14 januari 1903, *Rev.Prat.Soc.*, 1904, nr. 1528; Kh. Brussel, 3 november 1925, *Rev.Prat.Soc.*, 1925, nr. 2648, noot PARIDANT, F.; Kh. Brussel, 24 juni 1924, *Rev.Prat.Soc.*, 1926, nr. 2695, noot PARIDANT, F.

⁶⁴ COPPENS, P., *ibid.*; Brussel, 8 december 1897, *Rev. Prat. Soc.*, 1897, 348.

⁶⁵ COPPENS, P., *o.c.*, nrs. 103-105; VAN RYN, J., noot onder Cass., 5 juni 1947, *R.C.J.B.*, 1948, 17; PIET, R., *l.c.*, 157.

⁶⁶ Deze theorie werd vooral ontwikkeld door CORBIAU, J., «Les pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes», *Rev.Prat.Soc.*, 1907, 140. In deze zin: Brussel, 8 december 1897, *l.c.*; Brussel, 28 december 1905, *Rev.Prat.Soc.*, 1906, 27; Brussel, 13 november 1908, *Pas.*, 1909, II, 131.

⁶⁷ Cass., 5 juni 1947, *Pas.*, 1947, I, 240 met conclusie proc.-gen. CORNIL; zie voor een kritische bespreking van dit arrest: VAN RYN, J., *l.c.*

⁶⁸ COPPENS, P., *o.c.*, nr. 106.

⁶⁹ VAN RYN, *l.c.*, 18 e.v.

lijke behandeling van de aandeelhouders⁷⁰. Dit principe is blijkbaar zo fundamenteel dat de wetgever het niet nodig vond om het expressis verbis op te nemen in het wetsontwerp tot aanpassing van de vennootschapswetgeving aan de tweede EEG-richtlijn inzake harmonisatie van de vennootschapswetgevingen, hoewel artikel 42 van deze richtlijn het beginsel van de gelijke behandeling der aandeelhouders nochtans uitdrukkelijk bepaalt. Volgens de memorie van toelichting wordt die gelijke behandeling in het vigerend recht reeds gewaarborgd door de gecoördineerde wetten en de rechtspraak⁷¹. Indien het al juist is dat de rechtspraak en rechtsleer de gelijke behandeling van de aandeelhouders als beginsel van ongeschreven recht aanvaarden⁷², kan het ten zeerste betwijfeld worden of ook de huidige gecoördineerde wetten in de gelijke behandeling voorzien⁷³.

Bijgevolg valt het te betreuren dat de wetgever de verplichting om dit algemeen beginsel uitdrukkelijk in de wetgeving op te nemen, hem opgelegd door art. 42 van de tweede EEG-richtlijn⁷⁴, blijkbaar niet wenst na te komen⁷⁵.

Het beginsel van de gelijke behandeling houdt in dat de besluiten gelijke gevolgen moeten hebben voor allen die gelijke rechten hebben, zonder dat de enen ten nadele van de anderen bevoordeeld worden⁷⁶. Er is o.i. niet vereist dat er een zogenaamd arbitraire ongelijke behandeling voorhanden is⁷⁷.

In de praktijk kan het beginsel van de gelijkheid bijvoorbeeld van belang zijn n.a.v. een statutenwijziging, inzonderheid kapitaalverhogingen en -verminderingen, en de inkoop van eigen aandelen⁷⁸.

Er kan getwijfeld worden aan het nut van het criterium op het vlak van de minderheidsbescherming. Het is immers perfect mogelijk dat de minderheid wordt geschaad zonder dat de gelijkheid tussen de aandeelhouders in het gedrang komt⁷⁹. Meestal komt het beginsel dan ook voor als een

obiter dictum naast andere beginselen van ongeschreven recht⁸⁰.

15. Het belang van het *bedrog* als beginsel van ongeschreven recht mag niet overschat worden. Door verschillende auteurs wordt opgemerkt dat het verbod van bedrog immers slechts de negatieve formulering is van de verplichting om te goeder trouw te handelen⁸¹. Op die manier vallen beide criteria uiteindelijk samen⁸².

16. Vooral in de Franstalige rechtsleer vond het criterium van de *machtsafwending*, dat meestal in één adem wordt vermeld met het *rechtsmisbruik*⁸³, in belangrijke mate weerklank⁸⁴. Dit begrip is aan het administratief recht ontleend en houdt op het vlak van het vennootschapsrecht in dat de meerderheid haar stemkracht ter algemene vergadering aanwendt om het vennootschapsbelang op te offeren aan haar private belangen⁸⁵.

Bij de toepassing van de leer van de machtsafwending kunnen heel wat vraagtekens geplaatst worden. Allereerst ligt het niet voor de hand dat de meerderheid ter algemene vergadering zo maar kan worden gelijkgeschakeld met een administratieve overheid, die vanzelfsprekend de behartiging van het algemeen belang als primordiale taak heeft⁸⁶.

Voorts ligt aan de leer van de machtsafwending de idee ten grondslag dat de uitoefening van het stemrecht ter algemene vergadering een functionele bevoegdheid vormt, d.w.z. een bevoegdheid die aan de houder wordt gegeven met het oog op de verwezenlijking van een bepaald doel⁸⁷.

Bij nadere analyse van het juridisch karakter van het stemrecht kan betwijfeld worden of er hier wel een zgn. functioneel recht is. Verschillende argumenten pleiten tegen een dergelijke visie.

⁸⁰ SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 476. Volgens RONSE, J., *Preadvies*, 25, wordt het beginsel van de gelijkheid opgeslorpt door dat van de goede trouw.

⁸¹ RONSE, J., o.c., 26; FORIERS, P.A., MAUSSION, F. en SIMONT, L., l.c., 193. Voor toepassingen van het beginsel van het bedrog in de rechtspraak, zie Kh. Antwerpen, 3 april 1897, *Rev.Prat.Soc.*, 1897, nr. 822; Kh. Brussel, 5 maart 1929, *Rev.Prat.Soc.*, 1929, nr. 2959; Kh. Brussel, 18 augustus 1938, *Rev.Prat.Soc.*, 1939, nr. 3798; Kh. Brussel, 24 juli 1978, *B.R.H.*, 1979, 386.

⁸² RONSE, J., o.c., 26.

⁸³ Voor een poging om een duidelijk onderscheid tussen beide noties aan te brengen, zie FORIERS, P.A., MAUSSION, F., en SIMONT, L., l.c., 184.

⁸⁴ VAN OMMESLAGHE, P., «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», *R.C.J.B.*, 1976, 318-319, met de daar aangehaalde rechtsleer en rechtspraak. Voor toepassingen van deze beginselen in de rechtspraak, zie: Kh. Namen, 2 februari 1950, *Rev.Prat.Soc.*, 1951, nr. 4194; Luik, 8 juli 1952, *Rev.Prat.Soc.*, 1954, nr. 4344, 32, noot COPPENS, P.; Kh. Brussel, 21 maart 1960, *Rev.Prat.Soc.*, 1961, nr. 5022; Brussel, 20 november 1963, *Rev.Prat.Soc.*, 1964, nr. 5200; Kh. Brussel, 6 juni 1977, *Rev.Prat.Soc.*, 1977, nr. 5952; Kh. Brussel, 27 april 1978, *Rev.Prat.Soc.*, 1978, nr. 6000, bevestigd door Brussel, 16 juni 1981, *Rev.Prat.Soc.*, 1981, nr. 6139, 145.

⁸⁵ RONSE, J., o.c., 25; SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 489; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 15.

⁸⁶ RONSE, J., l.c., 25.

⁸⁷ VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W., (ed.), Antwerpen, Standaard, 1973, nr. 67, 173.

⁷⁰ VAN RYN, J., *Principes*, I, nrs. 336-340; FREDERICQ, L., *Traité*, V, nr. 336-340; COPPENS, P., o.c., nrs. 107-114; SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 477; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 14, 281; RONSE, J., o.c., 24; PIRET, R., l.c., 160. Voor toepassingen van het beginsel van de gelijkheid in de rechtspraak, zie Brussel, 8 februari 1927, *Rev.Prat.Soc.*, 1927, nr. 2752, noot PARIDANT, F.; Kh. Brussel, 5 februari 1931, *Rev.Prat.Soc.*, 1931, nr. 3121, 93.

⁷¹ *Parl. St.*, Kamer, 1979-80, nr. 1, 12.

⁷² Zie voetnoot 70.

⁷³ RONSE, J., in *De op til zijnde wijziging van het vennootschapsrecht*, Centrum voor Fiscale Wetenschappen en Bedrijfsbeleid (ed.), Brussel, 1981, 16-17.

⁷⁴ De stand van zaken m.b.t. deze problematiek vindt men bij MARESCAU, M., «Het verbindend karakter van richtlijnen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie», *S.E.W.*, 1980, 655 e.v.

⁷⁵ RONSE, J., l.c.

⁷⁶ RONSE, J., *Preadvies*, 24; zie ook de definitie van GILSON, o.c., 105.

⁷⁷ FORIERS, P.A., MAUSSION, F. en SIMONT, L., l.c., 181; anders: SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 14, 274; SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 477.

⁷⁸ RONSE, J., *Preadvies*, 25.

⁷⁹ SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c. nr. 473; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 14, 279.

Suetens-Bourgeois merkt op dat de houder van een functie aan zijn wettelijke plicht te kort schiet wanneer hij zijn functie niet uitoefent⁸⁸. Daartegenover staat dat de aandeelhouder nooit verplicht is om zijn stemrecht uit te oefenen⁸⁹.

Bovendien kan niet ontkend worden dat de aandeelhouder zijn stemrecht minstens deels ter vrijwaring van zijn eigen vermogen kan en mag uitoefenen⁹⁰. Een dergelijke uitoefening van een recht in het eigenbelang is moeilijk verenigbaar met de essentie van een functioneel recht⁹¹.

Volgens de traditionale rechtsleer dienen twee voorwaarden te worden vervuld om de machtsafwending aan te voeren:

— de minderheid moet aantonen dat zij schade heeft geleden⁹²;

— bovendien zal een intentioneel element bij de meerderheid moeten worden bewezen: «Le vote incriminé doit être dommageable aux minoritaires demandeurs mais il sied aussi que ceux-ci apportent la preuve des intentions ou des calculs qui guideront les actionnaires de la majorité⁹³».

Coppens zwakt deze laatste voorwaarde af door een schending van de rechten van de minderheid zonder enige rechtvaardiging met een intentionele benadeling gelijk te schakelen⁹⁴. Voorts komt het ons voor dat het in de praktijk niet steeds gemakkelijk zal zijn om het intentioneel element, dat toch een uitgesproken subjectief karakter draagt, te bewijzen. Prof. J. Ronse heeft overigens reeds terecht opgemerkt dat dit intentioneel element wellicht is voortgevloeid uit een contaminatie met het criterium van het bedrog⁹⁵.

Ook in recente Franstalige rechtsleer wordt beseft dat het subjectief karakter van het criterium van de machtsafwending problemen biedt. Daarom stelde Coipel onlangs voor om onder het intentioneel element vooral de schending van het ondernemingsbelang te begrijpen en op die manier de leer van de machtsafwending te objectiveren⁹⁶.

In het licht van dit alles kan wellicht ten eerste betwist worden of de machtsafwending technisch-juridisch verdedigbaar is als criterium van minderheidsbescherming m.b.t. besluiten van de algemene vergadering. Dit neemt niet weg dat de leer wel haar verdiensten heeft m.b.t. machtsafwending door de raad van bestuur, hetgeen voor

de minderheid in bepaalde omstandigheden eveneens problemen kan stellen⁹⁷.

17. Door tal van belangrijke auteurs werd het belang van het beginsel van het *handelen te goeder trouw* onderstreept⁹⁸. Er werd zelfs voorgesteld om alle toetsstenen voor de beoordeling van de inhoud van besluiten door dit criterium te vervangen⁹⁹, wellicht omdat het tegelijk ruim en toch voldoende precies is¹⁰⁰.

Volgens de meeste auteurs vloeit de verplichting om te goeder trouw te handelen voort uit de contractuele opvatting van de vennootschap.

De besluiten van de organen van de vennootschap worden beschouwd als de tenuitvoerlegging van de oorspronkelijke vennootschapsovereenkomst¹⁰¹. Luidens artikel 1134, derde lid, B.W. moet deze tenuitvoerlegging te goeder trouw geschieden¹⁰².

Doch ook wanneer men het zuiver contractuele vlak verlaat, blijft het beginsel van het handelen te goeder trouw onverminderd gelden.

Door prof. J. Ronse is op overtuigende wijze aangetoond dat het besluit van bijvoorbeeld de algemene vergadering van een naamloze vennootschap een *partijbeslissing* is, d.w.z. dat een partij door haar beslissing de rechtsbetrekkingen met een andere partij nader bepaalt of wijzigt¹⁰³. Een dergelijke partijbeslissing moet te goeder trouw worden genomen¹⁰⁴.

Men zou o.i. zelfs een stap verder kunnen gaan en de vraag stellen of het beginsel van het handelen te goeder trouw, zoals neergelegd in artikel 1134, derde lid, B.W., niet een principe inhoudt dat het hele rechtsverkeer beheerst en bijgevolg ook buiten elke contractuele relatie van toepassing is als toetssteen van het gedrag van de diverse rechtsobjecten¹⁰⁵.

Indien dit alles juist is, is meteen aangetoond dat het criterium van het handelen te goeder trouw zijn volle waar-

⁸⁸ SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 490, 304, met verwijzing naar DABIN, J., *Le droit subjectif*, Parijs, 1952, 254.

⁸⁹ SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 490, 304.

⁹⁰ COPPENS, P., o.c., nr. 56; RONSE, J., o.c., 25; SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 490.

⁹¹ SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 491.

⁹² Zie o.m. VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1958, nr. 27, 81.

⁹³ COPPENS, P., «Du caractère intentionnel de l'abus de majorité», *Rev.Prat.Soc.*, 1955, nr. 4517, 292; in dezelfde zin: VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., *R.C.J.B.*, 1958, nr. 27, 81; 1967, nr. 56, 344; 1981, nr. 71, 400; VAN OMMESLAGHE, P., *R.C.J.B.*, 1976, 318; COIPEL, M., o.c., nr. 318.

⁹⁴ COPPENS, P., *l.c.*, 294.

⁹⁵ RONSE, J., o.c., 27.

⁹⁶ COIPEL, M., o.c., nr. 322.

⁹⁷ SCHOENTJES-MERCHERS, Y., *l.c.*, nr. 15, 281. Zie voetnoot 8.

⁹⁸ PASSELECQ, F., *Novelles*, v°, Les sociétés commerciales, nrs. 2495 en 6851; noten in *Rev.Prat.Soc.*, 1939, nr. 3799, 160; *Rev.Prat.Soc.*, 1949, nr. 4094, 183; FREDERICQ, L., *Traité*, V, nr. 491, 700; nr. 523, 742; nr. 542, 770; nr. 611, 645; COPPENS, P., o.c., nr. 119; RONSE, J., *Preadvies*, 26, e.v.; SCHOENTJES-MERCHERS, Y., *l.c.*, 281; SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., nrs. 499 e.v.; FORIERS, P.A., MAUSSON, F. en SIMONT, L., *l.c.*, 182 e.v. Voor toepassingen van dit beginsel in de rechtspraak: Kh. Antwerpen, 26 oktober 1900, *Pand.Pér.*, 1901, nr. 741, gewijzigd door Brussel, 16 januari 1902, *Rev.Prat.Soc.*, 1902, 246; Kh. Brussel, 8 maart 1906, *J.C.B.*, 1906, 224; Brussel, 28 februari 1952, *Rev.Prat.Soc.*, 1954, 310, noot COPPENS, P.; Kh. Antwerpen, 23 september 1952, *Rev.Prat.Soc.*, 1953, 110.

⁹⁹ RONSE, J., *l.c.*

¹⁰⁰ SCHOENTJES-MERCHERS, Y., *l.c.*, nr. 17, 281.

¹⁰¹ ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Wil-link, 1975, II, 249; SUETENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 500, 310.

¹⁰² RONSE, J., o.c., 13.

¹⁰³ *Ibid.*, 13.

¹⁰⁴ RONSE, J., o.c., 27, met verwijzing naar COPPENS, P., o.c., nr. 119, 155.

¹⁰⁵ In die zin voor het Nederlandse recht: ASSER-RUTTEN, o.c., 250.

de blijft behouden, ook wanneer men het institutioneel karakter van de vennootschap aanvaardt¹⁰⁶.

De dominerende rechtsleer neemt thans aan dat de verplichting om te goeder trouw te handelen in de objectieve eerder dan in de subjectieve zin dient te worden begrepen¹⁰⁷.

Dit betekent dat het handelen van de partijen naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld, ongeacht het oogmerk der partijen¹⁰⁸. Bijgevolg zal de rechter moeten nagaan of de meerderheid heeft gehandeld volgens de eisen van de redelijkheid en de billijkheid. Dit betekent niet dat de subjectieve ingesteldheid geen enkel belang heeft.

F. Baert stelde terecht dat de subjectieve goede trouw praktisch belang kan hebben in die zin dat een persoon die onredelijke en onbillijke oogmerken heeft, in de meeste gevallen ook tegen de objectieve goede trouw zal handelen¹⁰⁹. Wanneer men probeert door te dringen tot de kern van het beginsel van handelen te goeder trouw m.b.t. het hier behandelde onderwerp, kan worden geconcludeerd dat de meerderheid zal moeten rekening houden met en eerbied opbrengen voor de rechtmatige belangen van de minderheid¹¹⁰.

Maeijer drukt het kernachtig uit: «De goede trouw brengt voorts voor een aandeelhouder de plicht mee om bij zijn handelen te letten op de belangen van de overige aandeelhouders. Met name zullen aandeelhouders behorende tot een meerderheidsgroepering oog moeten hebben voor de belangen van de minderheid of enkeling. Dit betekent niet dat de meerderheid zich niet als zodanig mag doen gelden. De besluitvorming in de algemene vergadering is nu eenmaal gebaseerd op het beginsel van de al dan niet gekwalificeerde meerderheid van stemmen. Het betekent echter wel dat de meerderheid haar eigen groepsbelang niet blind eenzijdig mag dienen ten koste van de minderheid¹¹¹.».

Anderzijds is het o.i. niet zo evident dat de belangen van de minderheid samenvallen met die van de vennootschap zelf, zoals door bepaalde auteurs wordt beweerd¹¹². Het lijkt ons immers perfect mogelijk dat een besluit (bijv. een kapitaalverhoging of -verlaging met miskenning van de rechten van de minderheid) de vennootschap zeer tot nut strekt, terwijl het de rechten van de minderheid schaadt. In dit laatste geval zal een weloverwogen en genuanceerde belangenafweging noodzakelijk zijn.

18. Uit dit summier overzicht van de zgn. beginselen van ongeschreven recht blijkt dat deze diverse principes aldus hun voor- en nadelen hebben. Toch kan o.i. geconcludeerd worden dat het beginsel van het handelen te goeder trouw

voor de minderheidsbescherming verreweg het meeste armslag biedt.

B. De mogelijke sancties

19. De *nietigverklaring* van het door de minderheid gewraakte besluit is natuurlijk de sanctie bij uitstek voor een ongeoorloofd meerderheidsoptreden¹¹³. Deze sanctie vormt overigens een toepassing van het beginsel van het herstel in natura, dat zowel de contractuele als de quasi-delictuele aansprakelijkheid beheerst¹¹⁴.

De rechter zal zich beperken tot een *marginale toetsing* van de besluiten van de organen van vennootschappen¹¹⁵.

20. Indien de door de minderheid geleden schade niet integraal wordt vergoed door de nietigverklaring, kan de rechtbank een aanvullende *schadevergoeding* toekennen¹¹⁶.

Aangezien een besluit van de algemene vergadering alleen de vennootschap verbindt en geen persoonlijke aansprakelijkheid voor de vennoten kan opleveren, zal de schadevergoeding worden uitgesproken ten laste van de vennootschap¹¹⁷.

21. Volgens gezaghebbende rechtsleer zal de toekenning van schadevergoeding de enige mogelijke sanctie zijn, wanneer te goeder trouw zijnde derden rechten hebben verworven n.a.v. het gewraakte besluit¹¹⁸. Dit zal o.i. vooral gelden t.a.v. beslissingen van de raad van bestuur.

Tevens zal de nietigverklaring door een schadevergoeding vervangen worden, wanneer de nietigverklaring niet in verhouding staat tot de door de minderheid geleden schade¹¹⁹ of wanneer de toestand n.a.v. het besluit zo onherstelbaar is dat alleen nog schadeloosstelling overblijft¹²⁰.

22. Voor de minderheid kan het van doorslaggevend belang zijn om de machinaties van de meerderheid door een preventieve actie te verhinderen. Het wordt thans niet langer betwist dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel, rechtdoende in kort geding, daarvoor bevoegd is telkens wanneer door het meerderheidsoptreden voor de minderheid onherstelbare schade zou ontstaan¹²¹.

¹¹³ Over het mechanisme en de voorwaarden van een vordering tot nietigverklaring, zie RONSE, J., o.c., 29 e.v.; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nrs. 21-25.

¹¹⁴ COPPENS, P., o.c., nr. 84; FORIERS, P.A., MAUSSON, F., en SIMONT, L., l.c., 187.

¹¹⁵ RONSE, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», T.P.R., 1977, 207 e.v.; maar ook reeds RONSE, J., *Preadvies*, 29.

¹¹⁶ FORIERS, P.A., MAUSSON, F. en SIMONT, L., l.c.

¹¹⁷ RONSE, J., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», T.P.R., 1964, nr. 119, 125; anders: COPPENS, P., o.c., nr. 86, volgens wie de vergoeding dient te worden uitgesproken ten laste van de meerderheidsaandeelhouders wier houding aanleiding heeft gegeven tot nietigverklaring van het besluit.

¹¹⁸ COPPENS, P., o.c., nr. 84; VAN RYN, J., *Principes*, I, nr. 720.

¹¹⁹ VAN RYN, en VAN OMMESLAGHE, P., R.C.J.B., 1981, nr. 72, 405.

¹²⁰ RONSE, J., *Preadvies*, 36, met verwijzing naar Kh. Antwerpen, 23 september 1952, *Rev.Prat.Soc.*, 1953, 110.

¹²¹ Over kort geding in vennootschapsaangelegenheden, zie MAEYENS, L., «Voorlopig vermogensbeheer en/of sekwestering van vennootschap», R.W., 1961-62, 345 e.v.; HORSMANS, G., «Le juge des référés et le droit des sociétés», *Rev.Prat.Soc.*, 1969, 1 e.v. Over de stand van zaken inzake kort geding, zie VEROUWSTRAETE, I., «Het kort geding, Recente trends», T.P.R., 1980, 258 e.v.

¹⁰⁶ Over het contractueel of institutioneel karakter van de vennootschap, zie o.m. RONSE, J., «Vennootschaps- en verbintenissenrecht», in *Op de grenzen van komend recht*, Deventer, Kluwer, 1969, 203 e.v.

¹⁰⁷ RONSE, J., o.c., 27; SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 504, 312; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., o.c., nr. 20, 283.

¹⁰⁸ BAERT, F., «De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten», R.W., 1956-57, 499; SUTENS-BOURGEOIS, G., o.c., nr. 504; SCHOENT-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 20, 283.

¹⁰⁹ BAERT, F., l.c., 499.

¹¹⁰ SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 20, 283.

¹¹¹ MAEIJER, J.M., *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer-Antwerpen, Kluwer, 1982, 18.

¹¹² SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., l.c., nr. 20, 283.

Zo kan de rechter in kort geding o.m. de bijeenroeping van een algemene vergadering opschorten¹²², een voorlopig bewindvoerder benoemen¹²³, de gevolgen van een reeds genomen beslissing opschorten¹²⁴, een «expert gardien» benoemen die ervoor moet waken dat activabestanden van een Belgische dochtervennootschap niet worden afgevoerd naar het buitenland¹²⁵, op verzoek van de minderheid aan de raad van bestuur verbod opleggen bepaalde handelingen te verrichten die de substantie van de vennootschap uithol- len¹²⁶.

III. De interventies van de Bankcommissie

23. Hoewel een grondige bespreking van dit fenomeen uiteraard buiten het bestek van deze situatieschets valt, mogen en kunnen de interventies van de Bankcommissie op het vlak van de minderheidsbescherming uiteraard niet onbesproken blijven¹²⁷.

Zoals bekend heeft de Bankcommissie in de loop van haar bestaan een pretoriaans vennootschapsrecht gecon- strueerd, gebaseerd op art. 29 van het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 en neergelegd in haar jaarverslagen¹²⁸. In deze jaarverslagen vullen het eigenlijke vennootschapsrecht en de financiële deontologie elkaar aan¹²⁹.

De minderheidsbescherming loopt als een rode draad door de interventies van de Bankcommissie.

Hierna duiden wij slechts de krachtlijnen aan van enkele domeinen, waarin de Bankcommissie op het vlak van de minderheidsbescherming is tussengekomen¹³⁰.

24. De Bankcommissie heeft zich steeds opgeworpen als de promotor van het *voorkeursrecht* van oude aandeelhouders in geval van kapitaalverhoging, zelfs wanneer dit recht niet door de statuten was voorzien¹³¹. Dit voorkeursrecht wordt thans expliciet erkend in de Aanpassingswet van het Belgisch vennootschapsrecht aan de tweede EEG-richt- lijn¹³².

25. De minderheidsbescherming was een der motieven voor de negatieve houding van de Bankcommissie tegen- over de *inkoop van eigen aandelen* door de vennoot- schap¹³³. Ook deze materie wordt in de Aanpassingswet geregeld¹³⁴.

26. In geval van een *openbaar koopaanbod* op aandelen schrijft de Bankcommissie voor dat de raad van bestuur van de geviseerde vennootschap de belangen van alle aan- deelhouders, ook van de minderheid, moet vrijwaren¹³⁵.

27. De *onderhandse overdracht van controleparticipaties* is wellicht het domein bij uitstek waarin de Bankcommissie de minderheidsbescherming door middel van haar aanbeve- lingen wenst door te drukken¹³⁶.

De Bankcommissie wil er vooral voor waken dat het ge- lijkeheidsbeginsel bij dergelijke overdrachten wordt geres- pecteerd. Dit brengt o.m. met zich mee dat de controle- of pakketvergoeding aan de vennootschap en bijgevolg aan de gemeenschap der aandeelhouders moet toekomen en niet uitsluitend aan de meerderheidsaandeelhouders¹³⁷.

Voorts heeft de Bankcommissie gewezen op de zeer ver- schillende gevolgen die de overdracht van een controlepar- ticipatie kan hebben voor de meerderheidsgroep en de ove- rige aandeelhouders¹³⁸. Deze laatsten hebben geen enkele inspraak m.b.t. een verrichting die eventueel het verlies van zelfstandigheid van de vennootschap tot gevolg kan heb- ben.

In de Franse rechtspraak is trouwens reeds de vraag ge- steld of de overdracht van een controleparticipatie in het licht van deze beschouwingen wel als een gewone aandelen- overdracht kan worden bestempeld¹³⁹.

Tevens onderstreepte de Bankcommissie n.a.v. onder- handse overdrachten van controleparticipaties de zgn. fidu- ciaire verplichtingen van de beheerders, die er in casu in bestaan dat zij een voor alle aandeelhouders gemeenschap- pelijke oplossing uitwerken en zichzelf niet de voordelen van het uitgebrachte bod voorbehouden. Volgens J. Ronse en K. Van Hulle vinden deze fiduciare verplichtingen hun grondslag in art. 1993 B.W., luidens hetwelk de lasthebber aan de opdrachtgever moet afdragen alles wat hij niet al- leen krachtens zijn opdracht heeft verkregen maar ook naar aanleiding daarvan¹⁴⁰.

28. Ten slotte zij vermeld dat de Bankcommissie m.b.t. de minderheidsbescherming nog aanbevelingen deed op tal van andere domeinen, zoals bv. fusies¹⁴¹, beheersing van een vennootschap door een andere¹⁴² e.d.m.

¹²² Voorz. Kh. Brussel, 20 oktober 1970, *Rev. Prat. Soc.*, 1971, 132; Voorz. Kh. Brussel, 16 oktober 1981, *Rev. Prat. Soc.*, 1981, 273.

¹²³ RONSE, J., *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent-Leuven, Story, 1973, nr. 88; zie o.m. Kh. Dendermonde, 24 oktober 1962, *Rev. Prat. Soc.*, 1963, 130, en de rechtspraak aangehaald door MAEYENS, L., *l.c.*, en HORSMANS, G., *l.c.*

¹²⁴ Voorz. Kh. Brussel, 24 mei 1968, *J.T.*, 1968, 516.

¹²⁵ Voorz. Kh. Brussel, 27 december 1977, *R.P.S.*, 1979, 250.

¹²⁶ Voorz. Kh. Brussel, 27 april 1978, *R.P.S.*, 1979, 236.

¹²⁷ Zie o.m. BRUYNEEL, A., «La commission bancaire belge», *Banque*, 1972, 134 e.v.

¹²⁸ BRUYNEEL, A., *l.c.*, 134.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Voor een volledig overzicht, zie LEBRUN, J. en LEMPEREUR, C., *R.P.D.B.*, tw., «Protection de l'Épargne Publique. Commis- sion bancaire», *Compl. V*, 7 nrs. 750 e.v.

¹³¹ LEBRUN, J. en LEMPEREUR, C., *o.c.*, nrs. 751 e.v.

¹³² Nieuw art. 34bis Vennootschappenwet.

¹³³ LEBRUN, J. en LEMPEREUR, C., *o.c.*, nr. 760.

¹³⁴ Nieuw artt. 152bis, 52ter en 52quater Vennootschappenwet.

¹³⁵ LEBRUN, J. en LEMPEREUR, C., *o.c.*, nr. 766.

¹³⁶ Zie o.m. HUYS, M. en KEUTGEN, G., «La cession de contrô- le», *Rev. Banque*, 1974, 761 e.v.; VAN OMMESLAGHE, P., «Les devoirs des administrateurs et des actionnaires prépondérants en- vers les actionnaires d'une société en cas de cession du contrôle de cette société, en droit belge et en droit comparé», in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für J. Bär- mann*, München, 1975, 995 e.v.; LEMPEREUR, C., «La commis- sion bancaire et les cessions privées de participations de contrôle», *Rev. Prat. Soc.*, 1975, 119 e.v.

¹³⁷ Zie ook RONSE, J. en VAN HULLE, K., *l.c.*, nr. 342.

¹³⁸ RONSE, J. en VAN HULLE, K., *l.c.*, nr. 343.

¹³⁹ RONSE, J. en VAN HULLE, K., *l.c.*, met de daar aangehaalde rechtspraak.

¹⁴⁰ RONSE, J. en VAN HULLE, K., *l.c.*, nr. 344. De fiduciare verplichting wordt evenwel betwist door COPPENS, P., noot in *Rev. Prat. Soc.*, 1977, 182; SIMONT, L., «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *Rev. Prat. Soc.*, 1974, 37 e.v., VAN OMMESLAGHE P., *l.c.*, 1014 - 1015.

¹⁴¹ LEBRUN, J. en LEMPEREUR, L., *o.c.*, nr. 789.

¹⁴² LEBRUN, J. en LEMPEREUR, L., *o.c.*, nr. 797.

IV. De conventionele minderheidsbescherming

29. Het is merkwaardig dat in de rechtsliteratuur tot nog toe zo weinig aandacht is besteed aan de conventionele bescherming van de minderheidsaandeelhouders¹⁴³. Toch is dit het middel bij uitstek om conflicten te vermijden.

30. De conventionele minderheidsbescherming kan allereerst via de *statuten* worden geregeld. Daarnaast kan de vrijwaring van de minderheidsbelangen ook gerealiseerd worden via *aandeelhoudersovereenkomsten*¹⁴⁴.

31. Erenotaris H. Du Faux heeft in een artikel de verschillende punten onderzocht, die tot een conventionele minderheidsbescherming aanleiding zouden kunnen geven¹⁴⁵.

Op het vlak van het *bestuur* kan de minderheidsbescherming worden gerealiseerd door het systeem van de evenredige vertegenwoordiging, waarvan de geldigheid geen enkele twijfel lijdt¹⁴⁶. Het is o.i. denkbaar om een dergelijk systeem ook uit te breiden tot de benoeming van de commissaris.

M.b.t. de werking van de *algemene vergaderingen* kunnen bijzondere meerderheden worden ingesteld, die de zeggenschap van de minderheid in de hand werken. Een dergelijke meerderheid kan bv. worden voorgeschreven voor de vaststelling van de wedden van de bestuurders¹⁴⁷.

Uiteraard kunnen conventionele bepalingen inzake *winstverdeling* ook een vorm van minderheidsbescherming bieden. Er kan bv. een bijzondere meerderheid voor de beslissing over de winstaanwending worden voorgeschreven alsmede een verplichte winstuitkering aan de vennoten.

Volgens Du Faux zou in de statuten kunnen worden bedongen dat de minderheid het recht heeft om de *ontbinding* van de vennootschap te vorderen, wanneer de vennootschap bv. gedurende een aantal opeenvolgende jaren geen minimumwinst heeft uitgekeerd¹⁴⁸.

Ten slotte wijst dezelfde auteur op het netelige probleem van het *recht van uittreding* voor de minderheidsvennoten¹⁴⁹. Hij acht het mogelijk om dit recht als een conditioneel recht in de statuten op te nemen en bv. te bedingen dat, wanneer de vennootschap gedurende een aantal opeenvolgende jaren geen dividend uitkeert, elke vennoot van zijn medevennoten kan vorderen dat zij zijn aandelen tegen een vooraf bepaalde prijs overnemen. Volgens Du Faux gaat het om een wederzijdse conditionele aankoopbelofte¹⁵⁰. Indien deze techniek rechtsgeldig zou zijn, hetgeen binnen het bestek van deze bijdrage moeilijk kan worden uitgediept, dan zou zij een uitstekende oplossing bieden

¹⁴³ Zie DU FAUX, H., «De bescherming van de minderheid in de handelsvennootschap», *T. Not.*, 1962, 1, e.v.

¹⁴⁴ Over de geldigheid van dergelijke overeenkomsten, zie RONSE, J., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen», *T.P.R.*, 1967, nr. 151, 704 e.v.

¹⁴⁵ DU FAUX, H., *l.c.*

¹⁴⁶ Zie o.m. ROOSE, P. en MAYENS, L., «La représentation proportionnelle pour la nomination des administrateurs et gérants», *Rev.Prat.Soc.*, 1963, nr. 5130.

¹⁴⁷ DU FAUX, H., *l.c.*, 7.

¹⁴⁸ DU FAUX, H., *l.c.*, 11.

¹⁴⁹ DU FAUX, H., *l.c.*, 5.

¹⁵⁰ DU FAUX, H., *l.c.*, 5.

voor de impasses waartoe de onmogelijkheid tot uittreding van minderheidsaandeelhouders in vele gevallen aanleiding geeft.

V. Het komend recht

32. Op een ogenblik dat het vennootschapsrecht bestendig aan wijzigingen onderhevig is¹⁵¹, dient ook enige aandacht besteed aan de minderheidsbescherming in het komend recht.

33. Op Belgisch vlak verleent het wetsontwerp tot wijziging van de gecoördineerde wetten betreffende de handelsvennootschappen, het zgn. grote wijzigingsontwerp¹⁵², aan de minderheid (dit wil zeggen degenen die ten minste 1/20e van de stemmen vertegenwoordigen, verbonden aan alle effecten of houder zijn van effecten ter waarde van ten minste vijf miljoen frank) de mogelijkheid om in naam en voor rekening van de vennootschap een aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurders in te stellen¹⁵³. De in 1913 afgeschafte individuele vordering wordt bijgevolg in de vorm van een ware minderheidsvordering weer ingevoerd. De vordering dient afgewezen te worden indien de bestuurders aantonen dat hun geen schuld te wijten is en dat zij hebben gehandeld ter bevordering van het doel van de vennootschap in het gemeenschappelijk voordeel van de vennoten.

Tevens bepaalt art. 288 van het wetsontwerp dat besluiten van algemene vergaderingen kunnen worden vernietigd indien zij genomen zijn met overschrijding of misbruik van bevoegdheid. Het kan wellicht betreurd worden dat het wetsontwerp blijkbaar geen oog heeft voor andere nietigheidsgronden, die door de rechtspraak en de rechtsleer zijn ontwikkeld.

34. Volgens artikel 28 van de derde EEG-richtlijn inzake fusies van naamloze vennootschappen^{153a} dienen in geval van fusie door overneming van een of meer vennootschappen door een andere vennootschap, die niet alle maar minstens 90% houdt van de aandelen van elke overgenomen vennootschap, een aantal formaliteiten (voorgeschreven door de artikelen 9, 10 en 11 van de richtlijn) niet te worden nageleefd, wanneer de aandeelhouders met een minderheidsbelang in de overgenomen vennootschap de overnemende vennootschap kunnen verplichten hun aandelen te verwerven. De minderheidsaandeelhouders hebben dan recht op een tegenprestatie die overeenkomt met de waarde van hun aandelen (art. 28, b). Indien er geen overeenstemming over deze tegenprestatie kan worden bereikt, moet deze door de rechter kunnen worden vastgesteld.

35. Ook het (thans gewijzigd) voorstel voor een vijfde EEG-richtlijn¹⁵⁴ voert een aansprakelijkheidsvordering in tegen de leden van het leidinggevend en het toezichthoudend orgaan van de N.V. op initiatief van de minderheids-

¹⁵¹ Voor een overzicht, zie FREDERICQ, S., «De harmonisatie van het vennootschapsrecht in de Europese Economische Gemeenschap. Hoeveel staan wij?», *R.W.*, 1979-80, 1809 e.v.

¹⁵² *Parl. St., Kamer*, 1979-80, 387, nr. 1.

¹⁵³ Art. 110.

^{153a} P.b., 25 oktober 1978.

¹⁵⁴ P.b., 9 september 1983, nr. c. 2100/2.

aandeelhouders, wier aandelen tegen nominale of fractiewaarde een bedrag vertegenwoordigen dat door de lidstaten ten hoogste op vijf ten honderd van het geplaatste kapitaal mag worden vastgesteld of wier aandelen gezamenlijk een bedrag vertegenwoordigen dat door de lidstaten op ten hoogste 100.000 Ecu mag worden vastgesteld¹⁵⁵.

Voorts wordt aan dezelfde minderheid het recht toegekend om een of meer onderwerpen in de agenda van de algemene vergadering te plaatsen¹⁵⁶.

Aan de minderheid wordt ten slotte bevoegdheid verleend om voor een rechterlijke of administratieve instantie het ontslag wegens gewichtige redenen te vorderen van de persoon die met de controle van de jaarrekening is belast¹⁵⁷.

Jozef LIEVENS

Vrij assistent K.U. Leuven

¹⁵⁵ Art. 16.

¹⁵⁶ Art. 25.

¹⁵⁷ Art. 55.

«VERWORVEN RECHTEN» IN DE SOCIALE ZEKERHEID

1. Het thema van het congres 1984 van de Vlaamse Juristenvereniging luidt: «Eigendom». Eigendom is het recht het volledig genot te hebben van een goed en er op volstreekte wijze over te beschikken, aldus — vrij weergegeven — de definitie van het eigendomsrecht in art. 625 van het Nederlandse B.W., dat er nog aan toevoegt, dat op die volheid beperkingen bestaan. Eigendom is een privaatrechtelijk subjectief recht; het is een absoluut, zakelijk vermogensrecht. Het geeft een natuurlijke of een rechtspersoon een onmiddellijke heerschappij over een zaak *erga omnes*. Het behoeft geen betoog, dat men in deze termen niet over sociale zekerheid kan spreken. Sociale zekerheid is een collectief goed, dat slechts in zeer bescheiden mate in een privaatrechtelijk en in hoofdzaak in een bestuursrechtelijk normensysteem is vastgelegd. Indien en voor zover sociale zekerheid langs privaatrechtelijke weg gerealiseerd wordt, is de individuele of collectieve arbeids- of verzekeringsovereenkomst daartoe het middel. Een gegeven stelsel van sociale zekerheid biedt personen die onder de werkingssfeer van het stelsel vallen, bepaalde aanspraken en legt bepaalde verplichtingen op, indien aan een aantal in dat stelsel vastgelegde voorwaarden is voldaan. Met dat stelsel zijn verwachtingen gewekt: individuele personen maakten in hun leven bepaalde keuzen, rekening houdend met het gegeven stelsel. Sterker nog: zij werden wellicht *nolens volens* aan een regime van wettelijke, verplichte verzekeringen onderworpen. Zij hebben in hun vertrouwen op dat stelsel nagelaten zich op particuliere basis tegen inkomensverlies als gevolg van bepaalde risico's te verzekeren dan wel zich bij een andere overeenkomst dan een verzekeringsovereenkomst een bepaalde zekerheid van inkomen te bedingen. Troffen zij wel zelf bepaalde voorzieningen, dan hebben deze een aanvullend karakter ten aanzien van het niveau van wettelijk gegarandeerde uitkeringen in het gegeven stelsel van sociale zekerheid.

Aldus zijn de met het stelsel gewekte verwachtingen als het ware een onderdeel geworden van het vermogen van individuele personen. Dit gegeven levert een zekere parallel op met de eigendom. In het algemeen belang vereiste inbreuken op het eigendomsrecht zijn met belangrijke waarborgen omgeven. Art. 14 van de Nederlandse Grondwet bepaalt, dat onteigening alleen kan geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is. In gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt, aldus het laatste lid van art. 14. In dit verband kan dan voorts gewezen worden op de waarborgen die o.a. in de Onteigeningswet en de Belemmeringenwet Privaatrecht zijn neergelegd.

Wanneer ten nadele van personen, die onder de werkingssfeer van een bepaalde sociaal zekerheidsstelsel vallen, tegen hun wil wijzigingen worden aangebracht in het stelsel, zou men dat in zeker opzicht als een aantasting van het

vermogen kunnen beschouwen. Parallel met de bescherming van het eigendomsrecht zou men de stelling kunnen betrekken, dat door een bepaald sociaal zekerheidsstelsel eenmaal in het leven geroepen verwachtingen van individuele personen rechtens bescherming verdienen. Wijzigingen van het stelsel zouden die verwachtingen moeten respecteren; doen zij dit niet, dan zou hier een tegemoetkoming in de schade (het berokkende nadeel) tegenover moeten staan.

De zojuist gevolgde redenering beoogt niet meer te zijn dan een inleiding op de probleemstelling: kent het sociaal zekerheidsrecht verworven rechten, die onaantastbaar zijn, tenzij de aantasting gepaard gaat met schadeloosstelling? In de gevolgde redenering is het verschil in doelstelling van het vermogensrecht en het sociaal zekerheidsrecht volstrekt uit het oog verloren. De fundamentele doelstellingen van een stelsel van sociale zekerheid, t.w. sociale integratie (door wettelijk gestructureerde zorg en solidariteit) en herverdeling van inkomens, zijn in het vermogensrecht onbekend. Het vermogensrecht beoogt geen instrument te zijn voor de herverdeling van de sociaal-economische resultaten van het maatschappelijk productieproces. Noch in kwantitatief, noch in kwalitatief opzicht vormen deze resultaten noodzakelijke begrenzingen voor de opzet en de inrichting van het vermogensrecht. De verdelende rechtvaardigheid is geen leidend beginsel in het vermogensrecht. Een stelsel van sociale zekerheid daarentegen is een van de belangrijkste instrumenten voor systematische herverdeling van het nationaal inkomen¹; opzet en inrichting van het stelsel worden begrensd door economische mogelijkheden; verdelende rechtvaardigheid is een van de leidende beginselen in het sociaal zekerheidsrecht.

Bij de gevolgde redenering moet nog een tweede kanttekening gemaakt worden. Verworven rechten zijn in het kader van de sociale zekerheid slechts problematisch als gevolg van de opeenvolging van verschillende rechtsstelsels, verschillende rechtsregels in de tijd². Is het rechtsstelsel eenduidig en onveranderlijk, dan zijn verworven rechten niet problematisch. Rechtens verkregen aanspraken zijn dan immers krachtens datzelfde recht beschermd en te effectueren. Waar het recht verandert of vernieuwd wordt, ontstaat de vraag naar de waarde van de aanspraak, die onder het oude recht is opgebouwd of ontstaan. Deze vraag is overigens niet specifiek voor het sociaal zekerheidsstelsel. Zij kan met betrekking tot alle onderdelen van een rechtsstelsel rijzen. Onteigening, vernietiging van eigendom en beperkingen van de uitoefening van het eigendomsrecht

¹. Zie bijvoorbeeld: Instituut Sociaal Zekerheidsrecht, KU Leuven, *Ontwerp van Wetboek Sociale Zekerheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1978, 24 e.v.

² Ook bij coincidentie van verschillende rechtsstelsels anders dan in de tijd kan zich de vraag naar verworven rechten voordoen; zie bijvoorbeeld het internationaal privaatrecht.

Ik ga voorbij aan de kwestie van opbouw van pensioenrechten en de verdeling van opgebouwde rechten aan man en vrouw bij echtscheiding (zie hierover H.R. 27 november 1981, *NJ*, 1982, 503, en de naar aanleiding van dit arrest verschenen literatuur).

zijn in het algemeen echter niet het gevolg van veranderingen in het rechtstelsel, maar van een herwaardering van belangen als gevolg van nieuw opgekomen omstandigheden.

In mijn verdere beschouwingen zal ik de sociale zekerheid zien als een wettelijk stelsel van publiekrechtelijke aard waarin de rechten en de plichten van de verzekerde en de bijdrageplichtige zijn omschreven. Aan verworven rechten in een privaatrechtelijke samenhang zal ik mitsdien geen aandacht besteden.

2. Als gevolg van economische ontwikkelingen op macro- en micro-niveau is het aantal personen, dat in het bijzonder als gevolg van werkloosheid en arbeidsongeschiktheid een beroep moet doen op het sociale zekerheidsstelsel structureel toegenomen ten opzichte van de situatie waarin de betrokken wetgeving tot stand kwam. Demografische ontwikkelingen leiden gegeven een bepaald wettelijk stelsel tot een aanzienlijke toename van de kosten van ouderdomsvoorzieningen. Een en ander veroorzaakt grote spanningen in het bestaande stelsel. Het totaal van de kosten van sociale zekerheid zal immers moeten worden afgewogen binnen het geheel van uitgaven en inkomsten van de samenleving. Gelet op de noodzakelijke beperking van de groei van de uitgaven voor sociale zekerheid in het kader van een beleid dat gericht is op het doorbreken van loonen prijsstijgingen, het verbeteren van de betalingsbalans, het terugbrengen van het begrotingstekort naar een meer aanvaardbaar niveau, ten einde zodoende de voorwaarden te scheppen voor een herstel van de economie in het algemeen ervan de werkgelegenheid in het bijzonder³, leiden de zojuist genoemde ontwikkelingen onvermijdelijk tot wijzigingen van het sociale zekerheidsstelsel. Hier komt nog bij, dat de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van gehuwden en ongehuwden nieuwe eisen stelt aan het stelsel.

De sociale zekerheidsstelsels van België en Nederland worden bepaald door drie belangrijke uitgangspunten:

- a. ieders recht op sociale zekerheid,
- b. solidariteit van de rechtsgenoten (werkenden en niet-werkenden, zieken en gezonden, ouderen en jongeren etc.),
- c. financiering naar draagkracht.

Een onomstreden definitie van sociale zekerheid is moeilijk te geven. Het gemeenschappelijk karakter van de onderdelen die gewoonlijk tot de sociale zekerheid worden gerekend, is de wettelijk vastgelegde aanspraak van individuele rechtsgenoten op een bepaald bestaansniveau, ter hoogte van ten minste het bestaansminimum. Het gaat niet om een als stelsel ontworpen grootheid, maar om een groot aantal niet gelijksoortige regelingen. Deze regelingen worden gemeenlijk onderscheiden in sociale verzekeringen en sociale voorzieningen. In de sociale zekerheid wordt het verzekeringskarakter wel aangeduid met het equivalentie-

beginsel, de ruilrechtvaardigheid: een onderlinge afstemming van premie, risico en uitkering of verstrekking. Dit equivalentiebeginsel is in de sociale verzekering in een bepaald evenwicht gebracht met het solidariteitsbeginsel: draagt elk anders lasten. Daarmede is echter de band tussen premie en risico, tussen premie en prestatie en tussen risico en prestatie veel minder direct geworden dan bijvoorbeeld bij particuliere verzekeringen het geval is. Is daardoor wellicht al afscheid genomen van de verzekeringsgedachte, het gevolg is in elk geval dat de directe band tussen nut en offer voor het individu is doorbroken. Dit laatste doet zich ook voor bij de sociale voorzieningen die uit de algemene middelen worden gefinancierd⁴. Sociale zekerheidsstelsels bevatten in het algemeen nauwelijks mechanismen die voor wat de omvang van het beroep op het stelsel betreft, een volumebeperkend effect hebben⁵. Gegeven de legitimiteit van individuele nutsmaximalisatie, gezien in samenhang met economische en demografische ontwikkelingen en de introductie van het beginsel van gelijke behandeling, leidt wijziging van het stelsel per saldo tot beperkingen in hoogte en duur van uitkeringen en tot beperkingen in het verzekerde pakket.

De introductie van het beginsel van gelijke behandeling impliceert weliswaar nog een zekere uitbreiding van het stelsel in de personele werkingssfeer of in de toekenning van aanspraken, maar deze uitbreiding gaat vrijwel steeds gepaard met een verlaging van het uitkeringsniveau of een beperking van het pakket (de budgettaire neutrale financiering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van gehuwden en ongehuwden).

3. Ombuigingen in het sociale zekerheidsstelsel worden niet uitsluitend, maar wel in hoofdzaak bewerkstelligd door wetgeving in formele zin, dus door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 Nederlandse Grondwet). Bezuinigingen in de uitgaven voor sociale zekerheid kunnen ook door volumebeperkende maatregelen bereikt worden. Deze maatregelen laten echter het stelsel als zodanig intact. Tegen wetgeving echter die het beoogde of bereikte nutsmaximum op een lager niveau brengt dan wel het wettelijk bepaalde bestaansniveau verlaagt of beperkt in zijn verbeteringen, zal de stelling van het behoud van verworven rechten in het geweer worden gebracht. Deze stelling zal vooral worden betrokken door of namens degenen die een bepaalde prestatie van een uitvoeringsorgaan genieten of verwachten. Met betrekking tot bijvoorbeeld veranderingen in de uitvoeringsorganisatie treft men niet gemakkelijk een beroep op verworven rechten aan. Hetzelfde geldt voor wijzigingen van administratieve voorschriften, zoals het verstrekken van inlichtingen of het op een bepaalde wijze bij-

³ Het kader waarvan hier sprake is, is de «magische» vijfhoek: de vijf doelstellingen van het na-oorlogse Nederlandse sociaal-economische beleid.

In verband met de vermelde demografische ontwikkelingen zij verwezen naar: VAN BRAAM, G.P.A. e.a., *Ouderen en sociale zekerheid*, Publikaties van het Nederlands Genootschap voor Sociale Zekerheid, Den Haag, VUGA, 1983.

⁴ Vgl. VELDKAMP, G.M.J., *Afscheid van de verzekeringsgedachte*, Kluwer, Deventer, 1978 en hierover VAN DER VEN, J.J.M., *SMA* 1979, blz. 440-442; zie ook LE BLANC, L.J.C.M., *Op weg naar een economische theorie van de sociale zekerheid*, diss. Leiden, 1978, hoofdstuk 2.

⁵ Vgl. Wetenschappelijke Raad Regeringsbeleid, *Beleidsgerichte toekomstverkenning, Een poging tot uitlokking, rapporten 1980, nr. 19*, Staatsuitgeverij, Den Haag, 124. Zie ook VAN STIFHOUT, H.A., e.a., *Volumebeleid*, Publikaties van het Nederlands Genootschap voor Sociale Zekerheid, Den Haag, VUGA, 1982.

houden van een boekhouding⁶. Een beroep op verworven rechten treft men niet alleen aan ter bescherming van aanspraken die reeds geldend gemaakt zijn of zouden kunnen worden op het moment van wetswijziging. Er wordt vaak ook een beroep op verkregen rechten gedaan, terwijl bepaald onzeker is of ook onder het oude recht ooit aanspraak op een prestatie zou bestaan of ontstaan. Ik zal mij thans beperken tot het beroep op verworven rechten van potentiële of actuele rechthebbenden met betrekking tot bepaalde prestaties krachtens sociale zekerheidsregelingen.

In zoverre ombuigingen tot stand worden gebracht door het beleid ter zake van de arbeidsmarkt, de gezondheidszorg, het welzijn, de arbeidsomstandigheden zal er in verband met het sociale zekerheidsstelsel niet spoedig sprake zijn van een beroep op het behoud van verkregen rechten in de sociale zekerheidswetgeving. Anders kan dat liggen bij een striktere uitleg van wettelijke bepalingen die eerder ruimer werden geïnterpreteerd, zoals dat bijvoorbeeld het geval is met betrekking tot art. 21, lid 2, sub a, WAO en art. 12, lid 2, sub a, AAW (de zgn. verdiscontering van werkloosheid in het arbeidsongeschiktheidspercentage als bedoeld in de Nederlandse Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering en de Algemene Arbeidsongeschiktheids-wet).

4. De kwestie die ons bezighoudt is door de Nederlandse Studiecommissie pensioenvoorzieningen ambtenaren en met hen gelijkgestellten, de Commissie Bosman, als volgt benaderd ter zake van wijzigingen in overheidspensioenen. Deze commissie onderscheidde vier varianten:

1. de wijziging is van toepassing op alle belanghebbenden bij de pensioenvoorziening van het overheidspersoneel, derhalve zowel de reeds gepensioneerden als de actief deelgerechtigden, en wel in volle omvang;

2. de wijziging laat de reeds gepensioneerden ongemoeid en is in volle omvang — derhalve zowel voor verstreken als voor nog komende dienstjaren — van toepassing voor de actief deelgerechtigden in de overheidspensioenvoorziening;

3. de wijziging laat de reeds gepensioneerden ongemoeid en is uitsluitend voor nog komende dienstjaren van toepassing voor de actief deelgerechtigden: de verkregen uitzichten worden derhalve beschermd;

4. de wijziging zal uitsluitend van toepassing zijn op toekomstige actief deelgerechtigden in de overheidspensioenvoorziening.

Vervolgens heeft de Commissie getracht de vraag te beantwoorden welke van de varianten zowel voor de belanghebbenden in de overheidspensioenvoorziening als voor de overheid rechtvaardig én aanvaardbaar zou kunnen zijn. De Commissie meent, dat *legitiem verkregen rechten*, die bovendien expliciet door de wetgever zijn bedoeld, niet mogen worden aangetast, zodat de uitwerking geschetst in variant 1 naar haar oordeel niet in aanmerking kan komen. Het andere uiterste, toepassing van eventueel tot stand te brengen wijzigingen uitsluitend op toekomstig actief deel-

gerechtigden, acht de Commissie evenmin aanvaardbaar, omdat deze mogelijkheid naar haar oordeel een te ver gaande ongelijkheid in rechtspositie tussen verschillende categorieën ambtenaren zou betekenen. Een ander argument is dat de zo gewenste beperking van de groei van de collectieve uitgaven op het gebied van pensioenuitgaven bij hantering van de vierde variant nog tientallen jaren op zich zou laten wachten. De Commissie stond uiteindelijk voor een keuze tussen de hiervoor onder 2 en 3 genoemde mogelijkheden. Bij de tweede variant heeft de meerderheid van de Commissie overwogen dat toch wel kan worden gesteld dat volgens een *algemeen rechtsbeginsel* niet met terugwerken de kracht een wijziging in een concrete rechtstoestand ten nadele van de betrokkenen mag worden aangebracht. Het zou in dit licht bezien geen goede zaak zijn indien de wetgever zou bepalen dat verkregen uitzichten op pensioen van een zeker niveau met terugwerkende kracht, namelijk ook over verstreken jaren zouden worden verlaagd⁷. Dit is het probleem ten voeten uit: een beroep op verworven rechten en verkregen uitzichten en vervolgens een beroep op een algemeen rechtsbeginsel.

5. Van verworven rechten spreek ik wanneer krachtens objectief recht naar aanleiding van bepaalde rechtsfeiten rechten van en plichten voor een rechtssubject zijn ontstaan. Pas dan is een recht echt verworven. In alle andere gevallen gaat het om een beroep op verkregen uitzichten. Er is wel niemand die zal willen beweren dat het objectieve recht onveranderlijk is of behoort te zijn. Er is altijd strijd tussen oud en nieuw recht. Het nieuwe recht is, omdat het nieuw is, voor zijn tijd het betere, althans naar het oordeel van de wetgever; toch mag men niet vergeten, dat het oude recht ook recht was. In de moeilijkheden die daardoor ontstaan de weg te vinden is niet eenvoudig, — het is zoeken van recht, gebonden aan alle eisen die de rechtsvinding steeds stelt, aldus Paul Scholten⁸.

Houdt men streng vast aan de leer van de scheiding van wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht, dan is de betekenis van verkregen rechten en uitzichten althans theoretisch nauwelijks problematisch. De wetgever stelt vast wat recht is, schaft recht af en schept nieuw recht. Het gezag van de rechtsprekende en de uitvoerende macht dankt zijn sterkste en belangrijkste steunpunt aan de wetgever. Rechters zijn «la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»; de executieve doet wat de wetgever verlangt. «Wat recht? die wetten geeft vermogh de wet te breken», laat Vondel in zijn *Lucifer de Rey van Engelen* tegen de opstandige geesten zeggen⁹. Voeg daaraan toe de grondwettelijke bepaling dat de rechter niet in de beoordeling treedt van de grondwettigheid van wetten en verdragen (art. 120 Grondwet), en het verbod aan de rechter de innerlijke

⁷ Vgl. *Eindrapport Commissie Bosman*, 59-60.

⁸ Vgl. SCHOLTEN, P., *Algemeen Deel*, Zwomme, Tjeenk Wil-link, 1974, 140 en 146; VAN DER VEN, J.J.M., «Overgangsrecht als rechtsverschijnsel», in *Met eerbiedigende werking* (Hijmans van den Bergh-bundel), Deventer, Kluwer, 1971, 39; zie ook nog VERSTEEG, Th.A., *Overgangsrecht*, Preadvies Broederschap der Notarissen in Nederland, 1956.

⁹ Vs. 922.

⁶ In het kader van de wijziging van de uitvoeringsorganisatie doen de bestaande uitvoeringsorganen geen beroep op verkregen rechten. Uiteraard worden geen nadelen verbonden aan het niet verstrekken van gegevens of het niet bijhouden van een boekhouding die volgens toenmalige wetgeving niet verlangd werden.

waarde of de billijkheid van de wet te beoordelen (art. 11 van de wet houdende algemene bepalingen van de wetgeving van het Koninkrijk, de Wet AB), en het probleem van de betekenis van verworven rechten en verkregen uitzichten is herleid tot het vraagstuk van overgangswetgeving. Toen Hijmans van den Bergh voor de opdracht stond overgangsbepalingen te ontwerpen voor boek 1 Nederlands B.W., heeft hij twee algemene bepalingen voorgesteld. Dit, door de wetgever niet overgenomen voorstel, zou gelden voor de gehele wetgeving. De als art. 4 en art. 4a van de Wet AB aangemerkte bepalingen onderscheidten met betrekking tot nieuwe wetgeving: eerbiedigende werking, exclusieve werking en terugwerkende kracht. Eerbiedigende werking heeft een wet, indien zij voorschrijft onder de oude wet voorgevallen feiten ook na haar in werking treden nog naar de oude wet te beoordelen, zij het misschien slechts tot een bepaald tijdstip. Exclusieve werking heeft een wet, wanneer zij onder de oude wet voorgevallen feiten van het ogenblik van haar in werking treden af als onder haar heerschappij geschied beschouwt. Terugwerkende kracht heeft een wet, indien zij een feit, voor haar in werking treden voorgevallen, van het ogenblik van zijn voorvallen af als onder haar heerschappij geschied beschouwt. Maar welke werking nieuwe wetgeving heeft, bepaalt in beginsel de nieuwe wet¹⁰.

De zienswijze van Hijmans van den Bergh is in het *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* door B.C. de Die bestreden én genuanceerd. De Die kwam tot een verfijnde opstelling van regels van overgangsrecht. Behalve terugwerkende kracht onderscheidde hij wetgeving die een onmiddellijke, een uitgestelde of zelfs géén werking heeft ten aanzien van voor het in werking treden van een nieuwe wet voorgevallen feiten of bestaande toestanden. Pas wanneer de nieuwe wet geen duidelijke uitspraak doet over het voor een concreet geval toepasselijke overgangsrecht, kan gezocht worden naar aanknopingspunten met betrekking tot de vraag of en in hoeverre het oude recht na het in werking treden van nieuw recht nog doorwerkt¹¹.

6. Moet onze conclusie dan zijn, dat verworven rechten en uitzichten geen betekenis hebben, ook niet in het sociale zekerheidsstelsel, tenzij wetgeving daaraan een betekenis toekent of de rechter daartoe aanknopingspunten vindt bij gebreke van toepasselijke overgangswetgeving? Alvorens deze conclusie te trekken moet de vraag beantwoord worden of de wetgever uit het oogpunt van toepassing van algemene rechtsbeginselen, uit hoofde van internationale verdragen of ter eerbiediging van fundamentele rechten beperkingen ondervindt bij wijziging in het sociale zekerheidsstelsel. Deze vraagstelling impliceert het vermoeden dat ook de wetgever aan bepaalde fundamentele normen is gebonden.

Over de verhouding tussen recht en ethiek, recht en gerechtigheid is al duizenden jaren gefilosofeerd. Betreft men

die nog steeds voortdurende discussie op wijziging door wetgeving van het sociale zekerheidsstelsel, dan wordt de relevantie van ethische normen en van gerechtigheidsnormen voor de rechtsorde in een democratische samenleving bepaald door een maatschappelijke en politieke consensus dienaangaande. Als resultaat van een voortdurende discussie is deze consensus niet aan een laatste oordeel onderworpen. Een abstract en onhistorisch systeem van denkbare waarden en normen, die eeuwig zouden gelden, is niet alleen te formeel om werkelijk betekenis voor het concrete leven te hebben, maar is zodra het zich concretiseert in nadere preciseringen zelf de onbewuste codificatie van een door tijd, plaats, cultuur, klasse etc. bepaalde interpretatie van wat als een eeuwig en wezenlijk menselijk ideaal wordt gezien.

Gelet op de hedendaagse primordialiteit van het solidariteitsbeginsel concretiseert het sociale zekerheidsstelsel vooral het beginsel van de verdelende rechtvaardigheid. Dit beginsel houdt in dat de rechtsorde de ontwikkeling bevordert van alle rechtsgenoten tot vrije mensen door een gelijkmatige spreiding van kennis, macht en welvaart. Dit beginsel is essentieel voor onze samenleving¹². Voor wat het sociale zekerheidsstelsel betreft gaat het dan vooral om een gelijkmatige spreiding van de welvaart. Art. 20 van de Nederlandse Grondwet bepaalt, dat de bestaanszekerheid der bevolking en spreiding van welvaart voorwerp zijn van zorg der overheid; de wet stelt regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid, ten slotte bepaalt het artikel dat Nederlanders in hun land, die niet in het bestaan kunnen voorzien, een bij de wet te regelen recht op bijstand van overheidswegen hebben. Deze instructienormen bieden weinig concreet houvast voor de beoordeling van voorstellen tot wijziging van het sociale zekerheidsstelsel. Hoe ver de zorg der overheid moet strekken, welke de reikwijdte moet zijn van *aanspraken* op sociale zekerheid en van het *recht* op bijstand, waar de grens ligt van sociale zekerheid, het zijn vragen die aan de hand van de Grondwet niet te beantwoorden zijn. Het is wel evident, dat art. 20 Grondwet zich niet verzet tegen herziening van het stelsel; het bevestigt het stelsel niet! Verplichtingen van volkenrechtelijke aard op het terrein van de sociale zekerheid bevestigen het stelsel evenmin: zowel de voorschriften gesteld bij of krachtens de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, als de ILO-Conventies nr. 102 betreffende de prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten en nr. 128 betreffende uitkeringen bij invaliditeit en ouderdom en aan nagelaten betrekkingen, als de Europese Code inzake Sociale Zekerheid en het Europees Sociaal Handvest van de Raad van Europa, laten herzieningen en wijzigingen van een gegeven nationaal stelsel toe. Die verplichtingen bevatten in het algemeen een zekere minimumnorm. De verdragsverplichtingen gelden tussen de verdragsluitende staten onderling; burgers kunnen er in het algemeen geen rechten aan ontlelen. Kunnen burgers al rechtstreeks een aanspraak ontlenen aan een verdrag of een ter uitvoering van een verdrag getroffen regeling, dan gaat het meestal om de aansluiting van verschillende nationale stelsels op elkaar ten behoeve van personen die zich van het grondgebied van de ene staat naar het grondgebied van een andere

¹⁰ Zie de noot van Hijmans van den Bergh onder H.R., 20 november 1970, NJ, 1971, 99.

¹¹ Vgl. VAN ZEBEN, C.J., «Overgangsrecht», in *Met eerbiedigende werking (Hijmans van den Bergh-bundel)*, Deventer, Kluwer, 1971, 23-32 en DE DIE, B.C., «Overgangsrecht - een herwaardering na vijftig jaar», *RMTh*, 1979, 253-285.

¹² Zie het in noot 5 genoemde rapport, 110.

staat begeven (zie in dit verband het EG-recht met betrekking tot de sociale zekerheid en de vele bilaterale verdragen). De tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid beschermt weliswaar tegen discriminatoire herzieningen en wijzigingen van het stelsel; dat beginsel vormt echter geen belemmering voor wijzigingen in het algemeen.

Een concreet antwoord op de vraag of en in hoeverre de wetgever bij voorgenomen stelselwijzigingen aan het historisch geworden gebonden zou zijn, is dus ook met behulp van de Grondwet en bepalingen over sociale zekerheid in internationale verdragen niet te geven.

7. In aansluiting op de vorige paragraaf dient — mede met het oog op het thema van het Congres — acht geslagen te worden op internationale rechtsdocumenten over de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Zou men al kunnen verwijzen naar art. 17 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens, «Een ieder heeft recht op eigendom, hetzij alleen, hetzij tezamen met anderen. Niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd», van aanzienlijk groter betekenis lijkt een beroep op art. 1, eerste lid, van Protocol nr. 1 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden: «Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht». Het tweede lid voegt hieraan toe: «De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren.» Het begrip «eigendom» in de Nederlandse vertaling B.W. mag niet in de betekenis van art. 625 nederlands worden verstaan. Het is hier een ruimer begrip: de authentieke Engelse en Franse teksten gebruiken de termen «possessions» respectievelijk «biens». Het voorwerp van deze «possessions»/«biens» moet echter wel voldoende bepaalbaar zijn in relatie tot de aanspraken die men daarop doet gelden. In haar jurisprudentie heeft de Europese Commissie voor de rechten van de mens uitleg gegeven aan de betekenis van art. 1 van het Protocol voor pensioenregelingen en stelsels van sociale zekerheid. Zij heeft daarbij onderscheid gemaakt tussen enerzijds het stelsel waarbij door premiebetaling een aandeel in een fonds wordt opgebouwd waarvan de grootte van moment tot moment bepaalbaar is, en anderzijds het stelsel waarbij het verband tussen premiebetaling en uitkeringsaanspraken veel losser is en de premies ertoe dienen uitkeringen aan anderen op datzelfde tijdstip mogelijk te maken. Het eerste stelsel is een stelsel van bezitsvorming; uitkeringsaanspraken vormen dan ook volgens de Commissie «possessions»/«biens», terwijl het tweede stelsel «is based on the principle of solidarity which reflects the responsibility of the community as a whole» en dus geen aanspraak van bepaalde omvang aan de deelnemer biedt, maar slechts een verwachting die afhankelijk is van de voorwaarden die gelden op het moment dat men een

beroep op dit stelsel doet¹³. In het tweede stelsel bestaat een recht op een prestatie, zolang het stelsel van kracht is en men aan de geldende voorwaarden voor toekennig van de prestatie voldoet; schommelingen in de omvang, hoogte en duur van de prestatie betekenen, naar het oordeel van de Commissie, geen aantasting van dat recht waartegen art. 1 van het Protocol bescherming biedt, tenzij wellicht wanneer het om een zeer substantiële verlaging van de prestatie gaat¹⁴. Intussen moet onmiddellijk onderstreept worden, dat zowel de tweede volzin van het eerste lid alsook het tweede lid, bijna onbegrensde mogelijkheden open laten tot afwijking van art. 1, eerste lid, eerste volzin, van het Protocol. Het begrip algemeen belang heeft in dit verband een zeer ruime betekenis. Gaat het in de tweede volzin van het eerste lid om ontneming van «possessions»/«biens», in het tweede lid gaat het om de beperking van het gebruik ervan. Praktisch gezien zal een stelselwijziging slechts met een beroep op art. 1 van het Protocol kunnen worden afgewend, indien en voorzover zij «possession»/«biens» aantast en dan nog slechts in die gevallen waarin voor de wijziging een behoorlijke wettelijke grondslag ontbreekt, of waarin gesproken moet worden van «détournement de pouvoir» (art. 1 van het Verdrag), van strijd met het discriminatieverbod (art. 14 van het Verdrag) dan wel van kennelijke onredelijkheid¹⁵.

Hoewel dus art. 1 van Protocol nr. 1 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden wel enig houvast lijkt te bieden voor een bescherming van verworven rechten en verkregen uitzichten, zal de praktische betekenis hiervan uiterst gering zijn in geval van stelselwijziging. In de lijn van het Protocol zou men wel kunnen stellen dat opgebouwde rechten en aanspraken in een opbouwstelsel meer bescherming verdienen dan verwachtingen die men in een omslagstelsel koestert ten aanzien van aanspraken op prestaties.

8. Kortmann heeft erop gewezen dat de grenzen van volkenrechtelijke en grondwettelijke aard aan de wetgever gesteld, door de Raad van State soms uitdrukkelijk worden aangevuld met algemene beginselen van behoorlijke wetgeving¹⁶. Wat daaronder moet worden verstaan is op basis

¹³ Zie zaak 4130/69, X v. Nederland, *Yearbook XIV* (1971), 224 e.v., speciaal 244; zaak 5763/72, X v. Nederland, *Yearbook XVI* (1973), 274 e.v., speciaal 292.

¹⁴ Zie zaak 7624/76, X v. Oostenrijk, *D & R 19* (1980), 100 e.v., speciaal 104-105; zie ook *Yearbook XIX* (1976), 996 e.v., speciaal 1018-1020. In de zaak 7995/77, National Federation of Self-Employed v. United Kingdom, *D & R 15* (1979), 198, speciaal 201, bracht de Commissie een premieverhoging zonder evenredige verhoging van pensioenaanspraken onder de rechtvaardigingsgrond van het tweede lid van art. 1 (in the general interest).

¹⁵ Zie met betrekking tot kennelijke onredelijkheid: Rapport van de Commissie in de Handyside-zaak, *Publ. E.C.H.R., Series B, vol. 22* (1976), 50.

De verwijzing in het slot van het eerste lid naar algemene beginselen van internationaal recht ziet naar het oordeel van de Commissie uitsluitend op confiscatie van buitenlands vermogen; deze beginselen kunnen niet tegen de eigen staat worden ingeroepen.

Zie over deze materie: VAN DIJK, P., en VAN HOOFF, G.H.J., «De Europese Conventie in theorie en praktijk», *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1982, in het bijzonder 391-398.

¹⁶ KORTMANN, C.A.J.M., «Behoorlijke wetgeving», in *Regel en Praktijk (Van Wijnbergen-bundel)*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 63-75.

van documenten geproduceerd in de wetgevingsmachine (nog) niet duidelijk. Oostenbrink heeft er in zijn openbare les op geattendeerd dat algemene beginselen van behoorlijke wetgeving voor de rechtsbescherming, dus ook voor de bescherming van wat als verkregen rechten en uitzichten wordt aangeduid, geen overweldigende vergezichten lijken te bieden, althans niet waar het gaat om wetgeving in formele zin¹⁷. De rechter zou immers onmiddellijk stuiten op het schild van art. 120 Grondwet en art. 11 Wet AB, resp. de onschendbaarheid van de wet en het verbod aan de rechter de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet te beoordelen. Dat hoeft echter geen beletsel te zijn toch naar dergelijke beginselen te zoeken. Het staatsrecht kent immers normen waarvan de handhaving berust bij dezelfde instanties als te wier aanzien zij van toepassing zijn. In de Wet AB zijn enkele formele criteria gesteld met betrekking tot de wetgeving:

- geen wet is verbindend, zolang zij niet behoorlijk is afgekondigd (art. 1);
- wetten werken terstond nadat derzelver afkondiging in alle delen van het Koninkrijk bekend zal kunnen zijn (art. 2, lid 2);
- een wet heeft geen terugwerkende kracht (art. 4), een voorschrift waarvan bij iedere formele wet kan worden afgeweken;
- een wet kan alleen door een latere wet geheel of ten dele haar kracht verliezen (art. 5).

Andere formele criteria die men in de literatuur wel aantreft, zijn:

- een duidelijke en consistente terminologie;
- een duidelijke doelstelling en een redelijke argumentatie;
- een goede vindbaarheid van de wet;
- coherentie in de wet en in het rechtssysteem;
- het vermijden van veelvuldige en snel opeenvolgende wetswijzigingen¹⁸.

Dergelijke criteria bieden geen enkel houvast waar het erom gaat de betekenis van verworven rechten en verkregen uitzichten nader te bepalen. Het tijdschrift *Bestuurswetenschappen* heeft in 1980 een speciaal nummer gewijd aan wetgevingsleer. Het probleem van de opeenvolging van rechtsregels, van wetten in de tijd komt daarin echter niet of nauwelijks aan de orde. Evenmin werpen ambtelijke aanwijzingen voor de wetgevingstechniek, richtlijnen voor het wetgevingsbeleid, noch rapporten over problemen rond

wetgeving licht op het aan de orde zijnde vraagstuk¹⁹. Relatieveert men de leer van de trias politica én relativeert men de onderscheiding tussen algemene regeling en concrete beslissing, dan zou men wellicht via rechtspraak aanknopingspunten kunnen vinden voor normen die gelden voor de wetgeving. De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep geeft een uitdrukkelijke toetsing van voor beroep vatbare besluiten te zien aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aan algemene rechtsbeginselen. Er blijken geen waterdichte schotten te bestaan tussen algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. Algemene rechtsbeginselen binden uit hun aard ook de wetgever, ware het niet dat de wetgever (in formele zin verstaan: regering en Staten-Generaal gezamenlijk) met zijn machtswoord dergelijke beginselen geheel of gedeeltelijk terzijde kan schuiven. De naam algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan niet tenietdoen dat daarmee beginselen van recht worden aangeduid; het gaat om algemene normen in de rechtspraak ingekleurd in de verhouding bestuur/burger, maar die men bijvoorbeeld in de civielrechtelijke wetgeving en rechtspraak ingekleurd ziet in de verhouding tussen burgers onderling. Gaat men na, wat tot dusverre door de wet en de jurisprudentie als beginsel van behoorlijk bestuur wordt erkend of door de literatuur is bepleit: afwijzing van «détournement de pouvoir», van willekeur, van ongelijke bejegening; eerbiediging van fair play, van zorgvuldigheid, van opgewekt vertrouwen; proportionaliteit in de afweging van algemene en particuliere belangen en ten slotte de eis van draagkrachtige motivering van de beslissingen — dan valt niet te ontkennen, dat althans van een aantal hunner aanranding ook door de wetgever kan worden bedreven²⁰.

9. De bevoegdheid van de formele wetgever wordt behoudens beperkingen van volkenrechtelijke en grondwettelijke aard niet door een zodanig specifiek doel begrensd dat men daaraan aanknopingspunten zou kunnen ontleen voor de bepaling van de betekenis van verworven rechten in het sociale zekerheidsstelsel. Wel is zoals al opgemerkt een duidelijke doelstelling bij wijzigingsvoorstellen vereist. Zoveel mogelijk dient vast te staan dat het waarschijnlijk is dat het beoogde doel met de voorgestelde stelselwijziging zal kunnen worden bereikt, én dat de wijziging niet verder strekt dan voor het gestelde doel noodzakelijk is. De motivering moet de stelselwijziging kunnen dragen. Doelmatigheid impliceert voorts dat de nieuwe regeling praktisch uitvoerbaar is.

De formele wetgever bepaalt zijn eigen bevoegdheid. Maar hij bepaalt ook de bevoegdheid van andere wetgevers door decentralisatie en delegatie. Geen bevoegdheid zonder rechtsgeldige titel, maar dan niet alleen een formeel, maar

¹⁷ *Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving*, Openbare les VU, Deventer, Kluwer, 1973; vgl. ook VAN DER NET, B.T., «Naar invulling van algemene beginselen van behoorlijke wetgeving», *TvO*, 1979, 195 e.v.

¹⁸ Zie de in noot 17 genoemde literatuur alsmede de preadviezen van J.M. POLAK en M. SCHELTEMA voor de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging (NJV) van 1979; zie ook: KOOPMANS, T., «Beginnels van wetgeving», in *Beeld van een goede vriendschap (De Goede-bundel)*, Den Haag, VUGA, 1980, 123-133 en WIEBENGA, J.G.C., «Onze wetgeving: pleidooi voor een parlementair reveil», in *Ibid.*, 321-337; GEPPAART, C.P.A., «De rol van de wetgever in belastingzaken», in *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer, Kluwer, 1978, 95 e.v.; ROEVENS, A., «De rechtszekerheid, de billijkheid en de goede trouw, grondpijlers van het recht», in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen/Zwolle, Kluwer/Tjeenk Willink, 1982, 241-242.

¹⁹ *Bestuurswetenschappen*, 1980, 177-279; Aanwijzingen van de Minister-President inzake de wetgevingstechniek 1972, *Staatscourant*, 1973, nr. 2 en 4; Rapport van de werkgroep Polak, «Verkenning van enige problemen rond de coördinatie en harmonisatie van wetgeving», *Staatscourant*, 1979, nr. 49 en dergelijke meer.

²⁰ Vgl. BÖHTLINGK, F.R. en LOGEMAN, J.H.A., *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1966, 144-45 en VAN GERVEN, W., *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent/Zwolle, Story Scientia/Tjeenk Willink, 1983.

ook een materieel gelegitimeerde titel. Dit lijkt mij een eis van zorgvuldigheid in de wetgeving. Ik denk in dit verband aan art. 49a Werkloosheidswet, een bepaling die het aan de Kroon overlaat op voor deze wet essentiële punten als de verzekering en de uitkering voor bepaalde groepen van personen van de formele wet afwijkende regels te stellen. Formeel is zo'n delegatie in orde; materieel rijst de vraag of dergelijke jegens rechtssubjecten zo ver strekkende maatregelen niet bij wet in formele zin behoren te worden vastgesteld.

Een zorgvuldige en evenwichtige belangenafweging eist van de wetgever, dat hij in zijn beschouwingen betreft het belang dat velen erbij hebben het sociale zekerheidsstelsel niet in ombuigende zin te wijzigen. Dit belang dient vervolgens afgewogen te worden tegen de belangen die de wetwijziging beoogt te dienen. Deze belangenafweging kan erin resulteren dat aan de nieuwe wet in meerdere of mindere mate eerbiedigende of uitgestelde werking wordt toegekend met betrekking tot onder het oude recht ontstane rechten en uitzichten. In abstracto kan dit uitgangspunt op gespannen voet komen te staan met het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel beoogt te waken tegen willekeurig onderscheid, tegen verschil in behandeling zonder redelijk motief. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de wetgevingspraktijk zal vaak eerder tégen de bescherming van verkregen rechten of uitzichten pleiten dan er voor. Wanneer een stelselwijziging een beperking inhoudt in de ontwikkeling van de uitkeringshoogte of in het verstrekkingenpakket, zal immers de eerbiedigende of uitgestelde werking van die wijziging jegens het oude recht tot gevolg hebben, dat mensen in feitelijk gelijke omstandigheden uiteenlopende aanspraken hebben.

10. Een beroep op verworven rechten of verkregen uitzichten zou theoretisch het best en het meest direct verdedigd kunnen worden met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. In de Duitse Bondsrepubliek is sedert een jaar of tien een discussie gaande over wat men daar noemt «das Verwaltungsrechtsverhältnis» of «das Sozialrechtsverhältnis»²¹. Men poogt daar deze rechtsverhouding nader te omlijnen, zoals ook de positie van twee partijen bij een duurovereenkomst of een andere civielrechtelijke duurverhouding omlijnd is. In de nog tastenderwijze haar weg zoekende theorie wordt de wetgever terughoudendheid opgelegd ten aanzien van eenmaal aangegane verhoudingen die procesmatig via interactie van uitvoerende macht en rechtsgenoot verlopen. Op die verhoudingen is in beginsel het recht van toepassing dat geldt op het moment van aanvang van de verhouding. Deze conceptie is een totaal andere dan die welke de bevoegdheid van het uitvoeringsorgaan op een concreet beslissingsmoment als wezenlijk aanmerkt en waarin het in de wet aangegeven beslissingsmoment doorslaggevend is voor de vraag welk recht toegepast

moet worden²². In Nederland komt men vergelijkbare denkbelden tegen in de discussie over de verschuiving van verticale naar horizontale rechtszekerheid, van de autoriteitsverhouding overheid/onderdaan naar de gelijkheidsrelatie bestuurder/bestuurde. In dit verband merkte A.M. Donner op: «Wij staan voor de gevaarlijke paradox dat de toegenomen overheidsbemoeiing enerzijds is uitgelopen op een verstatelijke samenleving, waarin bestuurbaarheid en wendbaarheid nodiger zijn dan ooit, zodat de verticale trek in de rechtsvorming onmisbaar lijkt, maar anderzijds ook heeft geleid tot een vermaatschappelijke staat, waarin overleg en verkregen posities normaal zijn, zodat de rechtsvorming een duidelijke horizontale trek gaat vertonen. In de leer van de «openbare financiën» en onder economen in het algemeen wordt die paradox reeds jaren besproken, zij het in een voor juristen wat ongewoon spraakgebruik. Het wordt hoog tijd dat de bestuurskunde en het publiekrecht er ook eens aandacht aan besteden»²³. Rechtsbeginselen zijn er niet om overheidsbeleid onmogelijk te maken. Ik meen dan ook dat het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel niet als vanzelf de bescherming van verworven rechten en verkregen uitzichten impliceren. Wel meen ik dat deze beginselen de wetgever verplichten uitdrukkelijk aandacht te schenken aan de vraag naar eerbiedigende of exclusieve werking van stelselwijziging in de theorie van Hijmans van den Bergh, dan wel onmiddellijke, uitgestelde of juist geen werking van nieuw jegens oud recht in de theorie van De Die. Voorts leiden deze beginselen er m.i. toe dat terugwerkende kracht van wetgeving geen regel, maar een uitzondering behoort te zijn²⁴.

Algemene beginselen helpen ons dus ook al niet zoveel verder voor een duidelijk antwoord op de vraag naar de betekenis van verkregen rechten en uitzichten.

11. Kunnen dan ten slotte aan de hand van concrete stelselwijzigingen aanknopingspunten gevonden worden ter beantwoording van de vraag waarvoor wij onszelf geplaagd hebben? Als uitgangspunt betrek ik daarbij de stelling dat het belang van de billijkheid die van de stelselwijziging wordt verondersteld, moet worden afgewogen tegen dat van de rechtszekerheid, ontleend aan het vertrouwen dat de oude wet haar gelding zou behouden. Stel dat een stelselwijziging betrekking heeft op de kring van rechthebbenden: in de sociale verzekeringswetgeving een beperking in de kring van verzekerden. Verzekering op zichzelf levert nog geen rechten op, doch hoogstens een uitzicht op een prestatie. In het algemeen kent het sociale verzekeringsrecht slechts een voorwaardelijk recht op een prestatie van een uitvoeringsorgaan. Is aan de voorwaarden voldaan,

²¹ Zie KRAUSE, P., e.a. *Das Sozialrechtsverhältnis*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, XVIII, Kassel, 1979; Vgl. ook DE LEEDE, L.J.M., «Normstelling in de sociale zekerheidswetgeving», in *Regel en Praktijk (Van Wijnbergen-bundel)*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 84 e.v.

²² Vgl. ook BURKENS, M.C. en STROINK, F.A.M., «Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming», *NJB*, 1980, 743-750; *Bestuurswetenschappen*, 1980, 177-279.

²³ DONNER, A.M., «Wetgeving en rechtspraak; de getrouwheid van de rechter aan de wet», *Bestuurswetenschappen*, 1980, 231.

²⁴ Vgl. behalve de in noot 16 vermelde literatuur ook: PRAST, H., *Terugwerkende kracht op het gebied van de belastingwetgeving*, Geschriften Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 150, Deventer, Kluwer, 1978; DUK, W. en JEUKENS, H.J.M., *Terugwerkende kracht*, Geschriften VAR, Haarlem, Tjeenk Willink, 1965.

dan bestaat er een recht op een prestatie; wordt vervolgens de kring van verzekerden beperkt, dan zal die wijziging in beginsel de bestaande prestatie-rechten moeten respecteren. Als argument daarvoor geldt, dat alle beginselen die wij in de voorafgaande overwegingen de revue lieten passeren in die richting wijzen. Is slechts sprake van een uitzicht op een prestatie, dan is de rechtspositie van de individuele rechtsgenoot nog zo weinig concreet bepaald, dat de veronderstelde billijkheid van de stelselwijziging een inbreuk op het vertrouwen dat de oude wet haar gelding zou behouden rechtvaardigt. Dit spreekt te meer wanneer de nieuwe wet compenserende maatregelen bevat voor degenen die van de verzekering worden uitgesloten. Is het uitzicht op prestatie weliswaar geen recht, maar vormt het als het ware een ten dele opgebouwd recht, zoals bij pensioenaanspraken en in iets geringer mate bij de Algemene Ouderdomswet het geval is, dan zou bij beperking van de kring van verzekerden het opgebouwde deel van het recht behouden moeten blijven voor de individuele rechtsgenoot uit hoofde van het equivalentiebeginsel, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel (vgl. ook paragraaf 7).

Bij wettelijke beperkingen in de prestaties — en daar gaat het in de tachtiger jaren in hoofdzaak om — wijzigt het rechtsregime van de inhoud van de aanspraak. Lopende uitkeringen en verstrekkingen alsook opgebouwde aanspraken in een opbouwstelsel verdienen in een verzekeringsstelsel in beginsel eerbiediging. Toch kunnen juist het solidariteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel tegen een dergelijke eerbiediging pleiten. Wellicht moet men in dit verband stellen dat naarmate wetswijziging dieper ingrijpt in de positie van een actuele of potentiële rechthebbende, en dat is in het algemeen bij langlopende uitkeringen het geval, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel een grote geleidelijkheid eisen in wetswijzigingen. Immers juist dan is er door de rechthebbende in zijn gehele levenssituatie rekening gehouden met het oude recht: hij heeft juist met het oog daarop bepaalde handelingen verricht of nagelaten. Gaat het om een uitzicht op een prestatie die op het moment van wetswijziging niet tot een te concretiseren, individueel bepaalbaar recht leidt, dan heeft de wetgever naar mijn oordeel een groter vrijheid. Naarmate een stelselwijziging gerealiseerd wordt op een verder in de toekomst gelegen tijdstip, zo zou ik aan deze overwegingen willen toevoegen, dan is er te minder reden voor eerbiediging van het oude recht door het nieuwe recht. Dan gaat de billijkheid van de nieuwe regeling voor op de rechtszekerheid gebaseerd op de oude regeling.

Bij sociale zekerheidsregelingen waarin tegenover prestatie-aanspraken van de rechthebbende geen directe premiebetalingen staan, behoeft de wetgever bij wijziging van de kring van rechthebbenden ten hoogste lopende uitkeringen of verstrekkingen te eerbiedigen. Bij beperkingen in de prestaties gaat de billijkheid van de wijziging voor op de rechtszekerheid krachtens het oude regime.

Ten slotte merk ik in dit verband nog op dat een beroep op verworven rechten of verkregen uitzichten als gevolg van de toepassing van algemene rechtsbeginselen van belang kan zijn bij striktere uitleg van wetsbepalingen die eerder ruimer werden uitgelegd. Daar moet men wel aan toevoegen dat de rechter een beleidswijziging, mits zorgvuldig voorbereid, toegepast en uitgevoerd, aanvaardbaar acht. Of algemene beginselen de toepassing van de wet in een

concreet geval kunnen verhinderen, wordt blijkens de jurisprudentie te dier zake door de omstandigheden van het concrete geval bepaald²⁵.

Ruiter heeft drie niveaus onderscheiden waarop operaties tot ombuiging of wijziging van stelsels van wettelijk gewaarborgde rechten zich kunnen bewegen:

- 1) het hoogste niveau: dat van de funderende waardenprincipes;
- 2) het middenniveau: dat van de overheidsdoelstellingen, en
- 3) het laagste niveau: dat van de conditionele aanspraken en plichten²⁶.

Hoewel in zijn opvatting het vertrouwensbeginsel zich op geen van die niveaus definitief verzet tegen wijzigingen van het stelsel van sociale zekerheid, lijkt hij van mening te zijn, dat dit beginsel bij stelselwijzigingen op het laagste niveau eerder eerbiediging van verworven rechten en verkregen uitzichten eist, dan bij stelselwijziging op het hoogste niveau. Het vertrouwensbeginsel eist zijns inziens van de wetgever, dat deze bij concrete wijzigingen nauwkeurig aangeeft op welk niveau veranderingen beoogd worden.

De wijzigingen van het sociale zekerheidsstelsel die thans aan de orde zijn, bewegen zich in hoofdzaak op het hoogste en het middenniveau zoals door Ruiter onderscheiden. «Systeemfouten» zijn al eerder uit het stelsel verwijderd. Heroriëntatie van waardenprincipes en van doelstellingen betekent, dat een beroep op verworven rechten en verkregen uitzichten nauwelijks enige bescherming kan bieden tegen stelselwijzigingen.

12. Ik concludeer. Een dwingend-logisch of een dwingend-normatief argument voor de eerbiediging van verkregen uitzichten of verworven rechten hebben we niet gevonden. Uiteindelijk zullen binnen de ruime grenzen van het internationale recht praktische en billijkheidsmotieven geënt op (a) de waardenbeginselen die aan het sociale zekerheidsstelsel ten grondslag liggen én (b) naar wetgeving ingekleurde algemene rechtsbeginselen én (c) de doelstellingen van het overheidsbeleid, de betekenis moeten bepalen van wat als verworven recht of verkregen uitzicht wordt aangediend. Een beroep op verworven rechten of verkregen uitzichten heeft een conserverende werking ten aanzien van het bestaande stelsel. Het rechtsgehalte van dat beroep is echter zeer gering. Sterker nog, een hardnekkig beroep op bescherming van verworven rechten en verkregen uitzichten kan uiteindelijk de grondslagen en de beginselen van het stelsel aantasten: geen conserverende, maar een perverterende werking. Binnen het raam van economische moge-

²⁵ Vgl. CRvB, 18 februari 1975, *NJ-AB*, 1975, 243 (St.); HR, 12 april 1978, *NJ* 1979, 533 (M.S.) en HR, 23 maart 1979, *NJ*, 1979, 534 (M.S.); zie daarover ook GEPPAART, Ch.P.A., «De doorbraak van buitenwettelijk recht», *WFR*, 1979, 205-218 en de daar vermelde literatuur.

²⁶ RUITER, D.W.P., «Wettelijke ombuiging en het vertrouwensbeginsel», *Bestuurswetenschappen*, 1982, 24-31, ook opgenomen in VELDKAMP, G.M.J., (red.), *Ombuigingen in de sociale zekerheid*, Deventer, Kluwer, 1983, 347-357; zie voor een toetsing van ombuigingsvoorstellen op het terrein van de sociale zekerheid aan rechtvaardigheidstheorieën: DE BEUS, J.W. en LENING, P.B., «Heroverwogen sociale zekerheid en beginselen van rechtvaardigheid», *Economisch-Statistische Berichten*, 1982, 178-185.

lijkheden en demografische ontwikkelingen zou die bescherming ertoe kunnen leiden dat gewijzigde maatschappelijke opvattingen als die over de gelijkberechtiging van mannen en vrouwen, van gehuwden en ongehuwden, hetzij in het sociale zekerheidsstelsel geen vorm kunnen krijgen, hetzij het fundament van een rendabele volkshuishouding onder de sociale zekerheid wegslaan. In het laatste geval is de sociale zekerheid nog maar een constructie op papier! Met betrekking tot arbeidsongeschiktheid en werkloosheid betekent een behoud van verkregen uitzichten en verworven rechten een belemmering voor een grondige heroriëntatie van het stelsel: men legt het accent zo principieel op de prestaties in het gegeven stelsel, dat de preventie respectievelijk het wegnemen van de «schadeoorzaak» buiten het gezichtsveld komt te liggen²⁷.

Van wijziging tot wijziging zal bepaald moeten worden of in concreto het nieuwe recht het oude zal eerbiedigen. De rechter heeft in wetgeving, jurisprudentie en literatuur enige aanknopingspunten. De wetgever heeft zulke aanknopingspunten in veel geringere mate ter beschikking, alle wetgevingsleer ten spijt.

Nadenken over het stelsel van sociale zekerheid in termen van het civielrechtelijk eigendomsrecht is een aardig denk-experiment. Het is echter een experiment, waarbij zodanig van de werkelijkheid is geabstraheerd, dat aan de resultaten van het experiment geen enkele realiteitswaarde toekomt²⁸.

Prof. dr. E.P. de JONG

²⁷ Zie bijvoorbeeld de denkbeelden van J. VIAENE, D. LAHAYE en J. VAN STEENBERGE o.a., *Chroniques de Droit social/Sociaal-rechtelijke Kronieken*, 1983, 69 e.v. en 158 e.v. en van J. VIAENE, L. MAROY en M. VANDEWEERT, B.T.S.Z., 1982, 747 e.v.

²⁸ Bovenstaand preadvies is een bewerking van een inleiding bij gelegenheid van de oprichtingsvergadering van het Nederlands Genootschap voor Sociale Zekerheid (zie *SMA*, 1980, 894-903, ook opgenomen in de in noot 26 genoemde verzamelbundel onder redactie van VELDKAMP, G.M.J., 333-345).

DE STRAFRECHTELIJKE BESCHERMING VAN PRIVAATEIGENDOM

Inleiding

1. De vraag of privaateigendom nog strafrechtelijk wordt beschermd kan door een penalist wel bezwaarlijk anders dan met een volmondig «ja», worden beantwoord. Het volstaat daartoe niet alleen te verwijzen naar de talrijke bepalingen die de aantastingen van de «eigendommen» be- teugelen, zowel in de desbetreffende titel X van het Straf- wetboek als in talrijke bepalingen van de bijzondere wet- ten. De gerechtelijke statistieken tonen bovendien aan, dat de vermogensdelicten het belangrijkste aandeel hebben in de delinquentie in het algemeen.

In Nederland bedroeg dit aandeel tussen 1970 en 1974 tussen 71,7 en 77,5 %¹, in Baden-Württemberg vormde diefstallen in 1968 57,19 % van de criminele statistiek². Bij gebreke aan nauwkeurige statistische gegevens voor ons land kan verwezen worden naar de rede uitgesproken door procureur-generaal V. Van Honsté op de plechtige ope- ningszitting van het Hof van Beroep te Brussel op 1 sep- tember 1972³. Dat de in deze rede tot uitdrukking gebrach- te verontrusting betreffende de evolutie van zware misda- digheid, inzonderheid van de aanslagen tegen de eigendom- men gepaard gaande met gewelddaden tegen personen, nog steeds even actueel is, blijkt uit het feit dat het aantal dief- stallen met verzwarende omstandigheden helaas nog steeds een stijgende tendens vertoont: tussen 1973 en 1982 bv. steeg het aantal door de rijkswacht vastgestelde dergelijke diefstallen van 10.025 tot 38.924⁴. Een strafstelsel zonder bescherming van de eigendommen lijkt dan ook meer dan ooit ondenkbaar.

2. In het licht van de gesuggereerde ondertitel («De prio- ritaire bescherming van de personen? Is er nog mogelijk- heid en belangstelling voor de bescherming van goede- ren?») is het natuurlijk mogelijk, en zelfs waarschijnlijk, dat men een discussie heeft willen uitlokken over de ver- houding tussen de bescherming van personen en goederen, over mogelijke verschillen in de strafrechtelijke behan- deling van privaateigendom en andere mogelijke eigendoms- vormen. Wat het «sein» en het «sollen» ter zake betreft moet de penalist in aanzienlijke mate verstek laten gaan, vooral i.v.m. de laatste vraag, die duidelijk ligt op het ter- rein van de rechtsfilosofie en van de verschillende ideologi- sche opvattingen over het eigendomsrecht, ja over de maats- chappij in het algemeen. Toch lijkt het mij niet van belang ontbloot een poging te ondernemen om enkele punten dui- delijk te stellen, al was het maar om elke twijfel uit de weg

te ruimen betreffende de principiële stellingen — al dan niet aanvechtbaar of aangevochten — waarop ik mij voorneem mijn verder betoog te grondvesten.

Eigendomsrecht of eigendomsordening?

3. Ten eerste dient de nadruk te worden gelegd op het feit dat het strafrecht, in welk politiek of economisch stelsel ook, *niet het eigendomsrecht als dusdanig beschermt, maar wel de bestaande eigendomsordening*⁵. Radbruch drukt dit als volgt uit: «Eigentum ist eine apriorische Rechtskatego- rie (...)» eine für die rechtliche Betrachtung unentbehrliche Denkform. An jede Rechtsordnung kann in Bezug auf jede Sache sinnvoll die Frage gerichtet werden, wer ihr Eigentü- mer sei⁶.» Zelfs in het Sovjetrecht wordt eigendom om- schreven als «het recht om het goed te bezitten, te gebrui- ken en erover te beschikken binnen de door de wet bepaal- de perken»⁷ en wordt het strafrechtelijk beschermd.

Welke eigendomsvorm?

4. Ten tweede moet erop gewezen worden dat onze gel- dende rechtsorde geen andere vorm van eigendomsrecht kent dan de privaateigendom. Een enkele uitzondering be- treft misschien de goederen van het openbaar domein, maar dat is nog niet zeker, want voor vele auteurs en naar luid van talrijke rechterlijke beslissingen sluiten de specifiek domaniale rechten, ofschoon ze er niet mee samenva- len, de eigendom niet uit⁸. Bij gebrek aan andere eigen- domsvormen, zoals bv. de «socialistische eigendom» in de «socialistische» staten, kan deze eigendom niets anders zijn dan het gewone privaatrechtelijke eigendomsrecht.

Eigendom of vermogen?

5. Een derde vaststelling dringt zich op: ons strafrecht beschermt niet alleen de bestaande eigendomsordening in de enge betekenis van het zakelijk recht eigendom, maar wel in de ruime betekenis van de «goederen». De benaming van titel IX van het Strafwetboek («misdaden en wan- bedrijven tegen eigendommen», «crimes et délits contre les propriétés») zou dan ook beter luiden: «misdaden en wan- bedrijven tegen de goederen» als «het geheel van de vermo- gensrechten die aan een bepaald rechtssubject toebeho- ren»⁹. Dit laatste blijkt niet alleen uit de gangbare term «vermogensmisdrijven», maar ook uit afzonderlijke bepa- lingen uit het Strafwetboek zelf: terwijl art. 461 (diefstal)

¹ Nederlandse justitiebegroting voor 1976, geciteerd door HEIJ- DER, A., «De strafrechtelijke bescherming van eigendom», *Rechts- geleerd Magazijn Themis*, 1976, 357.

² Cijfers aangehaald door LAMPE, E.J. «Eigentumsschutz im künftigen Strafrecht», in *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpoli- tik*, herausgegeben von Carl Heymans Verlag, Köln, 1971, 70.

³ VAN HONSTÉ, V., «Bedenkingen over de bestrijding van de zware misdadigheid», *R.W.*, 1972-73, 241-282.

⁴ Deze cijfergegevens werden mij bereidwillig meegedeeld door Lt. kol. BRUGGEMAN, directeur der operaties inzake gerechtelijke politie bij de Generale Staf van de Rijkswacht, die ik hiervoor oprecht dank.

⁵ Over het onderscheid tussen eigendomsbegrip en eigendomsor- dening, zie o.m. DERINE, R., VAN NESTE, F., en VAN DEN BER- GHE, H., *Zakenrecht*, Antwerpen/Amsterdam, Standaard Weten- schappelijke Uitgeverij, 1974, II, A, 281 e.v.

⁶ G. RADBRÜCH, *Rechtsphilosophie, 8e Auflage, herausgegeben von E. WOLF und H.P. SCHNEIDER*, Stuttgart, K.F. Koehler Ver- lag, 1973, 230.

⁷ Algemene beginselen van de burgerlijke wetgeving van de U.S.S.R. en de unierepublieken van 8 december 1961, art. 19.

⁸ DERINE, R., VANNESTE, F. en VAN DEN BERGHE, H., o.c., I, A, 171-172.

⁹ *Ibid.*, I, A, 2/0.

het slechts heeft over «zaken»¹⁰, vermelden de opsommingen van de art. 491 (misbruik van vertrouwen) en 496 (oplichting) goederen die geen zakelijke rechten zijn, zoals «verbintenissen», «kwijtingen» en «schuldbevrijdingen».

Dit betekent vanzelfsprekend niet dat alle vermogensrechten strafrechtelijk beschermd worden, zelfs wanneer men zowel het Strafwetboek als de bijzondere strafwetten bekijkt. Dit zou overigens in strijd zijn met het subsidiariteitsbeginsel van het strafrecht: burgerlijk onrecht is nog niet per se strafwaardig, en dat is ook maar best zo. Het betekent alleen dat de strafrechtelijke bescherming van de «eigendommen» zich niet beperkt tot de goederen die het voorwerp vormen van een (zakelijk) eigendomsrecht.

Welk vermogensbegrip ?

6. Wat het strafrechtelijk vermogensbegrip betreft, d.w.z. het door vermogensmisdriven gekrenkte rechtsgoed, hebben in de laatste decennia o.m. in de Duitse rechtsleer drukke controverses plaatsgehad. Schmidhäuser¹¹ beschouwt het door Otto¹² voorgestelde «*persoonlijk vermogensbegrip*» als het «huidige eindpunt van een sedert tientallen jaren aanslepende discussie», waarvan «in rechtspraak en rechtsleer steeds meer de juistheid tot uiting komt». Dit «persoonlijk vermogensbegrip» onderscheidt zich van het louter juridische (het vermogen als de som van alle vermogensrechten en -plichten) en van het louter economische (het vermogen als de som van alle activa, waarvan de waarde in geld uitdrukbaar is, na aftrek van de passiva) doordat het de persoon centraal stelt en in de aantasting van het vermogen in de eerste plaats een aantasting ziet van de persoon in zijn individuele handelsvrijheid.

7. Dit aan het strafrecht eigen persoonlijk vermogensbegrip biedt vele voordelen. Op theoretisch vlak komt het tegemoet aan de huidige tendens die de voorrang wil verlenen aan de bescherming van de persoon. Het lijkt overigens volledig in overeenstemming te zijn met de moderne verklaringen en verdragen betreffende de grondrechten. Uit de voorbereidende teksten van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 blijkt dat, ofschoon het wegens het bestaan van verschillende economische regimes niet mogelijk bleek de omvang te bepalen van de eigendom, waarop ieder individu recht heeft, het in art. 17 vastgelegde recht toch werd gezien «in functie van de bevrediging van de fundamentele vereisten van een menswaardig bestaan dat ertoe strekt de waardigheid van het individu en van zijn gezin in stand te houden»¹³. Ook art. 1 van het eerste protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden¹⁴ vangt

aan met de woorden: «Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom.».

8. Ook op praktisch vlak biedt het persoonlijk vermogensbegrip talrijke voordelen, zelfs indien men een ogenblik de omstandigheid buiten beschouwing laat, dat zeer talrijke vermogensdelicten rechtstreeks gepaard gaan met vaak zware aanslagen tegen de lichamelijke gaafheid en de individuele vrijheid van de personen, en het onderscheid tussen «aanslagen tegen de personen» en «aanslagen tegen de eigendommen» bijgevolg in de praktijk van elke dag steeds aan belang inboet. Een doorslaggevende reden om te opteren voor een vermogensbescherming eerder dan voor een eigendomsbescherming is het feit dat heden ten dage de belangrijkste vermogensbestanddelen niet meer uit zakelijke rechten bestaan¹⁵. Een reden om zich in het strafrecht niet te baseren op een zuiver juridisch of economisch vermogensbegrip is dat deze begrippen te abstract en te weinig persoonsgebonden zijn. In het licht van het economisch vermogensbegrip bv. zou iedere wegneming straffeloos kunnen plaatshebben, wanneer het weggenomen voorwerp door een economisch gelijkwaardig vermogensbestanddeel in het vermogen van het slachtoffer zou worden vervangen¹⁶. Welnu, volgens het persoonlijk vermogensbegrip zoals het wordt voorgesteld door Otto moet een vermogensbestanddeel, om een vermogenswaarde te hebben, *objectief* het voorwerp van een economische verhouding *kunnen* zijn: het is echter strafrechtelijk niet relevant dat het in concreto, bv. op het ogenblik waarop het weggenomen, verduisterd, beschadigd of vernield wordt, een bepaalde in geld uitdrukbare waarde heeft. Door de persoon van het slachtoffer in dit opzicht centraal te stellen wordt bv. de gebruikswaarde niet opgeofferd ten voordele van de ruilwaarde, en kunnen ook voorwerpen die voor de eigenaar slechts een affectieve waarde hebben, tot zijn vermogen gerekend worden¹⁷. Anderzijds is het denkbaar, dat bepaalde goederen die voor de eigenaar geen enkele waarde meer hebben (noch vermogenswaarde, noch gebruikswaarde, noch affectieve waarde), geen strafrechtelijke bescherming zouden genieten¹⁸.

Samenvatting

9. Laten we de uitgangspunten nog even recapituleren:

1° een strafrechtelijk stelsel zonder bescherming van goederen is ondenkbaar;

2° een strafrecht beschermt niet het (abstracte) eigendomsrecht, maar de in de maatschappij heersende eigendomsordening, die in onze maatschappij berust op de privaateigendom;

3° het strafrecht beschermt evenmin de abstracte instelling van de privaateigendom, maar wel de «goederen», d.i. het vermogen van de burgers;

4° het vermogensbegrip dat door het strafrecht moet worden gehanteerd, is het persoonlijk vermogensbegrip, dat de persoon centraal stelt en een aanslag «op de goederen» in laatste instantie beschouwt als een aanslag op de

¹⁰ Een term die overigens meer en meer in de zin van «vermogenswaarde» wordt uitgelegd, bv. in een van de laatste arresten betreffende diefstal van elektrische energie, Cass., 23 september 1981, *R.D.P.*, 1982, 261, noot.

¹¹ SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Besonderer Teil*, Tübingen, Mohr, 1983, 112-113.

¹² OTTO, H., *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, 26-84.

¹³ VERDOODT, A., *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Parijs, Ed. Nauwelaerts, 1964, 170-175.

¹⁴ Wet van 13 mei 1955, *B.S.*, 19 augustus 1955.

¹⁵ BAUMANN, J., «Ueber die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes», *JZ*, 1972, 4.

¹⁶ BAUMANN, J., *o.c.*, 5.

¹⁷ OTTO, H., *o.c.*, 66-67.

¹⁸ LAMPE, E.J., *o.c.*, 76.

individuele handelingsvrijheid van de persoon *via* zijn goederen.

Welke vermogenskrenkingen zijn strafbaar?

10. Vanzelfsprekend kunnen niet alle onrechtmatige krenkingen van andermans vermogen door het strafrecht gesanctioneerd worden. In vele gevallen volstaat de burgerlijke sanctie, nl. de schadevergoeding. De grens tussen burgerlijke en strafrechtelijke behandeling is een probleem van wetgevend beleid, dat zal moeten bepalen welke vermogenskrenkingen uitsluitend de particuliere sfeer, en welke de openbare orde raken.

Zoals onderstreept wordt door Heijder¹⁹ wordt dit niet anders «door in de aangetaste rechtsorde niets anders dan de projectie van de benadeelde te zien» (opvatting van de commissie vermogensstraffen waarmee de aangehaalde auteur overigens niet instemt). Het wordt evenmin anders wanneer men de «aanslagen op de goederen» in het licht ziet van het «persoonlijk vermogensbegrip». Ik zou zelfs durven te zeggen: integendeel, vooral wanneer de slachtoffers natuurlijke personen zijn.

Traditioneel echter zal het strafrecht, krachtens het subsidiariteitsbeginsel, slechts die aanslagen op de goederen beteugelen, die op een specifiek verwerpelijke wijze gepleegd werden of die de schending vormen van een bijzondere zorgplicht t.a.v. andermans vermogen, en die daarom op een algemene maatschappelijke afkeuring stuiten. In dergelijke gevallen kan het strafrecht zelfs als «ultima ratio» ingezet worden in het kader van zuiver civielrechtelijke verhoudingen, zoals bv. blijkt uit strafbaarstellingen als familieverlating (Sw., art. 391*bis*) en bedrieglijk onvermogen (Sw., art. 490*bis*). Of de grens in bepaalde gevallen terug naar het domein van de civielrechtelijke afdoening toe kan worden verlegd, zal later worden onderzocht.

Bestanddelen van het vermogen

11. Allereerst moet echter de vraag gesteld worden welke bestanddelen van het persoonlijk vermogen voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Het komt mij voor dat dit spectrum zo ruim mogelijk moet zijn, en in het bijzonder moet omvatten:

1° de goederen die voorwerp zijn van een zakelijk eigendomsrecht en door hun aard vatbaar zijn voor overdracht, gebruiksaanmatiging, beschadiging of vernieling;

2° de persoonlijke rechten in zoverre ze voorwerp zijn van een tastbare belichaming die ze eveneens vatbaar maakt voor overdracht, gebruiksaanmatiging, beschadiging of vernieling;

3° de intellectuele rechten, die eveneens immaterieel zijn, maar beschermd moeten worden tegen onrechtmatig gebruik, namaking en dgl.

Is het Belgisch strafrecht aangepast?

12. De vraag is nu in hoeverre het Belgische strafrecht een aangepast instrumentarium biedt om deze bescherming te verzekeren. Hier kan m.i. gesteld worden dat, wat de

misdrijven betreft waarvan het moreel bestanddeel in hoofdorde ligt in de bedoeling zich andermans zaken toe te eigenen (diefstal, afpersing, misbruik van vertrouwen, bedrog) of er een onrechtmatig gebruik van te maken (gebruiksdiefstal), de bestaande strafbaarstellingen, zoals ze door de rechtspraak worden geïnterpreteerd, als beschermingsinstrument volstaan. De al te casuïstische aanpak van de wetgever t.a.v. aanslagen tegen de goederen die worden ingegeven door het oogmerk een ander te verarmen of uit loutere vernielzucht (brandstichting, beschadiging en vernieling), heeft daarentegen tot gevolg dat de strafrechtelijke bescherming hier vele leemten vertoont. Wat de intellectuele rechten betreft is de toestand evenmin bevredigend: alleen auteursrecht en merkenrecht kennen strafrechtelijke sancties, octrooirecht en modellenrecht niet (met uitzondering voor de modellen ouder dan 1 januari 1975). Ten slotte moet de vraag gesteld worden of de verouderde wetgevingen ter zake (wet van 1 april 1879 voor merken en wet van 22 maart 1886 voor het auteursrecht) niet aan de hedendaagse omstandigheden aangepast zouden moeten worden en vooral of geen specifieke bescherming zou moeten worden ingevoerd van de informatie, opgeslagen dank zij de moderne technologieën, ter beteugeling dus van de zgn. computercriminaliteit.

Eén of meerdere strafbaarstellingen?

13. In verband met het strafrechtelijk instrumentarium is door sommigen de vraag gesteld of een casuïstische aanpak überhaupt noodzakelijk is, en of men bv. niet kan volstaan met één enkele strafbaarstelling te scheppen, die op abstracte wijze de wederrechtelijke vermindering van andermans vermogen of de wederrechtelijke verrijking ten koste van andermans vermogen zou beteugelen²⁰. Deze opvatting dient van de hand te worden gewezen. Weliswaar zou ze allerlei moeilijke afbakeningsproblemen, zoals die welke nu bestaan tussen diefstal en misbruik van vertrouwen bv. uit de weg te ruimen, maar anderzijds zou zij, zelfs indien de enige strafbaarstelling zich tot bedrieglijke en kwaadwillige handelingen zou beperken, ingevolge haar algemeenheid veel onrechtmatige daden omvatten, die niet als strafwaardig voorkomen en waarvoor de burgerlijke sancties kunnen volstaan.

Bovendien zou zij in strijd zijn met het persoonlijk vermogensbegrip, daar zij enkel oog heeft voor het geleden economisch nadeel en geen rekening houdt met de wijze waarop de persoon in zijn goederen wordt aangetast. Het belangrijkste argument tegen één «overkoepelende» strafbaarstelling, die alle aanslagen op het persoonlijk vermogen zou omvatten, is er echter een van crimineel-politieke aard: een dergelijke graad van abstractie in de strafbaarstelling laat inderdaad de criminologische en psychologische aspecten van de vermogensdelinquentie buiten beschouwing en maakt een beteugeling waarbij de persoonlijkheid van de dader centraal wordt gesteld, onmogelijk: de psychologie en de sociale gevaarlijkheid van de gewone dief, de gewelddadige dief, de oplichter, de bedrieger, de afperser, de brandstichter en de gewone vernielzuchtige zijn

¹⁹ HEIJDER, A., o.c., 371.

²⁰ OTTO, H., o.c., 344.

te verscheiden om in de concrete strafrechtsbedeling te kunnen worden opgevangen door één enkele strafbaarstelling²¹.

Indeling van de vermogensdelicten

14. Het behoud van de verscheidenheid van de strafbaarstellingen doet de vraag rijzen naar hun indeling. Hierbij kunnen verschillende maatstaven gehanteerd worden: het aangetaste rechtsgoed, de beweegredenen van de dader (oogmerk om zich andermans goed toe te eigenen, vernielzucht, enz.) of nog het gebruikte middel (geweld, bedrog, enz.). De Duitse rechtsleer gaat meestal in de eerste plaats uit van het aangetaste rechtsgoed: zo maakt Schmidhäuser in het raam van de «Straftaten gegen übertragbare Güter» het onderscheid tussen misdrijven tegen eigendom, toeëigeningsrechten, gebruiksrechten en vermogen. Pas in ondergeschikte orde wordt een indeling opgebouwd op grond van aard en wijze van de aantasting²². Om de bovenvermelde redenen van criminele politiek lijkt het mij echter aangewezen om de nadruk primair te leggen op de maatstaven die een aanwijzing verstrekken omtrent de sociale gevaarlijkheid van de dader: zijn beweegredenen en de middelen die hij heeft aangewend om het misdrijf te plegen. De eerder pragmatische aanpak van ons Strafwetboek is dan m.i. ook verkieslijk: door de uitdrukking «misdrijven tegen de goede en» te gebruiken duidt het op de bescherming van alle vermogens-elementen, zonder abstracte onderscheiden te maken tussen de aard van de aangetaste vermogensrechten (deze onderscheiden vloeien als het ware vanzelf voort uit het voorwerp van de verschillende misdrijven); in de verdere casuïstische opbouw van de vermogensmisdrijven kan vervolgens een onderscheid worden ontdekt naar gelang van de beweegredenen van de dader: hetzij de bedoeling om zich een zaak toe te eigenen (diefstal, afpersing en bedrog), hetzij om een zaak te beschadigen of te vernielen met het oogmerk iemand te verarmen of uit loutere vernielzucht (brandstichting, beschadiging en vernieling). De wijze waarop dit gebeurt en de aangewende middelen komen ten slotte aan bod in de omschrijving van de verschillende gewone en gekwalificeerde misdrijven. Hierdoor wordt het mogelijk de abstracte vermogensschending concreet te zien in het licht van de sociale gevaarlijkheid van de dader en een aangepast vervolgings- en sanctioneringsbeleid te voeren²³.

Aanpassing aan de technische ontwikkeling. Toeëigeningsdelicten

15. De casuïstische opbouw van de strafbaarstellingen heeft tot gevolg dat de hoven en rechtbanken de taak hebben het onderscheiden toepassingsgebied van de verschillende vermogensmisdrijven vast te stellen en ze onderling tegenover elkaar af te bakenen. Daarbij kan zich meer dan

eens de vraag voordoen of bepaalde nieuwe vormen van delinquentie, waaraan de wetgever in concreto niet heeft kunnen denken, onder de bestaande strafbaarstellingen vallen en of, door middel van de interpretatie van deze laatste, bepaalde leemten in het strafrechtelijk instrumentarium kunnen worden opgevuld.

In het algemeen kan worden vastgesteld dat de Belgische hoven en rechtbanken zich behoorlijk van deze taak hebben gekweten, waarbij tegelijkertijd rekening werd gehouden met de noodzakelijke aanpassing aan nieuwe vormen van delinquentie en met het wettelijkheidsbeginsel. Door het begrip «zaak» van Sw., art. 461 uit te leggen aan de hand van de maatstaven van «vatbaarheid voor private toeëigening» en van «materieel vaststelbare overdracht» werd het probleem van de bedrieglijke onrechtmatige toeëigening van elektrische energie, waarmee de buitenlandse rechtsleer en rechtspraak zo geworsteld hebben²⁴, op een m.i. elegante en verantwoorde wijze opgelost²⁵. Door een gestolen bankomatkkaart als een valse sleutel aan te merken²⁶ en door een geldopname van eigen ongedekte rekening door middel van een dergelijke kaart als diefstal te kwalificeren²⁷ heeft de rechter m.i. geopteerd voor een eigentijdse interpretatie zonder nochtans het wettelijkheidsbeginsel geweld aan te doen²⁸. In de gevallen waarin twijfel gerechtvaardigd was is, weliswaar soms laat-tijdig, de wetgever opgetreden, bv. door de invoering van de incriminatie van gebruiksdiefstal (wet van 25 juni 1964) en door de wijziging van Sw., art. 521 m.b.t. vernielingen (wet van 7 juni 1963) in de zin van een aanpassing van de in deze wetsbepaling opgesomde zaken in verband met de technische vooruitgang.

16. De wijze waarop aldus in ons land de aanpassing van het strafrecht aan de maatschappelijke en technische ontwikkeling heeft plaatsgehad — oordeelkundige interpretatie van de bestaande teksten, in progressieve of evolutieve zin zolang het redelijkerwijze met het wettelijkheidsbeginsel te verzoenen was, optreden van de wetgever in het tegengestelde geval — is m.i. in ieder geval te verkiezen boven de ongebreidelde vrijheid van de rechter om de strafbaarstellingen in het licht van de vermeende wil van de wetgever uitbreidend uit te leggen en op die wijze de mazen in het net van de strafbaarstellingen te dichten in naam van het zogenaamd beginsel van de «continuïteit van het strafrecht» dat

²¹ OTTO is overigens zelf geen voorstander van deze oplossing, maar maakt er enkel gewag van als een werkhypothese. In zijn besluit *de legeferenda* (o.c., 347-348) blijft hij ook vasthouden aan de klassieke vermogensdelicten.

²² SCHMIDHÄUSER, E., o.c., VII

²³ Over de indeling van de vermogensmisdrijven en de daarbij aangewende maatstaven zie o.m. RODRIGUEZ-DEVESEA, J.M., *De-recho penal español*, Madrid, 1980, 366-367.

²⁴ Zie bv. voor Duitsland KOHLRAUSCH, «Das 'Gesetz betreff, die Bestrafung der Entziehung der elektrischen Arbeit' und seine Vorgeschichte», *Zeitschr. ges. Strafrechtsw.*, 20. Band, 457. 510; voor Spanje, RODRIGUEZ-DEVESEA, J.M., o.c., 414, 543; voor Engeland GLANVILLE WILLIAMS, *Textbook of criminal Law*, London, Stevens & Sons, 1978, 684.

²⁵ Zie bv. Cass., 23 september 1981, *R.D.P.*, 1982, 261, en CONSTANT, J., *Manuel de droit pénal*, 2e partie, tome II, *Les infractions*, Luik, nr.1309, p. 326-327.

²⁶ Brussel, 22 maart 1973, *J.T.*, 1974, 65.

²⁷ Corr. Luik, 22 maart 1982, *Jur. Liège*, 1982, 319, noot PIEDBŒUF, F.

²⁸ Contra PIEDBŒUF in de noot onder het voormelde vonnis. Het Franse Hof van Cassatie besliste onlangs dat het hier geen diefstal betreft, maar enkel de «niet-naleving van een contractuele verplichting die onder geen enkele strafbepaling valt» (Crim., 24 november 1983, *R.D.S.*, 15.12.1983, Flash Dalloz).

door M.S. Cousin-Houpe wordt verdedigd²⁹. In naam van dit beginsel wordt gebruiksdiefstal in Frankrijk als diefstal betoogd³⁰ en zijn diefstal en misbruik van vertrouwen naar elkaar toegegroeid «peu importe l'acrobatie intellectuelle à laquelle il faille recourir; l'essentiel est de réprimer toute rétentio[n] qui manifeste la volonté de s'approprier la chose d'autrui³¹». Een dergelijke opvatting houdt m.i. een duidelijke miskenning van het wettelijkheidsbeginsel in. Het is de taak van de wetgever het strafrecht aan de maatschappelijke evolutie aan te passen.

17. Dit is in ons land tijdens de laatste decennia herhaaldelijk geschied. Zo werd door de wet van 17 december 1963 het misdrijf van bedrog bij het tanken ingevoerd³². Uit de parlementaire voorbereiding van deze wet³³ blijkt dat een juridische controverse was ontstaan in verband met de juiste aard van de praktijken die men door de wet wenste te beteugelen: sommigen meenden dat deze praktijken met een bedrieglijke wegneming konden worden gelijkgesteld, en dat Sw., art. 461 (diefstal) kon worden toegepast. De meerderheid van de commissieleden was echter van oordeel dat in dergelijke gevallen een koopcontract ontstaat waardoor vervolging wegens diefstal onmogelijk is. Ten slotte werd eenparig vastgesteld, «zonder dieper in te gaan op de gerezen juridische controverse», dat «een *einde moet worden gemaakt aan de bestaande rechtsonzekerheid* en dat het bijgevolg nuttig bleek wetgevend op te treden³⁴⁻³⁵». Door de wet van 25 juni 1964³⁶ werd de bedrieglijke wegneming van andermans zaak voor een kortstondig gebruik met diefstal gelijkgesteld. Ook hierdoor werd een einde gemaakt aan de aarzelingen die in de rechtspraak en rechtsleer waren ontstaan t.a.v. bedrieglijke wegnemingen waarbij het bijzonder opzet resulterend uit het oogmerk om de zaak niet terug te geven, afwezig was³⁷. Door de wet van 2 juli 1975 tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek met het oog op de bestraffing van gewapende roofovervallen en het nemen van gijzelaars³⁸ werd tegemoetgekomen aan de suggesties *de lege ferenda* die de toenmalige advocaat-generaal V. Van Honsté in zijn openingsrede van september 1972³⁹ had geformuleerd. Ofschoon tijdens de parlementaire bespreking werd betreurd dat de wetgever «de spijtige evolutie in een bepaald maatschappelijk gebeuren achterna hinkt» kon toch eveneens de bemoeigende vaststelling gedaan worden dat de parlementaire procedure desaan gaande — het wetsontwerp werd ingediend op 12 maart 1975 — op een voorbeeldig snelle wijze werd afgehandeld⁴⁰.

²⁹ COUSIN-HOUPPE, M.S., «Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens», *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.*, 1977, 779-794.

³⁰ *Crim.*, 3 maart 1959 en 19 februari 1959, *J.C.P.*, 1959, 11178.

³¹ COUSIN-HOUPPE, M.S., *o.c.*, 791-792.

³² *B.S.*, 10 januari 1964.

³³ *Parl. St., Kamer*, 1962-63, 20 juni 1963, 138 (B.Z. 1961) nr.3.

³⁴ *Ibid.*, 5.

³⁵ Zie verder, DE SMET, K., «Afzetterij» in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1962, 23 p.

³⁶ *B.S.*, 8 juli 1964.

³⁷ *Parl. St., Kamer*, 1963-64, 5 maart 1964, nr. 625/2.

³⁸ *B.S.*, 24 juli 1975.

³⁹ *Cf.* noot 3.

⁴⁰ *Parl. Hand., Senaat*, 1974-75, 19 juni 1975.

Beschadiging en vernieling

18. M.b.t. de toeëigeningsdelicten en inzonderheid m.b.t. diegene die met geweldpleging tegen personen gepaard gaan kan bijgevolg gezegd worden dat de wetgever zich naar behoren van zijn taak gekwetend heeft door het strafrechtelijk instrumentarium aan de noden van de tijd aan te passen. Hetzelfde kan echter niet gezegd worden van de misdrijven van beschadiging en vernieling. De strafbaarstellingen i.v.m. brandstichting zijn zeer ingewikkeld en volgens de ervaring van de praktijkmensen zeer moeilijk te hanteren. Wat betreft beschadiging en vernieling kan de vraag gesteld worden of door de huidige casuïstische aanpak van de wetgever niet te veel leemten ontstaan, en of één of meerdere strafbaarstellingen met een meer algemene draagwijdte dit euvel niet zouden kunnen verhelpen. Zo komt bv. in het Duitse strafwetboek een paragraaf 303 voor over «Sachbeschädigung», waarbij wordt bestraft al wie «rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört». Dat het hier om een klachtmisdrijf gaat is in de eerste plaats te verklaren door het legiteitsbeginsel dat de vervolging in de Duitse Bondsrepubliek beheerst. Een dergelijke algemene bepaling zou voorzeker belangrijke leemten opvullen: opzettelijke beschadiging van onroerende goederen zou op die wijze op algemene wijze strafbaar worden gesteld, en anderzijds zou een einde worden gemaakt aan het anachronisme dat erin bestaat dat opzettelijke beschadiging of vernieling van roerende goederen in vele gevallen slechts krachtens Sw., art. 559, 1°, met een geldboete van 10 tot 20 frank kunnen worden bestraft. De roerende goederen nemen in het vermogen van de personen in 1984 een veel grotere plaats in dan in 1867, en het betreft vaak zeer kostbare zaken, zoals bv. autovoertuigen, die in de huidige stand van de wetgeving slechts op zeer onvoldoende wijze worden beschermd tegen de zo veelvuldig voorkomende daden van vandalisme die meestal niet onder de bepaling van Sw., art. 521, derde lid, vallen (gehele of gedeeltelijke vernieling of onbruikbaarmaking met het oogmerk om te schaden). Een zekere casuïstiek in verband met de modus operandi (brandstichting, tot ontploffing brengen, overstroming, «gewone» beschadiging of vernieling) blijft wegens de nuttige aanwijzingen die deze laatste verschaft over de psychologie en de sociale gevaarlijkheid van de dader voorzeker noodzakelijk, maar de huidige casuïstiek in verband met het voorwerp van de beschadiging of vernieling, die men in de afdelingen II tot IX van hoofdstuk III van titel IX van het Strafwetboek aantreft, en die in vele opzichten als verouderd voorkomt, zou dringend up to date moeten worden gebracht.

De verscheidenheid van de sancties die voor de verschillende misdrijven bepaald zijn, en die vermoedelijk de belangrijkste oorzaak vormt van de bestaande casuïstische aanpak, was wellicht gerechtvaardigd in een tijd toen het sanctiesysteem nog weinig mogelijkheden tot individualisering bood. Dank zij de ruime gamma van mogelijkheden, waarover de rechter thans beschikt om de sanctie zowel aan de ernst van de feiten als aan de persoon van de dader aan te passen, komt deze verscheidenheid in de wettelijke sancties naar gelang van het vernielde of beschadigde object als grotendeels overbodig voor.

Gevaardsdelicten

19. Wellicht ware het ook aangewezen, naar het voorbeeld van het Duitse Strafwetboek⁴¹, niet alleen de daadwerkelijke vernieling of beschadiging strafbaar te stellen, maar ook het opzettelijk of onopzettelijk *in gevaar brengen* van belangrijke installaties, waarvan het goed functioneren essentieel is voor de bescherming van de lichamelijke gaafheid der personen, alsmede het in gevaar brengen van belangrijke vermogenswaarden, bv. door een voertuig te besturen in staat van dronkenschap of door andere zware inbreuken tegen de verkeerswetgeving. Deze vallen in ons stelsel wel onder bijzondere wetsbepalingen, maar worden in de Duitse Bondsrepubliek als een aantasting of gevaarstelling van fundamentele waarden behandeld en in het gemeene strafrecht opgenomen. De huidige technische ontwikkeling houdt inderdaad zoveel risico's in zich, dat de bestraffing van het louter in gevaar brengen van voormelde objecten door het gemeene strafrecht m.i. ten volle gerechtvaardigd is.

Onderscheid tussen aantastingen van de persoon en van het vermogen

20. De wet van 2 juli 1975⁴² heeft ertoe geleid dat aan het onderscheid tussen misdrijven tegen de «eigendommen» en misdrijven tegen de persoon, dat in de praktijk steeds aan belang verliest ten gevolge van de veelvuldige geweldplegingen⁴³, ook in het positieve strafrecht minder gewicht wordt toegekend. Deze evolutie ligt volledig in de lijn van een opvatting krachtens welke het strafrecht in de eerste plaats de personen moet beschermen, eerder dan abstracte maatschappelijke waarden zoals eigendom.

Het persoonlijk vermogensbegrip⁴⁴ kan eveneens vanuit hetzelfde gezichtspunt uitgelegd worden. Ons strafrecht kent echter een aantal bepalingen, waarin misdrijven tegen personen slechts als bijkomstige elementen voorkomen t.a.v. misdrijven tegen eigendommen, bv. als verzwarende omstandigheden. Dit kan juridisch-technisch gerechtvaardigd zijn in de gevallen waarin de aanslagen tegen de personen slechts een *modus operandi* vormen waardoor de bijzondere agressiviteit van de daders in het licht wordt gesteld, bv. in geval van diefstal met geweld of bedreiging. Wanneer echter bepaalde gevolgen t.a.v. personen, zoals zware verminkingen of a fortiori de dood, als verzwarende omstandigheden van vermogensmisdrijven aangetroffen worden, wordt hierdoor de hiërarchie van de door het strafrecht beschermde waarden dan niet op zijn kop gezet? Zou het daarom geen aanbeveling verdienen de artikelen 473, 474, 475 en 532 van het Strafwetboek naar titel VIII over te hevelen door bv. in Sw., art. 393 te bepalen dat doodslag met de dood wordt bestraft wanneer hij wordt gepleegd

- om diefstal of afpersing te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren (Sw., art. 475);

- om vernieling of beschadiging te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren (Sw., art. 532), en door de strafbaarstellingen betreffende opzettelijke slagen en verwondingen in overeenstemmende zin aan te vullen?

Intellectuele rechten

21. Wegens hun niet uitsluitend patrimoniaal, maar tevens moreel karakter komt aan de intellectuele rechten een bijzondere plaats toe in het persoonlijk vermogen. De band die tussen de persoon en het produkt van zijn geestelijk of artistieke bedrijvigheid bestaat, is er een van een totaal andere hoedanigheid dan de band tussen de persoon en zijn overige vermogens-elementen, die vaak gemakkelijk door gelijkaardige of gelijkwaardige objecten vervangen kunnen worden. Het betreft hier als het ware een projectie van de persoonlijkheid van de houder naar buiten uit, een stuk zelfverwezenlijking van de mens als denkend en scheppend wezen. Onder de optiek van het persoonlijk vermogensbegrip vormen aantastingen van intellectuele rechten dan ook zwaardere aantastingen van de persoon via zijn vermogen dan bv. diefstal of verduistering van gebruiksgoederen. Ofschoon ter bescherming van intellectuele rechten rechtsvorderingen wegens oneerlijke mededinging, vorderingen tot ophouden en dgl. onontbeerlijk zijn, lijkt een afdoende strafrechtelijke bescherming dan ook een noodzakelijkheid. Er werd reeds op gewezen⁴⁵ dat deze strafrechtelijke bescherming slechts fragmentair is. Octrooien worden niet beschermd; modellen evenmin, tenzij op grond van de Auteurswet van 22 maart 1886, indien zij ouder zijn dan 1 januari 1975, datum waarop de eenvormige Beneluxwet inzake tekening en modellen van 1 december 1970⁴⁶ van kracht werd⁴⁷. T.a.v. de merken bevat de eenvormige Beneluxwet van 30 juni 1969⁴⁸ geen strafbepalingen, maar werden de strafbepalingen van de oude Belgische wet van 1 april 1879 (artt. 8-15) in stand gehouden.

Sommige rechtsgeleerden twifelen aan deze noodzakelijkheid, wegens de grotere doeltreffendheid van de burgerlijke sancties, hetgeen tot gevolg heeft dat strafrechtelijke vervolgingen ter zake zeldzaam zijn⁴⁹. Niettemin werd door een resolutie van de Internationale Unie voor de bescherming van de literaire en artistieke werken (Unie van Bern) een aanbeveling gericht tot de lid-staten (waaronder België) om de uitoefening van de strafvordering te vergemakkelijken in geval van aantasting van het auteursrecht⁵⁰. Ook tijdens de 10e bijeenkomst van het permanent bureau van deze Unie en van het intergouvernementeel comité voor het auteursrecht (Unesco)⁵¹ werd deze wens nogmaals uitgesproken.

⁴⁵ Cf. nr. 12.

⁴⁶ B.S., 29 december 1973.

⁴⁷ Krachtens art. 25 van deze wet (overgangsbepalingen).

⁴⁸ B.S., 14 oktober 1969.

⁴⁹ Zie hiervoor het verslag van de Sixièmes journées juridiques franco-italiennes (19-22 juni 1969) gewijd aan de privaatrechtelijke aspecten van het auteursrecht, *Revue internationale du droit d'auteur*, L XIV, april 1970, 203 e.v.

⁵⁰ *Le droit d'auteur*, december 1960, 334.

⁵¹ Madrid 25.30 september 1961, *Le droit d'auteur*, november 1961, 318 e.v.

⁴¹ § 315, 316 e.v.

⁴² Cf. nr. 17.

⁴³ Cf. nr. 8.

⁴⁴ Cf. nrs. 6 tot 8.

22. In het licht van het voorgaande en van de stormachtige recente evolutie van de reproductietechnieken (door middel van klank- en videocassettes bv.) komt het mij voor dat een meer eenvormige en niet fragmentaire strafrechtelijke regeling t.a.v. de aantasting van alle intellectuele rechten zonder onderscheid welkom zou zijn. Wellicht zouden de desbetreffende strafbepalingen in het nieuwe Strafwetboek kunnen worden opgenomen, met het doel een grotere integratie van het «bijzonder strafrecht» in het gemene strafrecht te bevorderen⁵². Over de vraag of de aantastingen van de intellectuele rechten al dan niet klachtmisdrijven hoeven te zijn, zijn de meningen verdeeld⁵³, maar gezien het soms meer doeltreffend karakter van de civiel- en commercieelrechtelijke vorderingen ter zake lijkt het mij aangewezen deze inbreuken het karakter van klachtdelicten te laten behouden.

Gezien het grensoverschrijdend karakter van de delinquentie ter zake is een internationale aanpak op dit gebied echter geboden, zoals door B. De Schutter werd onderstreept voor het aanverwante gebied van de strafrechtelijke bescherming van het kunstpatrimonium⁵⁴. Internationale samenwerking met het oog op de verwezenlijking van de resoluties van de Unie van Bern en van de Unesco komt dan ook als noodzakelijk voor, ofschoon de moeilijkheden waarmee dit gepaard gaat, niet onderschat mogen worden⁵⁵.

Computercriminaliteit

23. Dat materiële zaken die informatie inhouden, voor bedrieglijke toeëigening vatbaar zijn, staat natuurlijk vast. Zo besliste het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 27 november 1981⁵⁶ dat de ambtenaar die in het bezit is van documenten die aan de Staat toebehoren met het oog op vertaling, en die een fotokopie van deze documenten maakt en ze in die vorm doorspeelt aan derden, verduistering heeft gepleegd omdat hij het precair bezit van de documenten heeft omgevormd in bezit «animo domini». Heijder⁵⁷ merkt echter terecht op dat opgeslagen informatie herhaalde malen kan worden gebruikt zonder substantieverlies. Informatie die onrechtmatig wordt afgelezen en gebruikt, blijft opgeslagen in de computer: de eigenaar ervan wordt bijgevolg niet van het bezit ervan beroofd, maar wel van zijn eventueel recht om er met uitsluiting van ieder ander gebruik van te maken of over te beschikken: we staan hier dus voor het merkwaardig verschijnsel dat het materieel bezit onaantast blijft, terwijl twee andere belangrijke bestanddelen van het eigendomsrecht, nl. het exclusief ge-

bruiks- en beschikkingsrecht, wel worden geschonden. Tenzij het zou gaan om een louter misbruik van andermans computer bv. door van de mogelijkheden die deze biedt gebruik te maken om er informatie voor eigen doeleinden in op te slaan, is assimilatie met diefstal van elektriciteit, gas, telefonische impulsen of dgl. daarom riskant in zoverre de rechtspraak in deze verbanden gebruik maakt van maatstaven zoals «vatbaarheid voor private toeëigening» en van «materieel vaststelbare overdracht»⁵⁸, en omdat deze maatstaven niet zonder meer toepasselijk zijn op informatie. Elektriciteit, gas, telefonische impulsen en dgl. worden immers *verbruikt*, de economische waarde die ze vertegenwoordigen, verdwijnt aldus uit het vermogen van hun eigenaar en hun substantie gaat teniet, hetgeen niet geldt voor informatie, tenzij het natuurlijk zou gaan om de materiële drager zelf waarin ze is opgeslagen⁵⁹. Eventueel zou de voorlopige inbezitting van de materiële dragers van informatie om ze bv. te fotokopiëren of op een andere wijze te reproduceren en zich daarna de informatie in die vorm toe te eigenen echter wel kunnen vallen onder de strafbaarstellingen van gebruiks-diefstal (Sw., art. 461, tweede lid). Masse formuleert zelfs de hypothese dat men hier zou kunnen spreken van gebruiks-diefstal van de computer zelf, maar twijfelt zelf aan de toepasselijkheid van deze incriminatie omdat «wegneming een verplaatsing van andermans zaak veronderstelt», hetgeen in casu niet het geval is. Deze auteur komt ook tot het besluit dat men t.a.v. de computercriminaliteit de uiterste grenzen van de toepassingsmogelijkheid van de klassieke vermogensincriminaties bereikt heeft⁶⁰.

24. Onrechtmatige toeëigening of misbruik van informatie heeft bevendien nog allerlei andere aspecten, zoals schending van het beroepsgeheim, inbreuk op de privacy van degene op wie de informatie betrekking heeft, aantasting van intellectuele eigendom in gevallen van industriële spionage misdrijf tegen de uitwendige veiligheid van de staat in geval van militaire spionage, enz. Computermanipulaties kunnen ook een middel zijn om andere vermogensmisdrijven te plegen dan onrechtmatige toeëigening van informatie: door ongeoorloofde ingrepen in computergestuurd giraal geldverkeer kunnen bv. aanzienlijke bedragen van hun rechtmatige bestemming afgewend worden. Sommige van deze nieuwe vormen van delinquentie kunnen door bestaande «klassieke» strafbaarstellingen worden opgevangen. Zo besliste de Krijgsraad te Antwerpen⁶¹ dat een rijkswachter die, buiten het geval waarin de wet hem ertoe verplicht, een uittreksel met computergegevens opgeslagen door de rijksmacht voor intern gebruik, aan de betrokkene afstaat, een door Sw., art. 458 strafbaar gestelde schending van het beroepsgeheim pleegt. Ongeoorloofde ingreep in

⁵² F. GORLÉ, «Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk?», in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 469 e.v.

⁵³ o.c., in noot 49; zie ook Lampe, E.J., o.c., 68.

⁵⁴ DE SCHUTTER, B., «De strafrechtelijke bescherming van het kunstpatrimonium: de nood aan een Europees perspectief», in: *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 1119 e.v.

⁵⁵ DOCK, M.C., «Les sanctions pénales des infractions au droit d'auteur commises à l'étranger», *Revue internationale des droits d'auteur*, LXV, juli 1970, 3-59.

⁵⁶ Brussel, 27 november 1981, *J.T.*, 1982, 43.

⁵⁷ HEIJDER, A., o.c., 361-62.

⁵⁸ Cf. nr.15.

⁵⁹ Het *Nederlands Juristenblad* van 26 november 1983 vestigt de aandacht op een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, waarin geoordeeld werd dat het kopiëren van informatie zonder toestemming van de eigenaar onder de strafbepaling «diefstal» valt op grond van de maatstaf dat computergegevens economisch waardeerbaar zijn (*NJB*, 1983, 1332).

⁶⁰ MASSE, M., «Le droit pénal spécial né de l'informatique», in *Informatique et droit pénal*, Parijs, Cujas, 1983, 21-33.

⁶¹ Vonnis van 2 augustus 1983 (onuitg.).

computergestuurd giraal geldverkeer zouden vermoedelijk elementen van diefstal, verduistering of oplichting kunnen opleveren, maar afbakeningsmoeilijkheden zijn hier niet uitgesloten. Sabotage van computers zou kunnen vallen onder de strafbepalingen inzake beschadiging en vernieling, indien deze werden aangepast zoals eerder reeds werd gesuggereerd⁶². Toch zijn de meeste specialisten in computer-criminaliteit de mening toegedaan dat de bestaande strafbepalingen niet werden opgesteld met de computer voor de geest, en dat daarom het probleem rijst of en in welke mate deze bepalingen erop toepasselijk zijn. Indien de bestaande strafrechtelijke bescherming niet bevredigend is, moeten nieuwe oplossingen worden gevonden. Al deze problemen moeten gezien worden in het licht van de internationale toepassing van de computertechniek⁶³. Sieber bv. is de mening toegedaan dat, wat de bescherming van girale gelden betreft, verschillende technieken zouden kunnen worden aangewend: ofwel zou men de girale gelden uitdrukkelijk als voorwerp van de klassieke eigendomsdelicten kunnen erkennen, ofwel zou men computermanipulaties als dusdanig strafbaar kunnen stellen⁶⁴, ofwel zou men het baargeldloze betalingsverkeer tot het voorwerp van een afzonderlijke strafrechtelijke bescherming kunnen maken. Al deze formules bieden echter voor- en nadelen, die nog diepgaand onderzocht moeten worden⁶⁵.

25. Na deze eerder theoretische beschouwingen over de strafrechtelijke bescherming van de verschillende elementen van het persoonlijk vermogen lijkt het ogenblik gekomen om aandacht te besteden aan enkele problemen die van belang zijn voor de praktische bestrijding van de vermogensdelinquentie. In dit verband moeten m.i. bepaalde rechtvaardigings- en verschoningsgronden besproken worden, alsmede bepaalde problemen m.b.t. decriminalisering en vervolgingsbeleid.

Ten slotte neem ik mij voor nog enkele beschouwingen te wijden aan de slachtoffers van vermogensdelicten.

Noodweer

26. In het Belgisch strafrecht is noodweer of wettelijke zelfverdediging een objectieve rechtvaardigingsgrond indien zij wordt uitgeoefend tegen een onrechtmatige aanslag tegen het leven, de lichamelijke gaafheid, de individuele vrijheid of de eerbaarheid van personen. Dit wordt tot uitdrukking gebracht door de bewoordingen van Sw., art. 416, dat spreekt over de «ogenblikkelijke noodzaak van de wettelijke verdediging van zichzelf of van een ander». Het Hof van Cassatie en de meerderheid van de rechtsleer verdedigen de stelling dat noodweer niet kan gelden voor het afweer van aanslagen tegen eigendommen of rechten op zaken⁶⁶.

⁶² Cf. nr. 18.

⁶³ SCHJØLBERG, S., *Computers and penal legislation, A study of the legal politics of a new technology*, Oslo, 1983.

⁶⁴ In Frankrijk vallen deze overigens onder de «listige kunstgrepen» waarvan sprake in Sw., art. 405, en dit zou waarschijnlijk ook in België het geval zijn (Sw., art. 496).

⁶⁵ SIEBER, V., *Computerkriminalität und Strafrecht*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1950, 335-358.

⁶⁶ CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, Luik, 1975, nr. 332, F. 348-349.

27. Ons strafrecht neemt op dit punt een geïsoleerde plaats in. In Frankrijk zijn zowel rechtspraak als rechtsleer de mening toegedaan dat Sw., art. 416 (het huidige art. 328) betrekking heeft op alle rechten van de persoon⁶⁷. Art. 41.1 van het *Nederlandse Strafwetboek* spreekt van «de noodzakelijke verdediging van eigen of een anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding». Hazewinkel-Suringa onderstreept dat in geval van diefstal het goed zelf niet wordt aangerand: «het is het beschikkingsrecht dat belaagd wordt en dat hier dan met het voorwerp ervan wordt geïdentificeerd»⁶⁸. Overigens is het niet de bedoeling geweest noodweer onbeperkt toe te laten. In de *Duitse Bondsrepubliek* komen m.b.t. het begrip noodweer, gedefinieerd in § 32 van het Strafwetboek *alle* door het recht erkende waarden in aanmerking, zelfs indien ze niet uitdrukkelijk door het strafrecht worden beschermd: leven en lichamelijke gaafheid, vrijheid, eer, huisvrede, *eigendom en vermogen*, bezit, privacy, enz.⁶⁹. In Engeland is «private defence» een rechtvaardigingsgrond in geval van aanrandingen gericht tegen personen of goederen, zoals land, de woning of roerende goederen. In beginsel moet de noodweer gematigd («moderate») zijn, maar in de praktijk beslist de jury hierover⁷⁰. In Spanje strekt het recht op noodweer zich uit tot «onverschillig welk rechtsgoed m.b.t. het bestaan van de persoon, zoals het leven, de lichamelijke gaafheid, de gezondheid, de eerbaarheid en onverschillig welk belang dat de vorm aanneemt van een recht: de vrijheid, de eer, de eigendom in zijn ruimste betekenis (zakelijk eigendomsrecht op roerende of onroerende goederen, bezit, erfdienstbaarheden, enz.), de woning»⁷¹. Ook art. 52 van het *Italiaanse Strafwetboek* wordt in dezelfde zin uitgelegd: de aanslag moet een recht gelden, en dit kunnen alle juridisch beschermde rechten zijn, zowel persoonlijke als vermogensrechten⁷². In geen enkel van die landen is echter het recht op noodweer onbeperkt: doorgaans moeten alle voorwaarden verenigd zijn, die ook door de Belgische rechtsleer en rechtspraak worden gesteld, zoals een onrechtmatige aanval, een acuut en dreigend gevaar, en vooral het beginsel van de evenredigheid tussen aanval en afweer. In Nederland is noodweeroverschrijding echter niet strafbaar «indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van eene hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt» (Sw., art. 41.2). Een gelijkaardige bepaling vindt men terug in § 33 van het Strafwetboek van de Duitse Bondsrepubliek.

28. In de *Sovjetunie* wordt noodweer niet alleen als een rechtvaardigingsgrond beschouwd («een handeling is geen

⁶⁷ CONSTANT, J., *l.c.*; SOYER, J.C., «Droit pénal et procédure pénale», *L.G.D.S.*, 1977, nr. 181, p. 117.

⁶⁸ HAZEWINKEL-SURINGA, D., REMMELINK, J., *Inleiding tot de studie van het nederlandse strafrecht*, Alphen aan de Rijn, 1981, 250.

⁶⁹ SCHMIDTHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1982, 148.

⁷⁰ WILLIAMS, G., *Textbook of criminal law*, Londen, 178, 448-476.

⁷¹ RODRIGUEZ-DEVESEA, J.M., *Derecho Penal Espanol, Parte general*, Madrid, 1981, 537.

⁷² MANTOVANI, F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1979, 235.

misdrifj wanneer ze wordt verricht ter bescherming van de Sovjetstaat, van maatschappelijke belangen, of van de persoon of de rechten van de verdachte of van een ander persoon tegen een maatschappelijk gevaarlijke aantasting, door schade te berokkenen aan de aantaster, tenzij de afweer klaarblijkelijk in wanverhouding staat tot de aard van het gevaar van de aantasting»⁷³. Volgens het Opperste Gerechtshof van de Sovjetunie is noodweer een morele plicht voor alle burgers en een rechtsplicht voor alle met een openbare hoedanigheid beklede personen. Het slachtoffer van een aanval heeft het recht om zich actief te verdedigen, zelfs indien het kan vluchten, de hulp van andere personen of van de overheid inroepen, of een ander middel aanwenden dat niet gericht is tegen de aanvaller. Noodweer wordt beschouwd als een bijdrage tot de versteviging van de socialistische rechtsorde⁷⁴ een «ernstige waarborg voor de bescherming van de belangen van de Sovjetstaat en dient de zaak van de opvoeding van het Sovjetvolk in een geest van kameraadschappelijke onderlinge bijstand en van onverdraagzaamheid tegen schendingen van de socialistische rechtsorde»⁷⁵. S. Levitsky onderstreept dat het «citizen's arrest» (het recht van de burgers om andere burgers aan te houden), dat op deze opvatting van noodweer gebaseerd is, door de Sovjetrechtsleer en rechtspraak wordt goedgekeurd, en hij citeert een beslissing van het Opperste Gerechtshof van 3 juni 1977 waarbij noodweer wordt erkend in gevallen waarin burgers hooligans en andere misdadigers trachten te beletten inbreuken te plegen op de milieuwetgeving⁷⁶. Krachtens artikel 67 van de Sovjetgrondwet van 1977 is de zorg voor het milieu overigens een plicht voor elke Sovjetburger.

29. De in de «socialistische» staten geldende zienswijzen passen in het kader van een opvatting van de wettelijkheid volgens welke de finaliteit van deze «socialistische» wettelijkheid, nl. de opbouw van de communistische maatschappij, een absolute voorrang van de collectieve t.o.v. de individuele belangen rechtvaardigt. Zij lijken moeilijk te verzoenen met de westerse traditie betreffende de op de ontplooiing van het individu gerichte mensenrechten⁷⁸. Deze vaststelling mag ons echter niet uit het oog doen verliezen dat in de rechtsstelsels van alle ons omringende Westerse democratiën de noodweer voor de verdediging van aantastingen van de goederen wordt erkend, en dat art. 106 van ons Wetboek van Strafvordering ook een vorm van «citizen's arrest» inhoudt.

⁷³ Algemene Beginselen van de strafwetgeving van de USSR en de unierepublieken van 25 december 1958, art. 13; Strafwetboek van de Russische unierepubliek van 27 oktober 1960, art. 13.

⁷⁴ Besluit van het Plenum van het Opperste Gerechtshof van de U.S.S.R. van 23 oktober 1956, *Verzameling van de besluiten van het Plenum van het Opperste Gerechtshof van de U.S.S.R. 1924-1963*, Moskou, 1964, 178.

⁷⁵ Besluit van het Plenum van het Opperste Gerechtshof van de U.S.S.R. van 4 december 1969, geciteerd door BUTLER, W.E., *Soviet Law*, Londen, 1983, 265.

⁷⁶ LEVITSKY, S.L., *The statutory framework of the Soviet law of privacy*, *Review of Socialist Law*, Leiden, 1983, 223-224.

⁷⁷ SCHULZE-WILLEBRAND, B., *Das Strafrecht der europäischen sozialistischen Staaten*, Tübingen, 1979, 337-339.

⁷⁸ MALFLIET, K., «Recht op arbeid in de Sovjetunie, Over het onderscheid tussen mensenrechten en grondrechten», *Kultuurleven*, 1983, 736-744.

30. De argumenten die destijds door de wetgever in aanmerking werden genomen om de noodweer uit te sluiten in verband met aanslagen tegen goederen, lijken mij niet overtuigend⁷⁹. Het wezenlijk en onoverbrugbaar verschil tussen het leven, waarvan het verlies onherstelbaar is, en een goed, waarvoor het tegenovergestelde geldt, verliest als argument veel aan kracht wanneer men rekening houdt met het evenredigheidsbeginsel, dat de noodweer in alle rechtsstelsels, zelfs dat van de «socialistische» staten, beheerst⁸⁰: niemand heeft ooit beweerd dat noodweer zou toelaten de dader van een aanslag tegen goederen te doden of zelfs zwaar te verwonden. Wel dient te worden toegegeven dat het afweten van de evenredigheid tussen het door de noodweer voorkomen kwaad (vermogensschade) en het door de noodweer veroorzaakte kwaad (persoonlijke schade) een bijzonder moeilijke en kieze opdracht voor de rechtbanken zou betekenen. Dat men zich op zedelijke overmacht zou kunnen beroepen, lijkt in het licht van de rechtspraak⁸¹ ook weinig overtuigend: in de meeste gevallen zal dit niet het geval zijn voor de noodweerhandeling als dusdanig, wel eventueel voor de noodweerschrijding, een geval dat door art. 41.2 van het Nederlandse Strafwetboek en door § 33 van het Duitse uiddrukkelijk wordt behandeld⁸². Dat de noodweer geen middel mag zijn, noch om de dader van de aanslag (in naam van de maatschappij) te straffen, noch om zich persoonlijk op hem te wreken, is evident. Het argument dat men steeds een beroep kan doen op de openbare macht, klinkt al even weinig overtuigend: in tegenstelling tot de «staatsnoodweer» uit de «socialistische» landen, waar de burger noodweer mag uitoefenen als het ware als gedelegeerde van de openbare overheid⁸³, ligt aan de grondslag van de westerse opvattingen over noodweer juist de omstandigheid, dat men zich in een noodtoestand bevindt, die het onmogelijk maakt om tijdig een beroep op de openbare macht te doen, zodat de «ogenblikkelijke noodzaak» ontstaat om zelf de onrechtmatige aanval af te weren.

31. Noodweer is m.i. gerechtvaardigd door de noodtoestand waarin hetzij het slachtoffer van de aanval, hetzij derden die de mogelijkheid hebben de aanval af te weren, zich bevinden en die hun het recht verleent om een keuze te maken tussen het kwaad dat erin bestaat de aanval te laten plaatshebben en hem af te weren. Het is geen uitzonderingsgeval waarin eigen richting in beperkte mate wordt toegestaan, zoals vaak wordt beweerd: de persoon die noodweer uitoefent, beoogt niet de bestraffing van de aanvaller, maar het vermijden van het kwaad dat de aanval zou kunnen veroorzaken⁸⁴. J. Constant schrijft eveneens:

⁷⁹ Deze argumenten werden onlangs mooi op een rijtje gezet en ontleed door G. HANSSENS in een verhandeling ter verkrijging van de graad van licentiaat in de criminologische wetenschappen over *Wettige verdediging en het beschermen van goederen*, VUB, december 1983. Dit werk heeft mij dan ook op dit punt veel opzoeken bespaard.

⁸⁰ Cf. nr. 26.

⁸¹ Zie bv. Corr. Luik, 21 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, 37, noot PIEDBŒUF, F.

⁸² Cf. nr. 27.

⁸³ Cf. nr. 28.

⁸⁴ Zie hierover LEGROS, R., en MASSON, J.P., «Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit pénal», *R.D.P.*, 1966-67, 527-543.

«La légitime défense est une application du principe de la nécessité⁸⁵». De door de rechtspraak uitgewerkte voorwaarden voor het aanvaarden van noodtoestand als rechtvaardigingsgrond stemmen overigens overeen met de voorwaarden van noodweer: een onmiddellijk dreigend gevaar, de onmogelijkheid om het door andere middelen te vermijden en het vereiste dat het opgeofferde belang niet hoger mag zijn dan het beschermde belang⁸⁶. Welnu, ofschoon er nog controverses zijn betreffende de juridische aard van de noodtoestand (objectieve rechtvaardigingsgrond of schuld-uitsluitingsgrond?), wordt de algemene draagwijdte ervan niet meer betwist⁸⁷. Aan de noodweer zou dan ook m.i. dezelfde algemene draagwijdte moeten worden toegekend met het gevolg dat ook aanslagen tegen de goederen onder het toepassingsgebied ervan zouden vallen. De praktijk in de ons omringende landen wijst niet uit dat deze veralgemening, zoals sommigen zouden kunnen vrezen, een escalatie van geweld tot gevolg zou hebben: een dergelijke escalatie van geweld zou integendeel wel kunnen groeien uit het geval van machteloosheid dat zich van de bevolking meester maakt t.a.v. de toeneming van de gewelddadige vermogenscriminaliteit en de lage ophelderingsgraad hiervan. Het staat overigens aan de rechtbanken nauwkeurig in ieder concreet geval na te gaan of de voorwaarden van een rechtvaardigende noodweer wel zijn nageleefd, en niemand twijfelt eraan dat ze deze taak met plichtsbesef zullen vervullen en een rechtspraak tot stand zullen brengen, die door een oordeelkundige en rechtvaardige afweging van de met elkaar in strijd komende belangen zal zijn gekenmerkt. De uitbreiding van het begrip noodweer tot bescherming van goederen is bovendien in overeenstemming met het persoonlijk vermogensbegrip, dat in de aantasting van het vermogen een aantasting ziet van de persoon in zijn individuele handelingsvrijheid⁸⁸.

«Citizen's arrest»

32. Een van de nog niet vermelde argumenten die tegen deze stelling werden aangevoerd, is dat er een «indirecte vorm» van gewettigde verdediging van goederen bestaat, die gebaseerd is op art. 106 van het Wetboek van Strafvordering, dat als volgt luidt: «Wanneer de verdachte op heterdaad betrapt wordt of vervolgd wordt, hetzij door het openbaar geroep, hetzij in de gevallen gelijkgesteld met een op heterdaad ontdekt misdrijf, is ieder drager van de openbare macht en zelfs ieder ander persoon, gehouden hem te vatten en hem voor de procureur des Konings te geleiden, zonder dat een bevel tot medebrenging vereist is, indien op het misdrijf een criminele straf gesteld is.»

Indien een burger van deze mogelijkheid, die eigenlijk een plicht is («is gehouden».....) gebruik maakt, kan, in geval van weerstand van de delinquent, een toestand ont-

staan die beantwoordt aan de huidige vereisten van noodweer zoals bepaald door Sw., art. 416⁸⁹.

33. Artikel 106 van het Wetboek van Strafvordering roept echter meer problemen op dan het oplost. Ten eerste geldt het letterlijk uitsluitend voor misdrijven waarop een criminele straf is gesteld. De Franse rechtsleer en rechtspraak was de mening toegedaan dat de bepaling eveneens toepasselijk was op wanbedrijven⁹⁰ en een Franse wet van 20 mei 1863 bevestigde deze zienswijze door te bepalen dat «tout inculpé arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles» voor de procureur zou worden geleid. Deze zienswijze was ook overheersend in België, zoals blijkt uit de voorbereidende teksten van het Wetboek van Strafvordering⁹¹, die het voorstel bevatten artikel 106 te vervangen door een artikel 159 dat de plicht tot «citizen's arrest» inhield t.a.v. «elk individu dat op heterdaad werd betrapt, indien het feit een aantasting vormt hetzij van de openbare veiligheid, hetzij van de persoon of de eigendom van een burger». Ook Beltjens schreef in 1903 dat «artikel 106 toepasselijk is op de gewone wanbedrijven strafbaar met gevangenisstraffen⁹²». Artikel 106 werd echter nooit gewijzigd, aangezien de hervorming van het Wetboek van Strafvordering zich beperkte tot de zeven eerste artikelen, die door de wet van 17 april 1878 werden vervangen door een nieuwe voorbereidende titel met 29 artikelen.

4. Niet alleen het toepassingsgebied van artikel 106 van het Wetboek van Strafvordering blijft voor betwisting vatbaar, maar ook de middelen die de burger mag gebruiken om de verdachte voor de procureur des Konings te geleiden. De rechtspraak heeft nog niet vaak de gelegenheid gehad op dit punt stelling te nemen. De Correctionele Rechtbank te Luik heeft in haar vonnis van 21 maart 1980⁹³ nochtans getracht die middelen nader te omschrijven. Uit deze beslissing blijkt dat geen geweld mag worden gebruikt waardoor een groter kwaad zou ontstaan dan datgene dat men wil beletten of doen bestraffen: het beginsel van de evenredigheid aldus. Artikel 106 van het Wetboek van Strafvordering staat echter de burger niet toe gewapend te zijn en, indien zijn leven niet rechtstreeks en ernstig wordt bedreigd iemand, zelfs een op heterdaad betrapte dief, ernstig te verwonden om zijn ontvluchting te beletten. In zijn noot onderschrijft Piedboeuf deze zienswijze. Deze wordt echter niet gedeeld door sommige Franse auteurs, zoals P. Bouzat⁹⁴ die het gebruik van geweld en zelfs van vuurwapens goedkeurt om de vlucht van misdadigers te beletten.

⁸⁹ NYPELS, J., en SERVAIS, J., *Le code pénal belge interprété*, Brussel, Bruylant, 1899, p. 106, nr. 9.

⁹⁰ CHAUVEAU en HÉLIE, F., *Théorie du code pénal*, Brussel, Melino, 1837, 34; GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Parijs, 1909, III, 123-127 en 238-240; Cass. fr., 30 mei 1823, *D*, Instr. crimin., nr. 682.

⁹¹ THONISSEN, M., *Rapport fait à la chambre des représentants au nom de la commission parlementaire*, Brussel, 1885, 339 e.v.

⁹² BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, 2e partie, I, Brussel 1903, 302.

⁹³ Corr. Luik, 21 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, nr. 5, 37, noot PIEDBOEUF, F.

⁹⁴ BOUZAT, P., noot onder Douai, 15 juni 1977, *Sem. jur.*, 1979, nr. 19.232.

⁸⁵ CONSTANT, J., o.c., nr. 323, p. 342.

⁸⁶ Corr. Luik, 21 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, nr. 5, 37, noot PIEDBOEUF.

⁸⁷ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamste grondslagen van de hervorming*, Brussel, 1979, 47-49, 87.

⁸⁸ Cf. nr. 6.

Sommige Franse vonnissen en arresten gaan in dezelfde richting⁹⁵, waarbij soms, maar niet altijd, de nadruk wordt gelegd op de noodzakelijkheid om gematigdheid aan de dag te leggen bij het gebruik van geweld. Zo keurt het arrest van Toulouse van 15 november 1979 het gebruik van geweld, in casu het schieten op een vluchtende wagen, in beginsel goed, maar beschouwt het als een *lichte fout* dat in de richting van de achterraut geschoten werd en niet uitsluitend in de richting van de banden. De stelling van de Correctionele Rechtbank te Luik in het reeds aangehaalde vonnis van 21 maart 1980 verdient m.i. de voorkeur, maar laat nog tal van problemen onbeantwoord: door het proportionaliteitsbeginsel voorop te stellen wordt impliciet aanvaard dat een zekere mate van geweld geoorloofd is; anderzijds wordt overwogen dat «de burgers het gerecht moeten helpen en tussenbeide komen wanneer zij een op heterdaad gepleegd feit vaststellen, maar dat het gezond verstand vereist dat ze handelen binnen de perken van de middelen *die de wet hun normaal ter beschikking stelt*». Wat in een dergelijke situatie *niet* mag, nl. schieten buiten elke toestand van noodweer, wordt in alle duidelijkheid gezegd, maar welke de «normale middelen» zijn, blijft in het duister. Indien de wetgever aan de burgers oplegt een op heterdaad ontdekt delinquent voor de procureur des Konings te geleiden, dan vereist de rechtszekerheid van alle bij een dergelijk voorval betrokken partijen dat deze «normale middelen» nader worden gepreciseerd. Als men aanneemt dat de burger optreedt bij delegatie van de openbare macht, en de tekst van artikel 106 van het Wetboek van Strafvordering laat deze hypothese toe, dan moeten dezelfde beginselen gelden als voor de drager van de openbare macht, nl. toelating van geweld in de mate waarin dit absoluut noodzakelijk is, voor de uitvoering van de opdracht, in evenredigheid met het beoogde doel en met de waarde van het opgeofferde belang⁹⁶. Maar ook wat dragers van de openbare macht betreft bestaat er op dit punt in ons land geen rechtszekerheid⁹⁷!

«Verspreide uitlokking»

35. Uitlokking door zware gewelddaden tegen personen is krachtens artikel 411 van het Strafwetboek een strafverminderende verschoningsgrond m.b.t. doodslag, verwondingen en slagen. In beginsel bestaat er bijgevolg geen aanleiding om de uitlokking te behandelen in verband met vermogensdelinquentie. In een merkwaardige studie over «La provocation diffuse»⁹⁸ heeft H. Bekaert echter de aandacht gevestigd op de nieuwe objectieve morele orde die uit de hedendaagse toename van de geweldcriminaliteit is gegroeid, die het onderscheid tussen uitlokking en noodweer,

dat zo scherp was gesteld door de strafwetboeken van 1810 en 1867, heeft doen vervagen en de bescherming die de burger kon putten uit de artikelen 411 tot 415 van het Strafwetboek illusoir heeft gemaakt⁹⁹. Bekaert stelt dan ook voor artikel 417 over de noodweer aan te vullen en noodweer toe te laten om aanrandingen af te weren die gepleegd worden in een toestand van «verspreide uitlokking», door hem omschreven als «omstandigheden waaruit blijkt dat één of meer personen het voorwerp zijn of zouden kunnen zijn van zware gewelddaden die hun leven of lichamelijke gaafheid in gevaar brengen»¹⁰⁰. Een dergelijke toestand ontstaat, volgens de auteur, vooral naar aanleiding van moderne vormen van criminaliteit zoals terrorisme en banditisme. Aangezien deze laatste in wezen een aanslag tegen de goederen is, gepaard gaande met bedreigingen en geweld¹⁰¹, komen we op het terrein van de vermogensdelinquentie en wordt andermaal aangetoond dat tegenover deze moderne vormen van criminele activiteit de grens tussen de bescherming van personen en van goederen praktisch is uitgewist¹⁰². In het licht hiervan, en tevens van de reeds eerder verdedigde stelling volgens welke de noodweer als een rechtvaardigingsgrond met algemene draagwijdte zou moeten worden erkend, lijkt het dan ook gepast het probleem van de «verspreide uitlokking» en de gevolgtrekkingen die Bekaert eruit afleidt in de discussie te betrekken.

36. Het voorstel van de gewezen procureur-generaal is gegrondvest op de vaststelling der feiten, die ongetwijfeld in een context van «verspreide uitlokking» werden gepleegd, niet krachtens de door de wet en de heersende rechtspraak aanvaarde rechtvaardigingsgronden zoals noodweer, noodtoestand, dwang, noch door een beroep op artikel 106 van het Wetboek van Strafvordering¹⁰³ kunnen worden gerechtvaardigd. Dit laatste wordt in de studie van Bekaert duidelijk aangetoond aan de hand van twee uitvoerig ontlede voorbeelden uit de rechtspraak, nl. het reeds aangehaalde vonnis van de Correctionele Rechtbank te Luik van 21 maart 1980¹⁰⁴ en het vonnis van een correctionele rechtbank uit het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Bergen in de zaak van de zgn. «bande des fauves». In beide gevallen werden de feiten gepleegd in de atmosfeer van onveiligheid en angst die de toestand teweegbrengt die Bekaert als «verspreide uitlokking» bestempelt, maar in beide gevallen vermocht de rechtbank niet tot een vrijpraak te besluiten op grond van de klassieke rechtvaardigingsgronden, ofschoon de overwegingen van het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Luik duidelijke aanwijzingen bevatten van het feit dat de rechtbank zich bewust was van het bestaan van een toestand van «verspreide uitlokking».

37. Het voorstel van H. Bekaert heeft tot gevolg dat de rechtstreekse innerlijke samenhang die in de uitlokkingsituatie, zoals ze door Sw., artt. 411 en volgende wordt opgevat, bestaat tussen het uitlokkend feit en de verschoonbare

⁹⁵ Cass. fr., 10 juni 1970, *D.*, 1970, 691, noot Levasseur, *Rev. sc. crim.*, 1971, 420; Douai, 15 juni 1977, *Sem. jur.*, 1979, nr. 19232; Toulouse, 15 november 1979, *Sem. jur.*, 1981, nr. 19608.

⁹⁶ VERHAEGEN, J., *La protection pénale contre les excès du pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Brussel, 1969, 98.

⁹⁷ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamste grondslagen van de hervorming*, Brussel, 1979, 51-54.

⁹⁸ BEKAERT, H., «La provocation diffuse», in *Liber Amicorum F. DUMON*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 339-358.

⁹⁹ BEKAERT, H., o.c., 346

¹⁰⁰ *Ibid.*, 358.

¹⁰¹ *Ibid.*, 342.

¹⁰² Cf. nr. 1, 20.

¹⁰³ Cf. nr. 31.

¹⁰⁴ Corr. Luik, 21 maart 1980, *Jur. liège*, 1981, nr. 5, 37, noot PIEDBEUF, F.

reactie daarop¹⁰⁵, wordt doorbroken. In plaats van een concreet feit van zware gewelddaden tegen personen zou een aanranding («agression») volstaan (deze algemene term laat veronderstellen dat het hier ook een aanranding tegen goederen kan betreffen), gepleegd in *omstandigheden* waarbij reeds zou volstaan dat zij *potentieel* het gevaar van zware gewelddaden tegen personen zouden inhouden. De reactie hiertegen zou niet alleen verschoonbaar zijn en tot strafvermindering aanleiding geven, maar gerechtvaardigd als noodweer.

Deze oplossing, die in het betoog van haar auteur met veel overredingskracht wordt gestaafd, is voorzeker geschikt om de burgers betere mogelijkheden tot zelfverdediging te geven in gevallen van «verspreide uitlokking». De algemene draagwijdte van bepaalde termen («aanranding», «omstandigheden») en het volstaan van een *potentieel* gevaar betekenen echter een zeer sterke afwijking van de huidige beperkende opvattingen betreffende uitlokking en noodweer. Dit is natuurlijk juist de bedoeling, maar de vraag rijst toch of de voorgestelde tekst niet te ruim is. Wellicht zou het verkieslijk zijn in gevallen van «verspreide uitlokking» gebruik te maken van het begrip «putatieve noodweer», waardoor de schuld van de verdachte eventueel zou uitgesloten worden ingevolge een onoverwinnelijke dwaling m.b.t. het voorhanden zijn van een noodweersituatie, en door, naar het voorbeeld van Nederland en Duitsland, noodweeroverschrijding te rechtvaardigen wanneer zij het gevolg is van ««ene hevige gemoedsbeweging»(Nederland) of van «Verwirrung, Furcht oder Schrecken» (Duitsland) door de aanranding veroorzaakt.

Strafuitsluitende verschoning van vermogensdelicten gepleegd in familiaal verband (Sw., art. 462)

38. M.b.t. dit probleem kan ik kort zijn. Ik sluit mij hier volledig aan bij de argumenten die A. De Nauw heeft uiteengezet in de zin van de opheffing van Sw., art. 462 op het XXXe rechtscongres georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging in 1982¹⁰⁶. De economische verhoudingen in de schoot van de families liggen totaal anders in 1984 dan in de 19e eeuw; de eenheid van het familiaal vermogen heeft de plaats geruimd voor een veelheid van individuele vermogens, die weliswaar naar gelang van de intensiteit van de familie banden voor gemeenschappelijke doeleinden kunnen worden ingezet, maar toch hun afzonderlijk karakter bijven behouden in het belang van de gelijkheid en de economische zelfstandigheid van ieder familielid. Om deze en om de andere door A. De Nauw opgesomde redenen heeft Sw., art. 462 zijn bestaansreden verloren. De schrapping van deze bepaling moet niet noodzakelijk leiden tot een overvloed van vervolgingen: dit euvel kan gemakkelijk opgevangen worden door een aangepast sepotbeleid, zoals dit overigens in de meeste familiale conflictuele situaties het geval is, en de familie privacy kan op afdoende wijze worden beschermd door naar het voorbeeld van verschillende ons omringende landen de vervolgingen inzake in familiaal verband gepleegde vermogensdelicten te laten af-

hangen van de klacht van de benadeelde partij, die in elke stand van het geding zou kunnen worden ingetrokken. Het klachtvereiste zou vanzelfsprekend uitsluitend gelden voor de vermogensdelicten in de enge betekenis, en niet voor de begeleidende verzwarende omstandigheden (bedreigingen, gewelddaden) die op zichzelf een misdrijf uitmaken.

Decriminalisering en vervolgingsbeleid

39. In het verslag over de decriminalisering dat in 1980 te Straatsburg door het «Comité européen pour les problèmes criminels» van de Raad van Europa is uitgegeven¹⁰⁷, wordt ook een reeks beschouwingen gewijd aan de vermogensmisdrijven. Op grond van een aantal overwegingen wordt gesteld dat de inhoud en het toepassingsgebied van het strafrecht en de beoordeling van de zwaarwichtigheid van de misdrijven en de grenzen van de schuld aanzienlijke wijzigingen hebben ondergaan, o.m. in verband met de door de sociale en economische evolutie bepaalde waardeoordelen waarop de traditionele strafrechtelijke bescherming van de goederen berust en van de wijziging van de graad van kwetsbaarheid van de slachtoffers en de situatie van de delinquent¹⁰⁸. Deze en andere overwegingen brengen de auteurs van het verslag ertoe te besluiten dat er zeker drie categorieën van vermogensdelicten zijn, die aanleiding geven tot argumenten strekkende tot decriminalisering, nl. 1° de warenhuisdiefstallen; 2° misdrijven in verband met cheques, kredietkaarten, contracten van verkoop op afbetaling en 3° diefstallen gepleegd door werknemers in hun bedrijf.

Sommige Europese landen kennen reeds een zekere graad van de jure of de facto decriminalisering van bepaalde tot deze categorieën behorende vermogensdelicten. Het probleem van de decriminalisering is vanzelfsprekend bijzonder acuut voor de landen waarin het vervolgingsbeleid wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel, zoals bv. de Duitse Bondsrepubliek¹⁰⁹.

40. Een van de belangrijkste redenen waarom juist m.b.t. de opgesomde misdrijven aan decriminalisering wordt gedacht, is hun massale aard, die een gevolg is van de verschuivingen die zich hebben voorgedaan in de maatschappelijke waardeschaal en in de verhoudingen tussen de delinquent en zijn slachtoffer. «Die Verletzung von Individualgütern wird als bössartiger empfunden, sie ist auch äusserlich manifest als die Verletzung von Rechtswerten, die einer nicht sichtbaren und nicht personifizierten allgemeinen Gesellschaft zustehen», stelde J. Baumann in 1972 reeds vast¹¹⁰. Dit geldt niet alleen voor de westerse «consumptiemaatschappijen», integendeel: in de «socialistische» staten, waar bijna heel de economie verstaatst is, vormen de diefstallen van «socialistische eigendom» een van de hoofdbekommernissen van de overheid en van de

¹⁰⁵ BEKAERT, H., o.c., 340.

¹⁰⁶ DE NAUW, A., «Bedenkingen over enkele misdrijven tegen de orde der familie», Preadvies, R.W., 1981-82, 2353 e.v.

¹⁰⁷ *Rapport sur la décriminalisation*, Comité européen pour les problèmes criminels (ed.), Strasbourg, 1980.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 200-201.

¹⁰⁹ Zie hierover bv. ROOS, G., *Entkriminalisierungstendenzen im besonderen Teil des Strafrechts*; Frankfurt am Main, Verlag P. Lang, 1981.

¹¹⁰ BAUMANN, J., «Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes», *JZ*, 1972, 1.

criminologen¹¹¹. Het onderscheid tussen de "socialistische" en de westerse maatschappijen ligt alleen hierin, dat men in de eerste het euvel, vooral vanwege zijn fundamentele tegenstrijdigheid met de ideologische grondslagen van de betrokken regimes, door steeds meer controle- en beteugelingsmaatregelen tracht te overwinnen, terwijl men in de tweede in de eerste plaats op zoek is naar middelen om de overbelasting van het politie- en strafrechtelijk apparaat te vermijden, die het gevolg zou zijn van de traditionele strafrechtelijke aanpak van deze massale vormen van delinquentie.

41. In landen met legaliteitsbeginsel werden verschillende experimenten gedaan met bovenvermelde massale vormen van vermogensdelinquentie. Inzake warenhuisdiefstallen kan in Duitsland § 153 van de Strafprozessordnung (StPO) toegepast worden, krachtens welke bepaling het parket inzake «Bagatellsachen» van vervolging kan afzien. Als dusdanig worden beschouwd zaken waarvan de waarde 50 DM niet overtreft. Roos pleit echter voor een oplossing op het gebied van het materieel strafrecht, door de overheveling van dergelijke feiten naar het domein van de «Ordnungswidrigkeiten»¹¹². Inzake ongedekte cheques hebben in Duitsland praktisch geen vervolgingen meer plaats wanneer het door een bankkaart gewaarborgde cheques betreft¹¹³. M.b.t. de diefstallen door werknemers heeft er zich een uitgebreid systeem van «Betriebsjustiz» ontwikkeld, waaraan de ondernemingsraden meewerken en die in ongeveer 80 % van de gevallen van diefstal leidt tot afdanking van de werknemer, waartegen deze dan hoger beroep kan instellen bij de arbeidsrechtbank¹¹⁴.

42. In landen zoals het onze, waar het vervolgingsbeleid op het opportuniteitsbeginsel steunt, zijn op het eerste gezicht wettelijke maatregelen overbodig om een overbelasting van het politie- en gerechtelijk apparaat ten gevolge van bepaalde vormen van massale vermogensdelinquentie te vermijden. Dit betekent echter geenszins dat dit doel uitsluitend wordt bereikt door het sepotbeleid. M.b.t. de warenhuisdiefstallen (79.707 *vastgestelde* gevallen in de periode begrepen tussen 1 augustus 1980 en 30 juni 1981)¹¹⁵ wordt een belangrijke rol gespeeld door preventie- en beveiligingsorganismen, die door de betrokkenen zelf, m.a.w. de warenhuizen, zijn opgericht¹¹⁶, en die enerzijds informatie verzamelen en opslaan ten behoeve van hun leden en anderzijds dienst doen als filter, aangezien zij slechts klachten aan het parket doorsturen volgens bepaalde objectieve maatstaven zoals het aantal gepleegde feiten en de waarde van het gestolene¹¹⁷. Ook de banken beschikken ongetwijfeld over een onderling vertrouwelijk informatiesysteem betreffende cliënten die ongedekte cheques uitgeven, en maken een selectie tussen de gevallen die zij aan de parket-

ten bekend maken, te meer daar zij er meer commercieel belang bij hebben de financiële toestand van de cliënt bv. door middel van kredietverlening te saneren eerder dan strafvervolgingen uit te lokken. Een echte «Betriebsjustiz» zoals in de Duitse Bondsrepubliek is in België niet bekend, maar diefstal kan aanleiding geven tot ontslag om dringende redenen krachtens artikel 25 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. Ook hier kan echter van de veronderstelling uitgegaan worden dat niet in alle gevallen naar deze uiterste maatregel wordt gegrepen, en dat niet alle feiten ter kennis van de parketten worden gebracht.

43. M.b.t. de massale vermogensdelinquentie kan bijgevolg gezegd worden dat door toedoen van de slachtoffers zelf een zekere graad van de facto decriminalisering wordt bereikt. Aangevuld door een oordeelkundig sepotbeleid m.b.t. de aan de parketten bekend gemaakte zaken¹¹⁸ lijkt deze oplossing te verkiezen boven specifieke maatregelen inzake materieel strafrecht en strafrechtspiegeling, zoals die welke in Duitsland ten dele zijn getroffen en ten dele door bepaalde rechtsgeleerden worden aangeprezen. De handhaving van de mogelijkheid van strafvervolgingen is m.i. noodzakelijk enerzijds om het reeds aangepaste waardebesef nog niet verder op de helling te zetten en anderzijds omdat het beroep op de strafrechtelijke norm als «ultrimum remedium» bewaard zou blijven. De «self-help»-mechanismen die thans voorhanden zijn lijken in de huidige omstandigheden wel onvermijdelijk, te meer daar de gerechtelijke overheden de distributiebedrijven zelf ertoe aangezet hebben voor een grotere beveiliging tegen diefstallen te zorgen¹¹⁹, maar helemaal zonder nadelen zijn ze niet uit het oogpunt van de bescherming van de delinquent tegen bepaalde misbruiken vanwege de benadeelden en tegen de bekendmaking aan derden van gegevens die tot zijn privésfeer behoren. Mocht men echter de mening toegedaan zijn, dat de slachtoffers van de massale vermogensmisdriven alle hun bekende feiten aan de gerechtelijke overheden zouden moeten bekendmaken, opdat deze volledig meester zouden zijn van het vervolgingsbeleid ter zake, dan zou in soepelere gerechtelijke afdoeningswijzen moeten worden voorzien. Ik denk hier bv. aan de uitbreiding van de mogelijkheden tot minnelijke schikking of aan de invoering van het strafbevel¹²⁰, indien men bezwaren heeft tegen de eenzijdige afdoening van deze aangelegenheden door het openbaar ministerie.

¹¹¹ Zie bv. GORLÉ, F., «L'état et le droit soviétiques», in de rubriek «Revues», *R.D.P.*, 1975-76, 168.

¹¹² ROOS, G., o.c., 322.

¹¹³ *Rapport sur la décriminalisation*, 225. Cf. noot 108.

¹¹⁴ *Ibid.*, 272.

¹¹⁵ SCHMITZ, P., «Le vol à l'étalage en Belgique», *R.D.P.*, 1982, 375.

¹¹⁶ Zo bv. de V.Z.W. Prévention et sécurité; bijlagen bij *B.S.*, 23 oktober 1980, 4587.

¹¹⁷ SCHMITZ, P., o.c., 378.

¹¹⁸ Zie hierover voor winkeldiefstallen: VAN KERKVOORDE, J., «Het openbaar ministerie en de vervolgingsbeslissing bij winkeldiefstal», *Tijdschrift voor criminologie* 1978, 225.

¹¹⁹ VAN HONSTÉ, J., «Réflexions sur la lutte contre la criminalité grave», *J.T.*, 1978, 2.

¹²⁰ Zie in dit verband de preadviezen uitgebracht n.a.v. het Congres van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, gehouden te Antwerpen in november 1979, door advocaat-generaal L. DE WILDE (België) en mr. L.A.R.J. DE BEAUFORT (Nederland), Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage, 1979.

De vergoeding van de slachtoffers

44. Het is een gemeenplaats dat slachtoffers van misdrijven, ondanks de mogelijkheid waarover ze beschikken om hun vordering tot schadevergoeding samen met de strafvordering bij de strafrechter aanhangig te maken, maar al te vaak in de kou blijven staan. Als er geen burgerlijke partij in de zaak is, hebben de rechters meestal geen belangstelling voor de door het misdrijf veroorzaakte schade, tenzij eventueel als gegeven dat een invloed kan uitoefenen op de straftoemeting. De parketten ervaren een vereiste van voorafgaande schadevergoeding als een hinderpaal die de vlotte afhandeling van de strafvordering belemmert¹²¹. Het misdrijf wordt al te zeer beschouwd als de aantasting van een abstracte rechtsorde, die door het opleggen van de strafsanctie hersteld wordt, terwijl de concrete situatie waarin het slachtoffer verkeert uit het oog wordt verloren. Dit geldt natuurlijk voor alle misdrijven, en het is evident dat deze toestand vooral schrijnend is voor personen die in hun lichamelijke integriteit zijn aangetast, voor slachtoffers van seksuele delicten, en zo meer. Toch geldt het eveneens voor slachtoffers van vermogensmisdrijven, in het bijzonder in het licht van het persoonlijk vermogensbegrip¹²², dat de aantastingen van het vermogen beschouwt als aantastingen van de persoon in zijn individuele handelingsvrijheid.

45. De strafrechtelijke afdoening zou zich daarom niet alleen mogen concentreren op het herstel van de abstracte rechtsorde, maar er tevens op gericht zijn de schadevergoeding van de slachtoffers te bewerkstelligen, zelfs als deze zich geen burgerlijke partij hebben gesteld. Vaak is de passiviteit van het slachtoffer in deze uitsluitend te verklaren door gebrek aan voorlichting, drempelvrees voor het gerecht, aarzeling in verband met mogelijke kosten, enz. In dergelijke gevallen zou het gerecht zelf initiatieven moeten nemen. Er kan niet beweerd worden dat deze taak buiten de bevoegdheid valt van degenen die met de afdoening van de openbare vordering zijn belast, want het openbaar belang vereist niet alleen het herstel van de geschonden abstracte rechtsorde, maar, en zelfs primair de resocialisering van de delinquent. Welnu, deze resocialisering impliceert in de eerste plaats dat de delinquent tot haar besef komt van het verkeerde van zijn handelwijze, en dat hij de door hem veroorzaakte schade vergoedt of althans een gebaar in die zin in de richting van het slachtoffer stelt. Een bepaalde druk om dit te bereiken kan een belangrijke sociaal-opvoedende betekenis hebben.

46. Bepaalde voorhanden zijnde mechanismen kunnen met dat doel worden aangewend. De sepotbeslissing zou, meer nog dan nu reeds het geval is, afhankelijk kunnen worden gesteld van een regeling tussen delinquent en slachtoffer. De rechtbanken zouden gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om de uitspraak in beraad te houden en aan de beklaagde duidelijk te verstaan te geven dat hun beslissing zal worden beïnvloed door zijn houding tegenover het slachtoffer m.b.t. de schadevergoeding. Gunstmaatregelen zoals opschorting van de uitspraak van de veroordeling en uitstel zouden in beginsel niet moeten worden toegekend aan delinquenten die zich niet om het lot van

hun slachtoffers bekommeren. In dit verband kan de aandacht gevestigd worden op artikel R. 58,5°, van het Franse Wetboek van Strafrechtspleging van 1977 dat het herstel van de door het misdrijf veroorzaakte schade vermeldt onder de voorwaarden die door de rechtbank kunnen worden opgelegd in het kader van de «sursis avec mise à l'épreuve» en van artikel 14 c van het Nederlands Wetboek van Strafrecht, dat bepaalt dat bij het bevel tot gehele of gedeeltelijke niet-tenuitvoerlegging van de uitgesproken veroordeling bijzondere voorwaarden kunnen worden gesteld en wel «1° gehele of gedeeltelijke vergoeding van de door het strafbare feit veroorzaakte schade binnen een door de rechter te bepalen termijn, korter dan de proeftijd». Deze laatste formule lijkt te verkiezen boven de Franse, daar zij ook kan worden aangewend in de gevallen waarin er betwisting is betreffende de omvang van de schade of waarin de delinquent in de onmogelijkheid verkeert om de volledige schade te vergoeden, en bijgevolg tegemoetkomt aan de bezwaren die in verband met deze mogelijkheden zouden kunnen worden geopperd. De Belgische rechter heeft overigens geen bijzondere wettekst nodig, aangezien hij in tegenstelling met zijn Nederlandse en Franse ambtgenoot bij de toepassing van probatieuitstel en -opschorting niet gebonden is aan een reeks door de wet opgesomde voorwaarden, maar deze vrij naar eigen inzicht kan bepalen. Het ware m.i. dan ook wenselijk, dat hij van deze mogelijkheid gebruik zou maken om de daders van misdrijven, ook van vermogensmisdrijven, ertoe aan te zetten de door het misdrijf veroorzaakte schade te vergoeden. Het komt mij als een aanfluiting voor een veroordeling met uitstel te motiveren met de overweging dat «de omstandigheden van de zaak de verbetering van beklaagde laten verhopen» wanneer deze laatste niet bereid gevonden wordt zich van deze elementaire plicht tegenover het slachtoffer te kwijten.

Besluit

47. Ofschoon het publiek karakter van het strafrecht een belangrijke vooruitgang betekent t.o.v. het daaraan voorafgaand stadium van eigenrichting, mag het daarom nog niet ontaarden in de bescherming van als abstract ervaren waarden die los worden gezien van de personen die er de dragers en begunstigen van zijn. De criminologie en de moderne menswetenschappen hebben er enorm toe bijgedragen in de delinquent de mens te zien, die weliswaar gefaald heeft, maar in beginsel voor reclassering vatbaar is. Deze op zichzelf verheugende evolutie in de opvattingen is echter niet gepaard gegaan met een gelijklopende evolutie m.b.t. de slachtoffers van misdrijven. Toch beogen alle strafbaarstellingen, ongeacht de categorie waarin zij door de juristen worden ondergebracht, het welzijn van de personen die allen samen de maatschappij vormen. Er bestaat dan ook geen kloof tussen de bescherming van personen en die van goederen, want behalve in de twijfelachtige hypothese van overvloed zullen de voorhanden zijnde goederen altijd tussen de leden van de maatschappij volgens bepaalde maatstaven moeten worden verdeeld en blijven ze de materiële basis vormen van de zelfontplooiing die ieder individu hetzij op eigen krachten, hetzij in gezinsverband, hetzij in groepsverband tracht te bereiken. Deze verdelingsmaatstaven zijn vanzelfsprekend in bestendige evolutie,

¹²¹ DE WILDE, L., o.c., 104-105.

¹²² Cf. nrs. 6-8.

maar op elk tijdstip van die evolutie bestaat een toestand van broos en wankelbaar evenwicht, dat in een op een maatschappelijke consensus berustende samenleving slechts langs vreedzame wegen en krachtens een meerderheidsbeslissing kan worden gewijzigd. Vermogensdelicten nu verstoren op gewelddadige wijze dit evenwicht, dat in het belang van de personen tot stand is gebracht, zelfs wanneer zij niet gepaard gaan met rechtstreekse gewelddaden tegen deze laatste, en maken bijgevolg onrechtstreeks aantastingen van de personen uit. Prioritaire bescherming van personen kan dan ook alleen maar in die zin uitgelegd worden dat de bescherming van de personen tegen rechtstreekse aantastingen van hun leven en hun lichamelijke en geestelijke integriteit voorrang verdient op de bescherming tegen de onrechtstreekse aantastingen waarvan zij het slachtoffer kunnen zijn via hun goederen. Zij maakt deze laatste echter

niet onmogelijk of overbodig, want beide beschermingen vullen elkaar aan, zowel in de theorie gezien de voorafgaande beschouwingen, als in de praktijk, gezien het stijgend aantal vermogensmisdriven met rechtstreeks geweld tegen de personen.

Het strafrecht moet bijgevolg een zo volmaakt mogelijk instrumentarium blijven bieden om zowel rechtstreekse aanslagen tegen de personen als onrechtstreekse via hun goederen te beteugelen. De in deze bijdrage voorzeker onvolledige opsomming en behandeling van de problemen, die zich naar aanleiding hiervan voordoen, is uitsluitend bedoeld als een uitgangspunt voor een bespreking van de meest geschikte middelen om dit doel te bereiken in een klimaat van wettelijkheid en rechtszekerheid.

Prof. dr. FRITS GORLÉ

ONTEIGENENDE BELASTINGEN* ?

Welvaartstaat is Rechtsstaat

Er wordt over belastingen en meer bepaald de inkomstenbelasting wel eens gesproken als over een onteigening in deze zin dat na de belasting er helemaal geen of nagenoeg geen inkomen meer overblijft. Zoals bij een onteigening wordt het vermogen of inkomen volledig in beslag genomen door de overheid. Voor het overige is een onteigening evenwel niet te vergelijken met een belasting, omdat de essentie van de onteigening bestaat in de billijke vergoeding voor het verlies dat geleden werd.

Sinds het eigendomsrecht werd geregeld in het Burgerlijk Wetboek van 1804 heeft de wetgever talloze instrumenten ontworpen waarmee de overheid het gebruik of de uitoefening van dit eigendomsrecht regelt. Slechts in enkele gevallen grijpt de overheid zodanig in dat zij de volledige eigendomstitel of het volledige gebruiksrecht over goederen of rechten verwerft. Deze gevallen zijn de belasting, de onteigening, de opeising en de verbeurdverklaring.

Beide laatste worden ook wel een confiscatie genoemd. Deze studie heeft tot voorwerp de vergelijking van de omvang van de aanslagen die gepleegd worden op de eigendom en de rechtswaARBorgen waarmee ieder van die gevallen omgeven zijn. Hierbij heeft zich sinds de Code Napoléon een kenmerkende historische evolutie voorgedaan in ieder van deze vormen van aanslagen op eigendomsrecht.

De onteigening is van meet af aan altijd beschouwd geweest als een ingrijpende aanslag op het vermogen van de burger. De gevolgen van het overheidsbeleid worden immers ten laste gelegd van één eigenaar of van een zeer beperkte groep. Ten einde de misbruiken van het Ancien-Regime te voorkomen werden in de wet van 17 april 1835 garanties ingebouwd die de manoeuvre ruimte van de overheid ten zeerste beperkten. Gaandeweg werd de onteigening evenwel versoepeld, voornamelijk op twee punten: 1. het begrip te algemenen nutte werd aanzienlijk verruimd en

2. de procedure werd versneld (spoedprocedure, wet van 10 mei 1926 en procedure bij «hoogdringendheid», de wet van 26 juli 1962).

Van fundamenteel belang is evenwel dat, hoewel de overheid vrij over de opportuniteit van de onteigening oordeelt, de rechtbanken dit oordeel toch toetsen op machtsafwendend. Over de rechterlijke controle op de «hoogdringendheid» van de onteigeningsprocedure bestaat minder eensgezindheid, maar er is toch een tendens aanwezig om de beslissingen van de overheid te toetsen.

Iets gelijkaardigs doet zich voor inzake verbeurdverklaringen en opeisingen. Verbeurdverklaring is een strafmaatregel, die meestal de instrumenten betreft waarmee misdrijven worden gepleegd. Inzake douane en accijnzen evenwel wordt hij ook toegepast op de goederen die het voorwerp van de belasting uitmaken. In dat geval geldt de verbeurdverklaring tevens als vergoeding voor de (door de Staat) geleden schade. De verbeurdverklaring wordt steeds uitgesproken na een strafprocedure die alle rechtswaARBorgen bevat die in het algemeen voor strafprocedures gelden.

Burgerlijke en militaire opeisingen daarentegen worden gekenmerkt door de uitzonderlijke omstandigheden waarin ze gebeuren. Kenmerkend voor de opeisingen is het principe van de verdeling der lasten, waarbij impliciet het om-

slagstelsel wordt gehanteerd, een techniek die vroeger ook voor de belastingheffing werd gebruikt, maar die nu grotendeels verlaten is. Het gaat in tegen de essentie van de opeising om de lasten te concentreren op een persoon of op een beperkte groep, wanneer anderen eveneens in de lasten kunnen bijdragen.

De opportuniteit van de opeising evenals het in acht nemen van vormvereisten kan door de rechter individueel (maar achteraf) getoetst worden. Vergoeding wordt in principe bedongen, maar de waarborgen hiervoor zijn niet altijd waterdicht, voornamelijk wanneer de opeising gebeurt door vijandelijke legers.

Inzake belastingen was aanvankelijk dezelfde bekommerning aanwezig om de belastingplichtige te beschermen tegen willekeur. Deze bescherming heeft meer de vorm aangenomen van een beperking van de controlemogelijkheden van de belastingadministratie dan wel van een garantie voor de rechten van de belastingplichtige. Bovendien werd de belasting tot de hervorming van 20 november 1962 niet als een werkelijke bedreiging van de eigendom gevoeld. In tegenstelling tot de onteigening is de betaling van belasting een massaal verschijnsel dat niet een enkeling maar de hele bevolking treft.

Het verlenen van waarborgen in een zo massaal verschijnsel als de belastingbetaling moet noodzakelijkerwijze minder volmaakt gebeuren dan in de enkele tientallen gevallen van onteigening.

De jongste jaren heeft zich in de aard van de belastingheffing een radicale verandering voorgedaan, hoewel haar juridische vorm volledig dezelfde is gebleven. De belasting is geworden tot een beslag op het inkomen en vermogen dat ook voor de individuele burger dikwijls veel belangrijker is dan een onteigening, of zelfs een burgerlijke of militaire opeising. T.a.v. de rechtsstaat is het belangrijke verschil met de onteigening niet zozeer dat de onteigening wordt vergoed, terwijl de belasting in principe onvergoed is, maar wel dat de toetsing van de opportuniteit van het overheids-optreden in het geval van de onteigening individueel gebeurt via een gerechtelijke procedure, terwijl in het geval van de belasting dergelijke toetsing principieel is uitgesloten. De kwantitatieve waarborg tot bescherming van de eigendom ligt niet in de wet en de toepassing ervan door de rechtbank maar in de parlementaire controle. Deze controle is nu zeer onrechtstreeks en is niet bedoeld om individueel te werken.

Hier bevindt zich dan een fundamentele leemte, omdat in een stelsel van progressieve belasting gekoppeld aan permanente inflatie een steeds groter beslag wordt gelegd op de inkomens en vermogens, zonder enige parlementaire controle. De waarborgen die theoretisch aanwezig zijn in de parlementaire controle, worden door de economische feiten buiten spel gezet. De vraag is dan ook of er geen automatische parlementaire controle moet worden ingevoerd, waarbij de volksvertegenwoordiging ieder jaar opnieuw door een expliciete beslissing de toelating geeft om inkomens en vermogensvermeerderingen uit inflatie te belasten.

Deze vraag kan inzake huidige omstandigheden niet meer worden weggewuifd, omdat zij gaat naar de kern van de

bescherming van het eigendomsrecht. Progressieve belastingheffing op inkomen en vermogen wordt in laatste instantie gerechtvaardigd door de behoeften van de overheid van haar beleid én door de eis tot herverdeling van de primaire inkomens- en vermogensverdeling.

Op dit ogenblik bereikt men in de personenbelasting, samen met de bijdragen in de sociale zekerheid en allerlei tijdelijke solidariteitsheffingen een belastingvoet van rond de 100 procent, vanaf een inkomen (voor belasting) van ongeveer vier miljoen per jaar. Dit houdt impliciet de opvatting in dat, welke de individuele verdiensten van de burger ook mogen wezen, de imperatieven van algemeen belang en herverdeling van inkomsten en vermogens van dien aard zijn dat boven deze grens ieder inkomen in principe aan de overheid toekomt. De fundamentele vraag is of de doelstellingen die de overheid nastreeft in de welvaartstaat inderdaad een dergelijk imperatief karakter hebben dat zij een volledig beslag op inkomen of vermogen vanaf een bepaalde grens rechtvaardigen.

De bescherming van het eigendomsrecht in de rechtsstaat eist dat een dergelijke vraag in rechte beantwoord wordt in een duidelijk en ondubbelzinnig politiek debat, waaruit richtlijnen voor de wetgeving kunnen getrokken worden. Dergelijke ingrepen mogen niet het gevolg zijn van toevallige of gedeeltelijke maatregelen die als nevengevolg hebben samen met andere heffingen het individuele eigendomsrecht boven een bepaalde grens af te schaffen door een verplichte overdracht aan de schatkist.

Men moet vaststellen dat over de algemene doelstellingen van het beleid heel wat betwistingen bestaan, zodat een absolute voorrang voor de heffingen van de overheid principi-

peel uitgesloten is. Het totale bedrag dat de overheid op het inkomen of vermogen van de enkeling kan leggen, moet om deze reden principieel beperkt worden, waarbij een minimum-gedeelte van het inkomen of vermogen aan de belastingplichtige wordt gelaten. Alleen in uitzonderlijke omstandigheden (oorlogswinsten, transacties met de vijand) kan, na uitdrukkelijk wetgevend ingrijpen, een volledige verbeurdverklaring van inkomsten en goederen worden ingesteld.

Het even noodzakelijke corollarium hiervan is dat de overheid zich ertoe verplicht het minimumvermogen of -inkomen dat noodzakelijk is om in zijn levensonderhoud te voorzien eveneens van iedere heffing vrijstelt. Zelfs de oude regeling van het beslagrecht voorzag tussen de burgers onderling in een dergelijk vitaal minimum dat geen enkele schuldeiser kon aantasten. Het huidige belastingrecht tast dit vitale minimum wel aan. De bescherming van de burger via de bescherming van zijn eigendom eist bijgevolg dat zowel voor kleine inkomens en vermogens als voor hoge inkomens en vermogens, de grenzen van het overheidsbeslag wettelijk worden vastgelegd.

F. VANISTENDAEL
Gewoon hoogleraar K.U.Leuven

* Deze tekst is slechts een korte samenvatting van een meer uitgewerkte tekst die de deelnemers ter plaatse ter beschikking zal worden gesteld. De reden hiervoor ligt in het feit dat prof. Vanistendael slechts in laatste instantie verzocht werd als preadviseur op te treden.

BEPERKINGEN AAN HET EIGENDOMSRECHT VAN DE ONDERNEMER

I. PROBLEEMSTELLING

A. Mutaties

1. De mutaties die zich sedert 1804 in het bedrijfsleven hebben voorgedaan, zijn van fundamentele aard.

De grote kapitaalconcentratie heeft geleid tot de oprichting van grote exploitatie-eenheden onderling afhankelijk, zelfs over de nationale grenzen heen, soms uitmondend op monopolievorming. Niet één individu doch een hele collectiviteit van eigenaars kunnen hun rechten doen gelden. Tussen de eigenaar en de onderneming neemt de afstand toe. De bedrijfsleiding — het kaderpersoneel — denkt eveneens in termen van ondernemingsbelang, terwijl het begrip arbeidsgemeenschap opduikt.

Het belang van het bedrijfsleven voor de sociale vooruitgang van de hele maatschappij wordt geaccentueerd door het ontstaan van deze grote economische entiteiten, daar zij aanzienlijke sectoren van de maatschappij onder controle krijgen. De Overheid kan niet lijdzaam toezien wanneer de bedrijfsleiding tot ingrijpende wijzigingen (bv. bedrijfssluiting) beslist. Het probleem krijgt soms een politieke dimensie.

Ten slotte stelt men vast dat, onder de druk van het politiek bewustwordingsproces bij de werkende bevolking en van haar georganiseerd optreden, de ondergeschikte arbeid in de onderneming meer en meer burgerrecht verwerft.

Volstaat de betrekkelijkheid, in art. 544 B.W. zelf ingebouwd¹, om deze mutaties op te vangen?

De kernvraag van deze studie luidt: welke beperkingen worden gesteld aan het eigendomsrecht van de ondernemer? Welke zijn de gevolgen ervan op het in art. 544 B.W. omschreven eigendomsbegrip? Beantwoordt het sedert 1804 ongewijzigd artikel 544 B.W. nog aan zijn sociale functie?

B. Sociale betekenis van de eigendom

2. In de oorsprong vindt de eigendom zijn sociale functie in de noodzaak dat hij een voorwaarde is voor het eigen gebruik van een bepaald goed. Het bezit, aanvankelijk een machtspositie, is overgegaan in een rechtsfiguur in de vorm van genot. Eigendom, bezit en genot zijn van materiële toestanden juridische begrippen geworden².

De eigendomsfunctie is een essentieel bestanddeel van elk coherent maatschappelijk systeem. Het is als dusdanig de inzet van het ideologisch denken.

Het eigendomsrecht is de juridische vormgeving van het uitoefenen van meesterschap over zaken met het oog op het aanwenden van de nuttigheid ervan³.

Eigendomsrecht krijgt een politieke draagwijdte: het waarborgt de individuele vrijheid. De Franse Verklaring van de Rechten van de Mens van 1789 beschouwt eigendom

als een natuurlijk, onverjaarbaar en heilig mensenrecht⁴. In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 wordt gesteld, dat een ieder recht heeft op eigendom, hetzij alleen, hetzij samen met anderen. Niemand mag willekeurig van zijn eigendom beroofd worden⁵. Welke de inhoud van dit eigendomsrecht is wordt in deze artikelen niet verduidelijkt.

Als wezenlijk bestanddeel van een sluitende maatschappijstructuur evolueert de eigendom mee met deze structuur. De historische dimensie is van essentieel belang. Het eigendomsrecht heeft in een liberale produktieverhouding een andere inhoud en een andere draagwijdte dan in een socialistische produktieverhouding⁶.

De particuliere eigendom van de produktiemiddelen is een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van de liberale produktieverhoudingen, zoals deze tot uiting komen in het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid⁷.

II. DE ECONOMISCHE EIGENDOM NAAR BELGISCHE RECHTSNORMEN

A. Geen sociaal-economisch grondrecht

3. Op bepaalde produktiemiddelen⁸ kan de werkgever een privaat eigendomsrecht doen gelden.

De Belgische Grondwet erkent de eigendom, in deze specifieke functie, niet als een sociaal-economisch grondrecht. De Grondwet beperkt er zich toe het te beschermen tegen onteigening en tegen algemene verbeurdverklaring⁹.

De Grondwet geeft bovendien geen duidelijke inhoud aan het eigendomsrecht. Dit gebeurt bij art. 544 B.W.

Het andere basisprincipe van ons economisch stelsel, namelijk de vrijheid van handel en van nijverheid wordt evenmin grondwettelijk bevestigd¹⁰. Dit beginsel behoort wel tot de Belgische openbare orde¹¹.

⁴ *Ibid.*, 483.

⁵ Artt. 2 en 17 van de Universele Verklaring.

⁶ VAN LENNEP, R., o.c., 115 e.v.

⁷ VAN IMPE, H., «Les droits économiques et sociaux constituent-ils une catégorie spécifique de libertés publiques?», in *Actes du colloque international de droit comparé de 1967*, Brussel, Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking, 1972, 533: «... Au droit de propriété se rattache étroitement la liberté d'entreprise dans le commerce et l'industrie, ...»

⁸ ANDRIESEN, J.E., *Economie in theorie en praktijk*, Amsterdam, Elsevier, 1976, 9:

Met produktieverhoudingen wordt hier bedoeld de wijze waarop de produktiekrachten verdeeld worden, wie de eigenaar is van de werktuigen, aan wie het geproduceerde toebehoort en hoe de producten verdeeld worden.

De produktiekrachten zijn de werktuigen, de grondstoffen, de kennis en de arbeidskracht, waarmee de mens produceert.

⁹ Artt. 11-12 Grondwet, MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story, 1981, 570-571.

¹⁰ DE VROEDE, P., *Handboek van het Belgisch economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 15.

¹¹ *Ibid.*, 21.

¹ DE PAGE, H., en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1952, 779.

² VAN LENNEP, R., *De socialisatie van het recht*, Leuven, De Vlaamse Drukkerij, 1962, 113.

³ VAN NESTE, F., «Eigendom morgen», *T.P.R.*, 1983, 479.

B. De artikelen 544 en 546 B.W.

4. De juridische verhouding tussen de werkgever-eigenaar en de produktiegoederen valt onder de algemene regeling van het Burgerlijk Wetboek. Het B.W. gaat niet grondig in op de specifieke economische relatie.

De artikelen 544 en 546 B.W. geven in principe aan de ondernemer-eigenaar het recht om, in het raam van de geldende wetten en verordeningen, op de meest volstreckte wijze over zijn onderneming te beschikken en er het genot van te hebben. Hij heeft eveneens recht op al wat de onderneming voortbrengt en op hetgeen, hetzij natuurlijk, hetzij kunstmatig, als bijzaak ermede wordt verenigd. Het genaamd recht op natrekking.

C. Geen volstrekt recht

5. Het feit dat art. 544 bepaalt dat de eigenaar «op de meest volstreckte wijze» van een zaak het genot mag hebben en daarover mag beschikken, betekent niet dat hij een onbeperkt recht heeft.

Zulks blijkt uit de libellering van art. 544 zelf: van een goed mag men geen gebruik maken dat strijdig is met de wetten.

«Op volstreckte wijze» betekent dat de eigenaar in beginsel over een algemeen recht beschikt. Hij mag met zijn eigendom aanvangen alles wat hem niet verboden wordt bij de wet¹².

Deze zinsnede is wellicht om historische redenen in art. 544 opgenomen. De wetgever van 1804 wou bevestigen dat het eigendomsrecht voortaan vrij was van allerhande verplichtingen¹³, zelfs ten gunste van andere privé-personen, die — sedert de middeleeuwen — drukten op de eigenaar of op de persoon die de onmiddellijke en werkelijke macht over een grond uitoefende¹⁴.

D. De kenmerken van het eigendomsrecht

6. De algemene kenmerken van het eigendomsrecht gelden eveneens voor de economische eigendom. Deze kenmerken zijn¹⁵:

1) het eigendomsrecht is een *exclusief* recht: meerdere personen kunnen niet terzelfder tijd dezelfde eigendomsrechten op een zaak doen gelden. Op dit punt heeft zich echter een belangrijke evolutie voorgedaan in het bedrijfsleven. De collectieve eigendom is een gevolg van de natuurlijke concentratie van het kapitaal¹⁶;

¹² DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., 780.

¹³ *Ibid.*, 780.

¹⁴ GILISSEN, J., *Historische inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 604-605: «... van de 10e tot de 18e eeuw, zijn de rechten op de grond heel anders opgevat dan in het Romeinse en in het Germaanse recht. ... De normale vorm van recht op de grond was niet meer de eigendom wel de tenure. Dit was een recht t.o.v. een stuk grond: de eigenaar verleende aan een ander persoon het gebruik en het genot voor een lange tijd op zodanige wijze dat deze persoon een onmiddellijke en werkelijke macht t.o.v. die grond kon uitoefenen ...»

¹⁵ DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., 781 e.v.

¹⁶ Zie infra III, C, 2.

2) het eigendomsrecht is een *voortdurend* recht. Het gaat niet te niet. Het wordt overgedragen;

3) het eigendomsrecht is een *algemeen* recht. Een eigenaar mag met zijn zaak aanvangen wat hij wil, behalve datgene wat de wet verbiedt;

4) het eigendomsrecht is een *recht zonder oorzaak*. Het begrip volstrekt (absoluut) recht wordt hier gebruikt in de betekenis van «zonder oorzaak». De eigenaar moet geen rechtvaardiging geven voor de wijze waarop hij zijn eigendom gebruikt en de doelstelling welke hij met zijn recht beoogt¹⁷. Meer nog, in de eigendomsopvatting van het B.W. wordt het toebehoren — wezenlijk bestanddeel van de eigendom — opgevat als ongedeeld, ongebonden en op het particulier belang van de eigenaar gericht of afgestemd¹⁸.

Twee van deze kenmerken zullen nader onderzocht worden, met name deze die het eigendomsrecht als een exclusief en als een recht zonder oorzaak beschouwen.

E. De inhoud van het eigendomsrecht

7. De ondernemer heeft, overeenkomstig art. 544 B.W., een beschikkingsrecht en een genotsrecht op zijn onderneming. Hij kan er over beschikken, haar gebruiken en de vruchten ervan plukken.

F. Het beschikkingsrecht

8. Het gebruiksrecht van de werkgever op zijn onderneming betekent dat hij naar believen zijn onderneming mag verkopen, sluiten, vernietigen, herstructureren of zijn rechten gedeeltelijk mag overdragen.

G. Het gebruiksrecht en het genotsrecht. Inhoud en beperkingen

9. De eigenaar beschikt over een volledige vrijheid bij het bepalen van de bestemming van zijn onderneming. Hij mag deze gebruiken of niet gebruiken. Hij mag er de vruchten van plukken of niet van plukken¹⁹. De onderneming behoort hem toe en dit toebehoren dient te worden opgevat als ongedeeld, ongebonden en op het particulier belang van de eigenaar afgestemd²⁰.

Het gebruiksrecht houdt nauw verband met problemen als het bepalen van de finaliteit van de onderneming, het prijzenbeleid, het produktiebeleid, de relatie met de werknemers.

De traditionele burgerrechtelijke theorieën omtrent de juridische beperkingen van het gebruik en het genot van de eigendom en vooral van de onroerende goederen zijn voldoende gekend. Wij beperken er ons toe deze hier te vermelden²¹:

1) *de beperkingen van rechtswege*. Zonder dat zij uitdrukkelijk in een wettekst hoeven voor te komen, vloeien zij voort uit de algemene rechtsbeginselen, met name de

¹⁷ DE PAGE, H., en DEKKERS, R., o.c., 783.

¹⁸ VEN NESTE, F., o.c., 484.

¹⁹ DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., 794.

²⁰ VAN NESTE, F., o.c., 484.

²¹ DE PAGE H. en DEKKERS, R., o.c., 795 e.v.

gelijkheid tussen de eigendommen en het rechtsmisbruik²².

Het gaat om volgende theorieën:

a) de betrekking van nabuurschap (onroerende goederen) met gebruik van de onroerende goederen. Als onderscheid wordt gemaakt:

- foutief optreden bij gebruik van eigendom;
- misbruik van eigendom;
- schade berokkend zonder fout (burenhinder);

b) het rechtsmisbruik van eigendom (ruimer dan nabuurschap);

2) de eigenlijke beperkingen:

a) de bijzondere beperkingen die bij een wettekst worden bepaald;

b) de beperkingen die gelijken op erfdiensbaarheden.

H. Toepassing van de burgerrechtelijke theorieën op het ondernemingsgebeuren

10. Deze burgerrechtelijke theorieën zijn van toepassing in de volgende gevallen:

— een onderneming stort giftige stoffen in een rivier: theorie van de nabuurschap: foutieve aanwending van de eigendom²³;

— een onderneming hindert de omgeving met lawaai of rookuitwasemingen: theorie van de burenhinder (aansprakelijkheid zonder fout)²⁴. Deze theorie is van toepassing op de materie van de gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven zelfs wanneer de werkgever alle mogelijke voorzorgsmaatregelen heeft genomen en alle reglementen heeft nageleefd²⁵;

— een conflict tussen twee grootwarenhuizen waarbij het ene de lichtreclame zodanig plaatst dat die van het andere warenhuis niet meer zichtbaar is: toepassing van de theorie van rechtsmisbruik. Als rechtsmisbruik kan bv. beschouwd worden het gebruik van zijn recht op een goed met andere doeleinden dan waartoe het bij de wet bestemd is²⁶;

— onteigeningen wegens openbaar nut, de reglementering op de ongezonde ondernemingen, op de hoedanigheid van de levensmiddelen, de maatregelen met het oog op de organisatie van een geleide economie zijn maatregelen die verklaard worden aan de hand van de theorie van de eigenlijke beperkingen van het eigendomsrecht²⁷.

²² *Ibid.*, 823.

²³ *Ibid.*, 798.

²⁴ Overeenkomstig deze theorie zal de ondernemer slechts in bepaalde voorwaarden voor burenhinder kunnen veroordeeld worden: 1° er moet krenking zijn van een eigendomsrecht; 2° de hinder moet onvermijdelijk zijn; 3° de hinder moet het normale wederkerig gedogen tussen burens overtreffen.

DE PAGE en DEKKERS verdedigen — als grond van de aansprakelijkheid: de verstoring van het evenwicht dat noodzakelijkerwijze tussen twee eigendommen moet bestaan.

Het gevolg van burenhinder is niet het stopzetten van de (onvermijdelijke) hinder, doch het betalen van een vergoeding voor de hinder. Zie DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., 799.

²⁵ *Ibid.*, 815.

²⁶ *Ibid.*, 820-821; wij gaan hier niet in op de diverse theorieën van rechtsmisbruik.

²⁷ *Ibid.*, 823 e.v. DE PAGE verklaart het volgende: «... les restrictions apportées à l'usage et à la jouissance de la propriété s'inspirent de considérations variées, mais toutes convergent vers l'in-

. Besluit

11. Reeds in de klassieke opvatting over het eigendomsrecht verdedigden gezaghebbende auteurs de idee dat de eigendom — zoals omschreven in art. 544 B.W. — in se een relatief recht was.

Bovendien aanvaardden zij dat aan dat eigendomsrecht beperkingen konden worden aangebracht. De ontwikkelde theorieën werden ook op het bedrijfsleven toegepast.

De theorie van de beperkingen van rechtswege, nabuurschap en rechtsmisbruik, vertonen het grote nadeel dat zij op de eigenaar geen enkele concrete verplichting opleggen daar waar hij de volledige beschikking en het volledig gebruik van zijn goed behoudt. Zijn marge tot handelen is zo groot dat de werknemersbelangen reeds lang kunnen worden teruggedrongen, vooraleer de conflictsituatie een juridische vorm kan krijgen.

De theorie van de eigenlijke (wettelijke) beperkingen, in naam van het algemeen belang, betekent een aanloop tot de latere theorie van de sociale functie van de eigendom²⁸.

III. EEN ONDERZOEK NAAR DE WETTELIJKE BEPERKINGEN GESTELD AAN HET PRIVAAT EIGENDOMSRECHT VAN DE ONDERNEMER

A. Toelichting

1. Inhoud van de eigendom

12. Het privaat eigendomsrecht van de ondernemer komt naar gelang van de structuur van de onderneming tot uiting in de vorm van een particulier eigendomsrecht of van een collectief eigendomsrecht, met of zonder rechtspersoonlijkheid²⁹.

Dit eigendomsrecht kan hij doen gelden ten opzichte van bepaalde produktiekrachten (goederen als gebouwen, werktuigen, grondstoffen, e.a.). Ten opzichte van andere produktiekrachten (als de arbeidsprestatie) kan hij de huur-overeenkomst inroepen. Bij de huur van arbeid verwerft hij in principe gelijkaardige rechten als bij de huur van goederen. In beide gevallen van huurovereenkomst wordt de inhoud van zijn rechten als huurder, in wezen bepaald, door het feit, dat de produktieverhoudingen gekenmerkt worden door het private bezit van de produktiekrachten.

In de klassieke opvatting van het eigendomsrecht, gedefinieerd in art. 544 B.W., betekent dit dat de goederen hem toebehoren, ongedeeld, ongebonden en op zijn particulier belang gericht of afgestemd³⁰.

De goederen en diensten die hij huurt worden op hun beurt voor dit particulier belang aangewend.

Hiermede komt de eigenaar-ondernemer vaak in conflict — zoniet in voortdurende conflict — met een hele reeks andere belangen.

térêt public ... c'est au nom de la prospérité publique que sont prises toutes les mesures dites d'économie dirigée...

²⁸ Zie *infra*, IV, B, 1 (nr. 55).

²⁹ Zie *infra*, III, C, 2 (nr. 16).

³⁰ VAN NESTE, F., o.c., 484.

2. Beperkingen

13. In de loop der jaren doen zich omstandigheden voor — zowel feitelijke als juridische — die het privaats eigendomsrecht verduidelijken, beperken en zelfs heroriënteren. In dit deel van onze studie geven wij — bij wijze van voorbeeld — een overzicht van deze juridische beperkingen. Zij worden gegroepeerd in de volgende thema's:

- 1° het natrekkingsrecht;
- 2° een evolutie naar zelfbeperking;
- 3° de interventie van de overheid;
- 4° de arbeid: tegenmacht of bondgenoot;
- 5° de verbruiker.

Onze aandacht gaat vooral naar de problematiek van de arbeidsrelatie.

B. Beperkingen in het Burgerlijk Wetboek: het natrekkingsrecht

14. De regeling in het Burgerlijk Wetboek opgenomen inzake de natrekking bevestigt de opvatting van de wetgever van 1804. De eigendom van een roerende of een onroerende zaak geeft recht op al wat zij voortbrengt en op hetgeen, hetzij natuurlijk, hetzij kunstmatig, als bijzaak ermee verenigd wordt³¹.

Indien deze vruchten het resultaat zijn van een geïnvesteerde arbeidskracht, dan volstaat het die persoon te vergoeden³².

Het recht van natrekking van twee roerende goederen, die aan twee verschillende eigenaars toebehoren is volledig onderworpen aan de beginselen van de natuurlijke billijkheid³³. Het B.W. geeft echter aanbevelingen aan de rechter.

Enkele van de voorgestelde regels, die de rechter in staat moeten stellen om in de niet voorziene gevallen te beslissen, krijgen onze aandacht.

Een ambachtsman of enig ander persoon, gebruikt een hem niet toebehorende stof om een zaak van een nieuwe soort te vervaardigen. Deze stof kan haar eerste vorm herkennen of niet. Indien de arbeid van zoveel belang is dat hij de waarde van de gebruikte stof ver overtreft, dan wordt de arbeid als hoofdzak beschouwd. De arbeider heeft het recht de bewerkte zaak voor zich te behouden. Hij moet de prijs van de stof aan de eigenaar vergoeden³⁴.

Een gelijkaardig principe geldt voor het geval dat iemand, om een zaak van een nieuwe soort te vervaardigen, gedeeltelijk een hem toebehorende stof en gedeeltelijk een hem niet toebehorende stof heeft gebruikt. De zaak is aan beide eigenaars gemeen naar evenredigheid: voor de ene naar evenredigheid van de stof die hem toebehoorde en voor de andere naar evenredigheid zowel van de stof die hem toebehoorde als van de waarde van zijn arbeid³⁵.

De artikelen 571 en 572 betreffen het geval dat een ambachtsman of enig ander persoon of een arbeider een genotsrecht op de zaak heeft gekregen (huur of vruchtge-

bruik) of toevallig het roerend goed in zijn bezit heeft gekregen.

Dit is het geval niet in de relatie werkgever/werknemer³⁶.

Niettemin is de vaststelling, dat het B.W. terloops aanvaardt, dat arbeid een eigendomstitel kan zijn, belangrijk inzake het probleem dat hier ter studie ligt. In het raam van de inspraakproblematiek rijst immers de vraag op welke gronden de werknemersparticipatie kan worden verantwoord.

C. Een evolutie naar zelfbeperking

1. Toelichting

15. De produktieverhoudingen die bij het begin van de 19e eeuw bestonden, waren van die aard dat het eigendomsbegrip, omschreven in art. 544 B.W., zonder principiële moeilijkheden kon worden toegepast op het bedrijfsleven.

Vandaag hebben zich echter wezenlijke wijzigingen voorgedaan³⁷.

Een nieuw type van eigendomsrecht ontstaat in het bedrijfsleven, waaraan het Burgerlijk Wetboek weinig of geen aandacht heeft besteed, nl. de gemeenschappelijke eigendom.

De complexiteit van het bedrijfsleven neemt bovendien zodanig toe, dat op sommige deelgebieden afstand wordt genomen van het in de 18e eeuw verworven recht van vrijheid van handel en van nijverheid³⁸. Sommige beroepen gaan over tot totale ordening van hun activiteiten.

Beide fenomenen hebben een beperking van het eigendomsrecht van de individuele ondernemer-eigenaar tot gevolg.

2. De gemeenschappelijke eigendom

16. Een goed kan eigendom zijn van meerdere personen terzelfder tijd. Deze eigendom kan de vorm aannemen van de medeëigendom of van de gemeenschappelijke eigendom.

Het bedrijfsleven maakt frequent gebruik van de gemeenschappelijke eigendom. Het eigendomsrecht behoort in dit geval ongedeeld aan meerdere personen, die er een gemeenschappelijk doel mee nastreven³⁹. Deze eigendoms-

³⁶ COLIN en CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Parijs, Dalloz, 1927, 872: «... c'est que les règles de l'accession mobilière ne s'appliquent ... qu'à défaut de conventions, 'dans les cas non prévus', et lorsque l'union ou la transformation de la chose a eu lieu par accident ... comment a-t-on pu songer à faire l'application de ces règles aux travailleurs de l'industrie...»

³⁷ VAN NESTE, F., o.c., 480 e.v. De auteur geeft volgende voorbeelden:

— een ander type van eigenaar verschijnt: naast de individuele werkgever-eigenaar spelen rechtspersonen een belangrijke rol (vennootschappen);

— de eigendomsrealiteit ondergaat belangrijke wijzigingen met het ontstaan van grote goederenentiteiten;

— de deelaspecten van de eigendomsbevoegdheden worden verspreid en verdeeld over meerdere personen.

³⁸ DE VROEDE, P., o.c., 43 e.v.

³⁹ DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., 982.

DE PAGE verklaart: «... les exigences des entreprises actuelles sont telles, qu'il est utile et même nécessaire de grouper les biens à leur service ... La propriété collective est l'instrument juridique de l'entreprise moderne» (p. 1012).

³¹ B.W., art. 546.

³² B.W., art. 548.

³³ B.W., art. 565.

³⁴ B.W., art. 571.

³⁵ B.W., art. 572. KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht. Zakenrecht*, Antwerpen De Standaard N.V., s.d., 157.

structuur stelt het probleem van het beheer. Immers, dit beheer kan niet worden waargenomen door de individuele eigenaars ut singuli. Een orgaan zal worden opgericht, dat in naam van de eigenaars alle eigendomsbevoegdheden uitoefent zonder echter eigenaar te worden. Dit orgaan beslist overeenkomstig de regel van de meerderheid en verworpt het principe van het vetorecht⁴⁰. Bovendien worden de eigendomsbevoegdheden verdeeld en verspreid over meerdere personen, die geen eigenaar zijn. Het genotsrecht blijft grotendeels bij de kapitaalverstrekkers. Het verbruiksrecht komt toe aan allen die betrokken worden bij het productieproces⁴¹.

De concentratie van de produktiemiddelen brengt de particuliere eigenaars er onderling toe om in een belangrijke mate afstand te doen van bepaalde van hun eigendomsrechten ten voordele van een gezamenlijk optreden. Men kan zulks als een fenomeen van zelfbeperking beschouwen. Het gaat immers om een door de werkgever-eigenaars gewilde evolutie met het oog op een betere behartiging van hun belangen.

3. De ordening van het bedrijfsleven

17. Beperkingen van het eigendomsrecht van de werkgever vloeien eveneens voort uit onderlinge afspraken — men zegge leefregels — die worden gemaakt of die door de Overheid worden opgelegd aan de bedrijven ten einde de werking van het algehele economische apparaat te bevorderen.

Hiermee betreden wij het domein van het economisch recht. Deze gedragsregels zijn zoveel beperkingen die op de ondernemer rusten. Hun doeleinden zijn van de meest diverse aard.

De Vestigingswet van 24 december 1958 beoogt het verhogen van de weerbaarheid van de middenstandsondernemingen met het invoeren van beroepsbekwaamheidsvereisten voor de werkgever⁴².

De wet van 29 juni 1975 op de oprichting van handelsvestigingen met een grote oppervlakte onderwerpt deze oprichting aan een reeks administratieve voorwaarden. Het is de bedoeling het distributienet te beheersen⁴³.

De reglementering inzake de produktie of de distributie, de prijzenregeling, de reglementering op de handelspraktijken als de handelsvoorlichting, de verkoop met verlies, de uitverkoop, de openbare verkoop, de reglementering op het economisch machtsmisbruik beperken in grote mate het beschikkingsrecht en genotsrecht van de ondernemer.

Zij zijn niet alleen het gevolg van de nationale wetgeving maar eveneens van de Europese reglementering⁴⁴.

De opzet van deze reglementering is niet altijd en uitsluitend de wens om het marktgebeuren efficiënt te ordenen. De bedoeling kan eveneens hetzelfde zijn de verbruiker te beschermen, het algemeen belang te dienen of de belangen van de Overheid te behartigen.

D. De interventie van de Overheid: het algemeen belang en de belangen van de Overheid verdedigen

18. De wetgeving ter zake is omvangrijk en verscheiden.

Een reeks reglementaire beschikkingen kunnen samengebracht worden onder de benaming: economische activiteit van de Overheid. De overheid kan van oordeel zijn, dat zij in een bepaalde sector van het bedrijfsleven ook actief moet optreden in het belang van de gemeenschap of om een bijkomende bron van inkomens te verwerven⁴⁵.

Andere maatregelen behoren tot de categorie van overheidsmaatregelen ter bevordering en ter ondersteuning van de economische activiteit⁴⁶. Men denke aan de economische planning, aan de wetgeving op de economische expansie en aan de diverse vormen van overheidssteun aan bedrijven in moeilijkheden⁴⁷.

Met deze maatregelen beoogt de Overheid de behartiging van het algemeen belang. Zij kan hierbij aan de ondernemer als voorwaarde van de steun allerhande beperkingen opleggen.

Tevens worden talrijke specifieke wetten uitgevaardigd waarvan kan worden gezegd dat zij alle in essentie het algemeen belang beogen en daartoe overgaan tot het beperken van het eigendomsrecht van de werkgever. Men denke aan de wetgeving op de gevaarlijke, hinderlijke en ongezonde bedrijven, de wetgeving op de volksgezondheid, de wetgeving op het leefmilieu, e.a.⁴⁸.

E. De verdediging van de verbruiker

19. In principe kan gesteld worden dat de ondernemer de produkten mag produceren die hij wil produceren, zowel naar hoeveelheid als naar hoedanigheid. Dit recht put hij uit zijn recht om over zijn onderneming te beschikken zoals hij wil. Maar op dat punt kunnen zijn belangen in botsing komen met die van de verbruiker. In de mate dat de verdediging van de verbruikersbelangen deze van de werkgever beknotten kan men spreken van beperkingen op het eigendomsrecht van de ondernemer.

De verdediging van de verbruikersbelangen neemt meerdere vormen aan. Zo moeten zijn belangen verdedigd worden i.v.m. de hoeveelheid, de kwaliteit, de prijs, bedrieglijke informatie, e.a. De verbruiker moet niet alleen beschermd worden, hij moet ook begeleid worden. Bovendien stelt men vast dat een reglementering ter zake soms meerdere doelstellingen nastreeft.

Het prijzenbeleid belangt wel degelijk de verbruikers aan, maar tevens beoogt het soms de ordening van het gehele bedrijfsleven.

Hiermee streeft men dan niet alleen het algemeen belang na, maar ook het belang van de overheidsinstelling of van de andere producenten.

⁴⁰ *Ibid.*, 1009.

⁴¹ VAN NESTE, F., o.c., 481.

⁴² B.S., 11 januari 1959. DE VROEDE, P., o.c., 64.

⁴³ B.S., 1 juli 1975. DE VROEDE, P., o.c., 95.

⁴⁴ DE VROEDE, P., o.c., 186.

⁴⁵ VAN LENNEP, R., o.c., 32: «... de vermeerdering van de gemeenschapsuitgaven vordert de nuttige aanwending van alle beschikbare krachten ter oplevering van de nodige gemeenschapsmidelen...»

⁴⁶ DE VROEDE, P., o.c., 485 e.v.

⁴⁷ *Ibid.*, 515.

⁴⁸ Zie supra, II, F.

De reglementering op de ambulante handel heeft tot doel de bescherming zowel van de verbruiker als van de gevestigde handelaars⁴⁹.

De reglementering inzake aanduiding van hoeveelheid, prijsaanduiding, benaming en samenstelling van de producten, benamingen van oorsprong en de handelsreclame gaat wellicht vooral de verbruikers aan, maar is toch niet onbelangrijk voor de andere producenten⁵⁰.

Deze zeer omvangrijke en belangrijke wetgeving beknot wellicht de ondernemingsvrijheid. Niet alleen bestrijdt zij misbruiken maar tevens wil zij de vrije marktmechanismen vlot laten functioneren, meer nog beoogt zij soms uitdrukkelijk het algemeen belang.

Wij menen echter dat de beperkingen die in die geest aan het eigendomsrecht worden aangebracht, uitstekend hun plaats vinden in de begripsomschrijving van art. 544 B.W. De idee van de particuliere toeëigening van de onderneming wordt niet op de helling gezet. Dit zou echter wel kunnen gebeuren indien de verbruikers een plaats zouden opeisen in de inspraakorganen op bedrijfsniveau. Het is immers niet ondenkbaar dat ook de consumenten hun zeg willen hebben over de productie.

F. De arbeid: tegenmacht of bondgenoot van de werkgever

1. Het eigendomsrecht en de arbeidsrelatie

a. De objectivering van het rechtssubject: de werknemer

20. De particuliere eigendom, als één van de fundamentele bestanddelen van de produktieverhoudingen, bepaalt in grote mate de wezenlijke kenmerken ervan.

Concreet komt deze relatie, in de wetgeving op de arbeidsovereenkomst, in een band van ondergeschiktheid tot uiting⁵¹.

Is deze ondergeschiktheid een noodzakelijk gevolg van de private eigendomsrelatie?

Op deze vraag kan bevestigend geantwoord worden⁵². De

werknemer is verplicht te handelen volgens de bevelen en de instructies, die hem worden gegeven door de werkgever, zijn lasthebber of zijn aangestelden met het oog op de uitvoering van de overeenkomst⁵³.

In de logica van deze redenering komt men tot de gevolgtrekking dat de werknemer-rechtssubject zich splitst en zich gedeeltelijk tot object omvormt. Het maakt als dusdanig het voorwerp uit van de arbeidsrelatie en dus van de overeenkomst van huur van werk. Het rechtssubject wordt een aanhangsel van de «verdinglijkte» vorm van het ik⁵⁴. Het wordt herleid tot een produkt van de ruilverhoudingen. Deze toestand neemt de concrete gestalte aan van loonarbeid, waar de arbeider het aanhangsel wordt van zijn koopwaar.

b. De draagwijdte van de rechten van de ondernemer-eigenaar ten opzichte van de arbeidsprestatie-object

21. In principe bestaat er tussen werkgever en werknemer een contractuele relatie waarvan zij zelf de inhoud bepalen met inachtneming van de bestaande wettelijke bepalingen.

Het algemeen beginsel van de wilsautonomie, gegrond op de juridische gelijkheid van de partijen, wordt echter onmiddellijk uitgehold door de wettelijke bevestiging van de band van ondergeschiktheid. De werknemer onderhandelt niet als gelijke partij, als hij eenmaal het principe van de onderhandeling over een werknemersstatuut heeft aanvaard.

De werkgever, huurder van arbeid, oefent derhalve op de arbeidsprestatie-object gelijke of minstens gelijkaardige rechten uit als die welke hij uitoefent bij de huur van produktiegoederen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de produktiekrachten (goederen en arbeid) tot elkaar in een produktieverhouding staan die wezenlijk bepaald worden door de private eigendom op de produktiemiddelen. De aard en de omvang van de rechten, die de werkgever-huurder op de arbeidsprestatie-object kan doen gelden, vloeien hier uit voort. De arbeid wordt verhuurd als een zaak.

Deze conclusie dient echter genuanceerd te worden. Huur van goederen en huur van arbeid kunnen geen identieke juridische verrichtingen zijn, daar de arbeidsprestatie onverbrekelijk verbonden is met een rechtssubject. De «verdinglijking» van het rechtssubject werkt de identiteit van de verrichtingen in de hand. De subjectivering bevordert de differentiatie tussen huur van goederen en huur van arbeid.

ander subject, de macht van de kapitalist om zich meerwaarde toe te eigenen; zijn eigendom van produktiemiddelen betekent meteen macht over andere rechtssubjecten, ...»

⁵³ W.A.O., art. 17.

⁵⁴ TANGHE, F., *Recht en politiek in de spiegel van het marxisme*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 95: «Het rechtssubject is niet alleen aanhangsel van de waar, bovendien ontdekt het zichzelf, waardoor een incorporatie van de private eigendom tot stand komt in de persoon zelf. Het object treedt met zichzelf in een rechtsverhouding, constitueert zichzelf tot object waarmede het een eigendomsrelatie ontwikkelt. Het ik wordt produkt van ruilverhoudingen het rechtssubject een aanhangsel van de 'verdinglijkte' vorm van het ik ...»

⁴⁹ DE VROEDE, P., o.c., 132 e.v.

⁵⁰ DE VROEDE, P., o.c., 363.

⁵¹ Zie wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, B.S., 14 maart 1900, artt. 1 en 7. De wet van 7 augustus 1922 op de arbeidsovereenkomst, B.S., 16-17 augustus 1922, daarentegen geeft geen definitie van de ondergeschiktheid. Zie wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, B.S., 22 augustus 1978, art. 2 e.v.

⁵² TANGHE, F., *Algemene inleiding tot het marxistisch juridisch denken, Mededeling op het Internationaal Marx-Colloquium, 1983, V.U.B.*, onuitgegeven, 7-8: «De arbeidskracht verzelfstandigt zich niet enkel tegenover het subject als waar in de ruil, maar ook in de reproductie als abstracte schepping van maatschappelijke rijkdom. Vervreemding is onteigening van de menselijke subjectiviteit door geobjectiveerde arbeid. ... Elke eigendomsrelatie is zonder meer een subject-object relatie, die geen macht over anderen heeft, terwijl de subject-subject relatie louter contractueel is en enkel op het niveau van de circulatie in zicht komt. Maar vanuit het oogpunt van de produktieverhoudingen maakt de arbeidskracht evenzeer als de produktiemiddelen deel uit van de economische eigendom van de kapitalist: de onderwerping van de arbeider aan het object — dode arbeid — impliceert onderwerping aan een

c. Onrechtstreekse beperkingen van het eigendomsrecht

22. Om bovenvermelde redenen aanvaardt de wetgever, dat op grond van private eigendom van de produktiemiddelen de ondernemer-eigenaar het recht heeft om de werknemer als een object-koopwaar te huren. Men kan daaruit afleiden, dat alle wettelijke bepalingen die hem beletten deze arbeid-object willekeurig aan te wenden, zoveel beperkingen zijn van zijn privaat eigendomsrecht op deze produktiemiddelen, waar zijn rechten als huurder van de arbeidskracht integrerend deel van uitmaken.

Men moet deze beperkingen echter als onrechtstreekse beperkingen voor de ondernemer beschouwen. Het sociaal recht kan in zijn geheel bij deze beperkingen worden ondergebracht⁵⁵.

d. De uitvindingen in dienstverband

23. Toelichting. De regeling inzake uitvindingen in dienstverband geeft een interessante illustratie van de beperkingen ten gunste van de werknemer.

In België bestaat er geen wettelijke regeling. Wel werden er initiatieven genomen⁵⁶. Rechtspraak en rechtsleer vullen de leemte aan. Tevens moet verwezen worden naar het wetsvoorstel De Clercq en het advies van de Nationale Arbeidsraad⁵⁷.

Een onderscheid wordt gemaakt tussen de dienstuitvinding, de afhankelijke uitvinding en de vrije uitvinding⁵⁸.

De dienstuitvinding is die welke tot stand komt ingevolge de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, waarin uitdrukkelijk inventieve prestaties zijn bedongen.

De afhankelijke uitvinding is die welke door de werknemer verricht wordt, buiten de contractueel bepaalde arbeidsprestatie, tijdens of buiten de diensturen, maar die toch in enig verband staat met de onderneming, bijvoorbeeld omdat:

- zij werd ingegeven door de onderneming;
- zij werd beïnvloed door documentatie, raadgevingen of werkmiddelen ter beschikking gesteld door de werkgever;
- zij gebeurde tijdens de werkuren en met gebruik van hiertoe niet bestemde werkmiddelen.

De vrije uitvinding is die welke tot stand komt buiten de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, buiten de diensturen en met eigen middelen van de werknemer. Zij komt dus volledig buiten het bedrijf tot stand.

24. Het eigendomsrecht. Bij de dienstuitvinding is volgens de N.A.R. de werkgever eigenaar. Volgens het wetsvoorstel De Clercq is de werknemer echter eigenaar van zijn creatie en is de werkgever eigenaar van de patrimoniale rechten die betrekking hebben op de creatie⁵⁹.

Bij de afhankelijke uitvinding behoren naamgeving en beschikkingsrecht toe aan de werknemer. De werkgever kan aanspraak maken hetzij op een vergoeding hetzij op een recht op voorkoop op het octrooi⁶⁰.

Bij de vrije uitvinding is de werknemer in het wetsvoorstel en in het advies volledig eigenaar.

Het beding tot toeïgening van de uitvinding ten voordele van de werkgever is rechtsgeldig voor de dienstuitvinding. Het is echter ongeldig voor beide andere types⁶¹.

25. Besluit. De aanvaarde regeling beperkt, vooral waar zij de afhankelijke uitvinding betreft, ontegensprekelijk de rechten, die de werkgever normaliter mag hopen te kunnen putten uit het eigendomsrecht op zijn onderneming en zijn grondstoffen.

D. De besluitvorming beïnvloeden: werknemersinspraak

a. De probleemstelling

26. (1) De werkgever beslist alleen. Op grond van de private eigendom beslist de ondernemer-eigenaar over de bestemming die hij aan zijn onderneming wil geven. Hij oordeelt alleen over de belangen die hij wil behartigen. Hierbij zal hij wel rekening moeten houden met de wetmatigheid van een economisch proces, dat vrije-markteconomie tot grondslag heeft.

Indien de werknemers hun belangen willen verdedigen, dan dienen zij de besluitvorming te beïnvloeden op alle niveaus en op alle plaatsen waar hun belangen ter sprake komen⁶².

⁵⁹ Advies N.A.R. nr. 745.

⁶⁰ STROOBANT, M., o.c., I.2.2.2-21.

⁶¹ PETIT, J., o.c., 135.

⁶² Parl. St., Kamer, 1947-48, nr. 50 van 3 december 1947. Wetsontwerp houdende organisatie van de economie, 2.

De wetgever van 1948 huldigt volgend standpunt: «Terwijl, de geleidelijke uitbreiding van het algemeen stemrecht, steeds bredere lagen van de Natie ging doen delen in het uitoefenen van de politieke macht, bleef de economische macht het uitsluitelijk aandeel van de kapitaalhouders, ... De tegenspraak ... wordt nog duidelijker, naargelang het eigendomsrecht minder volstrekt wordt ... Het juridisch beginsel van de onderneming berust nog steeds op het traditioneel begrip van het bezit alsook op de burgerlijke vennootschapsleer- en dienstcontracten.

De taak van de wetgever van morgen zal zijn dit contractueel substratum te vervangen door de opvatting van de instelling die, in de schoot van de onderneming, het harmonisch samensmelten teweeg zal brengen van de sociale machten, die bijdragen tot de verwezenlijking van de bedrijfsdoeleinden, zonder dat één van die machten de andere zal overtreffen. In dit opzicht is het zeker dat de stichting van de ondernemingsraden, een structuurhervorming van een bijzonder belang is.

Zij verwezenlijkt een beslissende stap in de richting van een nieuw recht van de onderneming dat de nauwe en vruchtbare samenwerking van de machten van arbeid en kapitaal zal toelaten.»

⁵⁵ HORION, P., *Nouveau précis de droit social belge*, Luik, Faculté de droit, 1969, 23-24: «A l'heure actuelle, le droit social concerne principalement les personnes qui se trouvent dans une situation juridique caractéristique: les salariés qui s'engagent à travailler sous la subordination d'un employeur. La sollicitude que le législateur leur accorde est plus généralement la contrepartie de cet état de subordination que la conséquence de la faiblesse de leurs ressources.»

⁵⁶ PETIT, J., «Een wet of een C.A.O. over de uitvindingen van werknemers?», *R.W.*, 1982-1983, 130 e.v.

⁵⁷ Parl. St., Senaat, 1979-80, nr. 270/1 en Senaat, 1981-82, nr. 38/1. Advies N.A.R. nr. 745 van 13 april 1983.

⁵⁸ STROOBANT, M., *Het sociaal recht in de praktijk. De individuele arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1983, I.2.2.2.-19 e.v.

De besluitvorming heeft echter niet alleen plaats binnen de eigen begrenzing van de onderneming. Het beleid van de onderneming wordt ook mede bepaald door beslissingen buiten de juridische of economische entiteit getroffen. Tevens is het zo dat deze beslissingen niet alleen op het economische maar ook op het politieke vlak tot stand komen. Daarbij mag niet uit het oog verloren worden dat de besluitvormingsmechanismen vaak grensoverschrijdend functioneren⁶³.

De werknemersinspraak die op deze wijze tot stand komt, betekent een duidelijke beperking van het eigendomsrecht van de ondernemer zonder dit eigendomsrecht in wezen in het gedrang te brengen⁶⁴.

27. (2) *De inspraak: drie functies.* Het onderzoek naar de juridische beperkingen van het eigendomsrecht van de ondernemer ingevolge werknemersinspraak kan op drie onderscheiden gebieden verricht worden. Deze stemmen overeen met drie functies die aan deze inspraak kunnen worden toegeschreven, namelijk een functie van medebeheer, van sociaal overleg en van sociale contestatie. Deze functies staan in nauw onderling verband en de deelgebieden van de arbeidsverhoudingen waarop zij betrekking hebben veranderen voortdurend van inhoud. Bovendien zijn overlappen mogelijk. Een probleem kan onder meerdere functies vallen.

Onder *medebeheer* verstaan wij die functie waarin de werknemersbelangen geplaatst worden in het perspectief van de belangen van de onderneming. Deze laatste worden bepaald door de thans geldende sociale en economische wetmatigheid in laatste instantie afgestemd op de particuliere belangen van de kapitaalverschaffers.

Het *sociaal overleg* beschouwen wij als zijnde de inspraakfunctie waarbij de werkgevers aanvaarden dat op een bepaald gebied hun eenzijdig beslissingsrecht wordt afgezwakt ten voordele van een gesprek, een overleg met de werknemers. De werknemersbelangen worden in een eigen perspectief geplaatst, dat eventueel in fundamentele tegenspraak kan zijn met die van de kapitaalverschaffers. De geldende sociaal-economische wetmatigheid zal ook hier worden ingeroepen ten einde de werknemerseisen om te buigen tot voor het systeem aanvaardbare oplossingen. De bestaande machtsverhouding tussen de belangengroepen zal van doorslaggevende aard zijn. De bestaande wetmatigheid kan echter zodanig worden aangetast, dat structuurhervormingen noodzakelijk zijn.

De *sociale contestatie* is de functie waarbij de werknemers pressie uitoefenen desnoods buiten de wettelijke kanalen, ten einde hun revindicaties kracht bij te zetten. Zij heeft een ruim toepassingsgebied. Meer dan in het sociaal overleg zullen de werknemers vanuit hun specifieke eigenheid hun belangen verdedigen.

De mogelijkheid van een botsing tussen de bestaande sociaal-economische en derhalve juridische wetmatigheid en de verdediging van de werknemersbelangen in het raam van de werknemersinspraak is het grootst in de sociale contesta-

tie en minder groot in het sociaal overleg. Zij is fel afgezwakt in systemen van medezeggenschap.

Het probleem dient zowel vanuit het institutionele als vanuit het inhoudelijk aspect behandeld te worden.

28. (3) *De rol van de meest representatieve vakorganisaties.* Kenmerkend voor ons Belgisch systeem van arbeidsverhoudingen en meer bepaald van ons systeem van werknemersinspraak is dat de vakorganisaties, zoniëten een exclusieve rol, dan toch een primordiale rol spelen⁶⁵. Het gaat erom bij de arbeidsrelaties voldoende gezaghebbende organisaties in te schakelen, opdat de afspraken nageleefd worden zonder dat de overheid repressief dient op te treden.

Werknemersinspraak is een aangelegenheid door de Belgische wetgever voorbehouden aan die georganiseerden die tot de grote vakbonden behoren. De ongeorganiseerden en de kleinere vakorganisaties komen niet aan bod. De vakorganisaties hebben deze regeling afgedwongen⁶⁶.

In naam van de vrijheid van vakvereniging wordt deze regeling betwist. In naam van de noodzakelijke solidariteit tussen de werknemers en de efficiëntie van hun gezamenlijk optreden wordt zij verdedigd.

In verband met het verwerpen van inspraak van ongeorganiseerden wordt een bijkomende argumentering gebruikt. De werknemersafgevaardigden dienen duidelijke instructies mee te krijgen en moeten aan een strikt toezicht worden onderworpen, anders kan hun optreden de vakbondswerking in het gedrang brengen. Deze begeleiding is niet aanwezig bij ongeorganiseerden. Het gevolg van deze besloten opstelling is, dat de individuele werknemer zich niet bij de inspraakorganen betrokken voelt, behalve indien de vakorganisaties een interne democratische werking waarborgen. De niet-georganiseerden komen in elk geval niet aan hun trekken in de inspraakorganen.

Niettemin ontsnapt de individuele werknemer niet volledig aan elke juridische bescherming.

In het statuut van de vakbondsafgevaardigde is in de mogelijkheid voorzien het hele personeel in te lichten en te raadplegen⁶⁷.

Het cassatiearrest inzake E. De Bruyne/SIBP aanvaardt dat de individuele werknemer drager is van een recht om te staken zelfs buiten iedere erkenning door een vakbond om⁶⁸.

In het raam van de experimenten van werkoverleg wordt aan de individuele werknemer een grotere verantwoordelijkheid toegekend bij het bepalen en het uitvoeren van zijn taak⁶⁹.

⁶⁵ LENAERTS, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, Story, 1973, 331 en 340.

⁶⁶ STEYAERT, J., *Ondernemingsraad — Comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen*, Gent, Algemene Practische Rechtsverzameling, Story, 1975, 23.

⁶⁷ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 5, gesloten op 24 mei 1971 betreffende het statuut van de syndicale afvaardiging van het personeel der ondernemingen, N.A.R., B.S., 1 juli 1971, art. 23.

⁶⁸ STROOBANT, M., *Het statuut van de vakbondsafgevaardigde*, Brussel, Centrum Arbeidsrecht, Vrije Universiteit Brussel, Bulletin 3, 1982, 123.

⁶⁹ A.C.V., (ed.), *Democratisering van de onderneming*, Brussel, 1973, 36: «In het algemeen heeft het werkoverleg tot doel de erkenning van de arbeider in zijn dagelijkse werksituatie te realiseren.»

⁶³ DE KOSTER, A., *Multinationale ondernemingen en arbeidsverhoudingen in België*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 696 p.

⁶⁴ ALBEDA, W., *Vakbeweging en onderneming*, Rotterdam, Universitaire Pers Rotterdam, 1971, 15. VAN ACKER, G., «Ontwikkeling van de overlegeconomie», in *30 jaar Belgische Arbeidsverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1977, 66.

b. De institutionele aspecten

29. (1) *Toelichting* De werknemersinspraak kan een gestructureerd of een niet-gestructureerd verloop hebben. Bepalend hiervoor is of de inspraak een voortdurend of een tijdelijk karakter heeft. Op deze wijze komt een ordening of niet-ordening van het bedrijfsleven tot stand.

Dit institutioneel aspect heeft betrekking op de drie bovenvermelde inspraakfuncties: medebeheer, overleg en contestatie.

In de eerste plaats wordt het algemeen organisatieschema behandeld. Vervolgens komen aan bod enkele vooropgestelde wijzigingen en ten slotte het probleem van de algemene draagwijdte van de bevoegdheid van de inspraakorganen.

Alle instanties kunnen ondergebracht worden onder de medebeheer- en/of overlegfunctie. De vakbondsafvaardiging vervult bovendien een contesterende rol⁷⁰.

30. (2) *De bedrijfsorganisatie lato sensu*. De gestructureerde inspraak van de werknemers bij het beheer van hun onderneming en meer algemeen van het bedrijfsleven kan, samenvattend, de bedrijfsorganisatie genoemd worden⁷¹. De bedrijfsorganisatie omvat niet alleen de inspraakmechanismen intern aan de onderneming, maar tevens ook die welke buiten de onderneming functioneren en die het ondernemingsbeleid mede beïnvloeden. Zij betreft zowel de instanties die op een of andere wijze een beheersfunctie waarnemen als die welke worden ingeschakeld bij het sociaal overleg of de sociale contestatie.

Hierna wordt eerst een schematische voorstelling gegeven van de bedrijfsorganisatie in ruime zin opgevat. Zij omvat meer dan de instanties die in de periode na de Tweede Wereldoorlog zijn ingericht ten einde de economische en sociale relatie tussen werkgevers en werknemers te ordenen. Zij betreft eveneens instanties waarbij de werkgevers en werknemers betrokken worden bij het sociaal-economisch beleid van de overheid.

Zowel in het eerste als in het tweede geval heeft deze sociaal-economische ordening gevolgen voor de manier waarop de ondernemer over zijn onderneming mag beschikken.

Hierna volgt een schematische voorstelling van de bedrijfsorganisatie. Vervolgens besteden wij onze aandacht aan de manier waarop de werknemersinspraak op ondernemingsniveau functioneert⁷².

Ten slotte zij opgemerkt dat het probleem slechts behandeld wordt in de particuliere sector. Hoewel werknemersin-

spraak in de overheidssector ontegensprekelijk verband houdt met de bestudeerde problematiek, menen wij dat dit onderwerp ons in het raam van deze studie te ver zou leiden⁷³.

31. (3) *Bedrijfsorganisatie: schematische voorstelling*. Het niet-geïstitutionaliseerd overleg. Dit omvat de arbeidsconferenties, die onder de meest diverse benamingen op geregelde tijdstippen — vooral op crisismomenten — worden samengeroepen.

Zij kunnen bipartite (werknemers-werkgevers) of tripartite (werkgevers-werknemers-overheid) zijn. Zijn de conclusies eenmaal getrokken, dan houden deze conferenties op te bestaan, bv. de Arbeidsconferentie (1936) Van Zeeland of de Conferentie op de tewerkstelling (1973).

De bedoeling is beleidsopties te laten goedkeuren. In het raam van dit overleg aanvaarden de werkgevers sommige beperkingen aan hun eigendomsrecht. Als voorbeeld halen wij hier de Gemeenschappelijke Verklaring over de Produktiviteit van 5 mei 1954 aan⁷⁴.

32. Het geïstitutionaliseerd overleg.

i) het sociaal-economisch overleg in de particuliere sector⁷⁵:

— op ondernemingsniveau:

- de ondernemingsraden (wet 1948);
- de comités voor gezondheid en veiligheid (wet 1952);
- de vakbondsafvaardiging (akkoord 1947 - CAO 1971);

— op nationaal of gewestelijk niveau:

- de paritaire comités (wet 1968);
- de nationale arbeidsraad (wet 1952);
- de bedrijfsraden (wet 1948);
- de centrale raad voor het bedrijfsleven (wet 1948).

ii) Het sociaal-economisch beleid van de Overheid⁷⁶.

Het sociaal-economisch beleid van de Overheid beïnvloedt op complexe wijze de besluitvorming in de onderneming. Dit leidt soms tot een beperking van het beschikkingsrecht van de werkgever over zijn onderneming. Deze beperkingen kunnen allerhande vormen aannemen en zijn veranderlijk in hun intensiteit.

De werknemersinspraak heeft slechts betrekking op een gedeelte van de nationale en regionale instrumenten die de

⁷⁰ VAN ACHTER, O., en VAN ACKER, G., *Overlegorganen*, Brussel, CED-Samsom, 1984, III/9.

⁷¹ LENAERTS, H., o.c., 339. De auteur definieert de bedrijfsorganisatie als: «de algemene benaming van het privaat- of publiekrechtelijk stelsel dat de samenstelling, de inrichting en de bevoegdheden regelt van die organen waarover het georganiseerde bedrijfsleven beschikt voor overleg en samenwerking ter zake van arbeidsaangelegenheden». De wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven geeft geen omschrijving van het begrip «bedrijfsorganisatie», B.S., 27-28 september 1948.

⁷² De uitgebreidheid van het probleem van de bedrijfsorganisatie laat ons niet toe in het raam van deze studie de andere aspecten te bestuderen.

⁷³ VANDERMEULEN, G., *Vakbondsrecht in de publieke sector — ontwikkelingen van de vrijheid van vakvereniging en van het inspraakrecht in de openbare diensten in België*, proefschrift aggregatie hoger onderwijs, Brussel, V.U.B., 1980, 611 p.

⁷⁴ STROOBANT, M., De economische bevoegdheid van de ondernemingsraden in België, in «Studies en Voordrachten», Vrije Universiteit Brussel, Uitgave Instituut Sociologie, 1963, II, 62: «De vruchten van deze verhoging van de produktiviteit moeten de onderneming, de arbeiders en de verbruikers, op billijke wijze ten goede komen.»

⁷⁵ Paritaire comités: wet van 5 december 1968, B.S., 15 januari 1969. Comité veiligheid: wet van 10 juni 1952, B.S., 19 juni 1952. N.A.R.: wet van 29 mei 1952, B.S., 31 mei 1952. Vakbondsafvaardiging: C.A.O. nr. 5, N.A.R., 24 mei 1971, B.S., 1 juli 1971.

⁷⁶ Zie supra, III, C, 3 (nr. 17) en III, D, (nr. 18).

Overheid hiertoe in het leven heeft geroepen. Hierna volgen bij wijze van voorbeeld enkele van deze instrumenten⁷⁷.

1° de wetgevende en verordenende bevoegdheid: raadpleging van de Nationale Arbeidsraad i.v.m. wetgevende initiatieven;

2° het sociaal beleid: het paritair beheer van de sociale zekerheid op grond van de wet van 25 april 1963 (B.S., 25 juli 1963). De Overheid staat het beheer af inzake belangrijke financiële middelen;

3° het economisch beleid: bij wijze van voorbeeld vermelden wij: het Planbureau, wet van 15 juli 1970 (B.S., 31 juli 1970); de Nationale Investeringsmaatschappij, wet van 2 april 1962 (B.S., 18 april 1962); het Nationaal Comité voor economische expansie, K.B. 25 november 1960 (B.S., 30 november 1960); de gewestelijk economische raden, wet van 15 juli 1970; de gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen, wet van 15 juli 1970; de gewestelijke investeringsmaatschappijen, wet van 15 juli 1970; het Vlaams economisch en sociaal overlegcomité, akkoord tussen de Vlaamse Executieve en de sociale gesprekspartners van 22 februari 1980.

33. (4) *Enkele initiatieven*. In het raam van een visie op wat de toekomst zal brengen, past het het initiatief te vermelden tot oprichting van de werknemersraden⁷⁸. Opmerkelijk is dat deze instanties uitsluitend uit werknemers zullen bestaan. Zij zouden in verband met belangrijke beleids-opties (bv. sluiting van de onderneming, of een gedeelte ervan, collectieve afdankingen, e.a.) een vetorecht hebben ten aanzien van het beslissingsrecht van de werkgever⁷⁹.

Een ander initiatief heeft betrekking op de inspraakproblematiek voor kaderleden. Parlementaire initiatieven werden genomen tot oprichting van specifieke organen voor het kaderpersoneel: kaderraden⁸⁰.

De Vlaamse Kristelijke werkgevers opteerden op hun congres van 1977 voor de oprichting van toezichtsraden in de ondernemingen met meer dan 1.000 werknemers, die de juridische vorm van de N.V. hebben aangenomen⁸¹.

Ten slotte dienen vermeld te worden de initiatieven genomen in het raam van de Europese Gemeenschap.

In 1970 werd een voorstel tot oprichting van een Europese Naamloze Vennootschap voorgesteld. In 1972 publiceerde de E.G. een voorstel tot richtlijn inzake

werknemersparticipatie en structuur van de vennootschap⁸².

In beide documenten werd geopteerd voor het Duitse Mitbestimmungsmodel.

De Vredeling-richtlijn met betrekking tot de multinationale bedrijven blijft beperkt tot informatie en adviesrecht van de werknemers in deze bedrijven⁸³.

34. (5) *De bedrijfsbezetting*. Er bestaat in de Belgische wetgeving geen specifieke reglementering inzake de bedrijfsbezetting⁸⁴. Wel dient deze getoetst te worden aan een reeks meer algemene bepalingen. Hieruit groeit dan een partiële juridische regeling. Een van de rechtsregels waarmee de bedrijfsbezetting duidelijk in conflict is, is het eigendomsrecht van de werkgever op de onderneming. Op grond van zijn gebruiksrecht kan hij in principe beslissen wat hij met de productie zal aanvangen en wie hij op het bedrijf zal toelaten.

In de huidige omstandigheden heeft de bedrijfsbezetting vooral tot doel de sluiting van een bedrijf te voorkomen, veeleer dan eisen omtrent betere arbeidsvoorwaarden kracht bij te zetten. De werknemers bezetten het bedrijf ondanks het verbod van de werkgever het bedrijf te betreden. Het beschikkingsrecht van de werkgever over zijn eigendom wordt dus duidelijk aangetast.

Is dit alles wel zó duidelijk? Rechtsleer en rechtspraak nemen genuanceerde standpunten in en aarzelen om de werknemers in alle omstandigheden te veroordelen. Sommigen aanvaarden dat het eigendomsrecht van de werkgever in zekere mate wordt ingeperkt, anderen blijven de *plena in re potestas* van de werkgever verdedigen.

Een strekking in de rechtsleer is van mening dat bedrijfsbezetting niet verenigbaar is met de fundamentele principes waarop het gezag van de ondernemer over zijn onderneming berust. Bedrijfsbezetting is ongeoorloofd omdat het onder meer een inbreuk betekent op de eigendom zoals deze is omschreven in art. 544 B.W.⁸⁵.

De rechtspraak is meestal even terughoudend en beschouwt de bedrijfsbezetting doorgaans als een onwettige daad⁸⁶.

⁸² Het oorspronkelijk voorstel van verordening van een statuut voor de Europese naamloze vennootschappen werd ingediend bij de Ministerraad in 1970, *Bulletin van de E.G.*, 8/1970. Dit voorstel werd nog niet goedgekeurd. Het is bovendien herhaalde malen gewijzigd.

In 1972 werd door de Commissie bij de Ministerraad een voorstel tot vijfde richtlijn ingediend met betrekking tot werknemersinspraak en de structuur van de naamloze vennootschappen, *Bulletin E.G.*, 10/72.

⁸³ Voorstel voor een richtlijn inzake de voorlichting en de raadpleging van de werknemers in ondernemingen met ingewikkelde en in het bijzonder een transnationale structuur — door de Commissie bij de Raad ingediend op 23 oktober 1980.

⁸⁴ RIGAUX, M., *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 391.

⁸⁵ MAGERMAN, K., «Bezetting van de onderneming door de werknemers», *Arbbl.*, 1977, 83; BLANPAIN, «Staking, lock-out, bezetting», *Ondernemen, VKW*, 1977, 172.

⁸⁶ Arbh. Brussel, 5 februari 1973, *J.T.*, 1973, 125. In verband met bedrijfsbezetting verklaart het hof: «Attendu que, lorsque le propriétaire des lieux interdit l'accès à ces lieux à tous ceux qui n'auraient rien à y faire, ceux-la même qui passent outre à cette interdiction portent atteinte au droit de propriété dont un des élé-

⁷⁷ DE VROEDE, P., o.c., 23 e.v.

⁷⁸ Dit voorstel gaat uit van het A.C.V. Het werd geconcretiseerd in twee wetsvoorstellen, nl. het wetsvoorstel LENSSENS, overgenomen door het wetsvoorstel VAN DEN BRANDE-CARDOEN, 8 februari 1982, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, nr. 120/1.

⁷⁹ Zie art. 8 van het wetsvoorstel.

⁸⁰ Zie in dit verband o.m.: *Parl. St., Kamer*, 1974-75, nr. 560/1 van 22 mei 1975, wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, met het oog op de oprichting van een raad van het kaderpersoneel in sommige ondernemingen, ingediend door DAMSEAUX, e.a.; *Parl. St., Senaat*, 1975-76, nr. 730/1 — voorstel van wet tot instelling van een raad voor kaderleden in bepaalde ondernemingen, ingediend door SAINT-REMY, e.a. op 2 december 1975.

⁸¹ Nationaal Congres van het Verbond van Kristelijke Werkgevers en Kaderleden, Hasselt, 29-30 september 1977, V.K.W. (ed.), *Naar een nieuw samenwerkingsmodel*, Brussel, 1977, 37-38.

Een andere strekking in de rechtsleer neemt een soepele houding aan. Zij is van oordeel dat bedrijfsbezetting in bepaalde voorwaarden verenigbaar is met de uitoefening van het eigendomsrecht van de werkgever, bijvoorbeeld⁸⁷:

- wanneer het recht op onderhandelen door de werkgever zou zijn miskend;
- wanneer er aanvaarding van de bedrijfsbezetting is vanwege de werkgever;
- wanneer er rechtsmisbruik zou zijn aan de kant van de werkgever.

Een derde strekking gaat meer naar de kern van het probleem. Men vindt ze terug zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer. De redenering bestaat erin te stellen dat de eigenaar van de onderneming zijn beschikkingsrecht niet uitsluitend mag afstemmen op zijn particulier belang. Hoewel hij het monopolie van besluitvorming blijft uitoefenen, wordt van hem verwacht, dat hij zijn onderneming in een ruim maatschappelijk verband ziet waarbij de maatschappij, de werknemer, de overheid en de regio bepaalde belangen moeten kunnen doen gelden⁸⁸. Bij zijn besluitvorming moet de werkgever ook met deze belangen rekening houden. Doet hij dat niet, sluit hij bv. zijn bedrijf tegen alle sociale en economische logica in, dan zal de sociale actie — zelfs de bedrijfsbezetting — die deze sluiting wil voorkomen, niet als ongeoorloofd beschouwd kunnen worden⁸⁹.

Daarop volgt een nieuwe stap in de redenering. De werkgever zal de zeggenschap over zijn onderneming moeten delen met andere belangengroepen. De onderneming wordt gezien als de resultante van het recht te ondernemen van de kapitaalverstrekkers evenals van het recht op arbeid van de werknemers⁹⁰. De onderneming dient beschouwd te worden als een zelfstandig belang gericht op de continuïteit en de expansie⁹¹. De onderneming als zelfstandige entiteit heeft een sociaal-economische functie in het raam van het economisch proces. Het civielrechtelijk eigendomsrecht schiet te kort om de onderneming in die functies te bevatten⁹².

c. De bevoegdheid van de inspraakorganen

35. (1) Toelichting. Het probleem van de bevoegdheid

ments est le pouvoir pour celui à qui appartient ce droit, de réglementer comme il l'entend l'accès de sa chose, sauf disposition contraire de la loi ou exécution du contrat.» Corr. Nijvel, 27 februari 1976, *J.T.*, 1976, 368. Vred. Grivegnée, 8 juli 1982, *S.R.K.*, 1982, 387.

⁸⁷ PIRON, J., «De la légalité de certains moyens de pression dans les conflits sociaux», *J.T.T.*, 1976, 193; TAQUET, M., en WANTIÉZ, C., «De la licéité de l'occupation de l'usine», *J.T.T.*, 1977, 189; MAGREZ, M., «L'occupation d'usine: une voie de fait répréhensible ou l'exercice d'un droit?», *R.C.J.B.*, 1977, 584; THONON, R., «La grève, le droit et le pouvoir judiciaire», *T.S.R.*, 1982, 497.

⁸⁸ VAN NESTE, F., «Onbehagen omtrent de eigendom», *R.W.*, 1975-76, 2601.

⁸⁹ Rb. Tongeren, kort ged., 15 maart 1982, *J.T.T.*, 1982, 331 e.v.

⁹⁰ VAN GERVEN, W., «Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming», *R.W.*, 1976-77, 68.

⁹¹ *Ibid.*, 71.

⁹² DE SCHRIJVER, L., «Recht op arbeid meer dan een Prestigezaak», *R.W.*, 1976-77, 1363.

van de inspraakorganen is terzelfder tijd het probleem van de beperkingen van de rechten van de werkgever die hij in zijn eigendomsrecht put.

Het probleem wordt behandeld vanuit twee gezichtshoeken: de aard van de bevoegdheid en het voorwerp ervan.

36. (2) *De aard van de bevoegdheid.* De bevoegdheid van de inspraakorganen is zeer verscheiden en complex. Zij kunnen over een recht op informatie beschikken, een raadgevende functie en een beleidsfunctie uitoefenen of een recht op toezicht hebben⁹³. Over deze bevoegdheden kunnen zij soms terzelfder tijd beschikken. Het kan ook dat zij slechts op sommige deelaspecten ervan aanspraak kunnen maken.

De inspraak van de werknemers zal van een andere aard zijn en zal een andere draagwijdte hebben wanneer de vakorganisatie een vertegenwoordiger in de raad van beheer heeft dan wanneer de vakbondsafgevaardigde zijn contesterende bevoegdheid uitoefent. De inspraak zal weer anders liggen wanneer het gaat om een materie die tot het sociaal overleg behoort.

Wat de inspraakstructuren op bedrijfsniveau betreft, kan de toestand schematisch als volgt worden voorgesteld.

Op het gebied van het economisch en financieel beleid oefenen de werknemers in de ondernemingsraad een informatieopdracht uit. Op het gebied van het sociaal beleid hebben zij met de ondernemingsraad en het comité voor gezondheid een adviserende opdracht. Op sommige gebieden van het sociaal beleid oefenen zij een medebeslissende bevoegdheid uit. Ten slotte hebben de werknemers in de ondernemingsraad een algemene bevoegdheid van controle op de toepassing van de sociale wetgeving. De vakbondsafvaardiging valt buiten dit schema, zowel wegens de aard van haar functie — contestatie — als wegens het feit dat haar bevoegdheid zeer algemeen bestaat in de belangenverdediging van de werknemers⁹⁴.

De werknemersinspraak, die van buiten uit de rechten van de werkgever kan beperken, behoort hoofdzakelijk tot het domein van het sociaal overleg — de collectieve arbeidsovereenkomst — en tot het ongedefinieerde domein van de sociale contestatie. Op het gebied van de beleidsfunctie blijft deze externe werknemersinspraak hoofdzakelijk beperkt tot een informatierecht⁹⁵.

Behoudens de werknemersinspraak kunnen de rechten van de werkgever op zijn onderneming eveneens beperkingen ondergaan wegens andere factoren. Meestal zal het hier gaan om beperkingen ingevolge overheidsinterventies⁹⁶.

⁹³ STEYAERT, J., o.c., 45.

⁹⁴ STEYAERT, J., o.c., 46: «De ondernemingsraden hebben geen enkele eisende functie.»

Dit standpunt dient genuanceerd te worden. De O.R. wordt immers wel degelijk met revindicatie geconfronteerd. Men denke aan zijn bevoegdheid om het arbeidsreglement op te stellen of aan zijn overlegbevoegdheid inzake het invoeren van nieuwe technologieën.

⁹⁵ De bedrijfsraden zijn bevoegd om inlichtingen in te winnen bij de ondernemingen die tot hun gebied behoren. Art. 10 Bedrijfsorganisatiewet van 20 september 1948.

⁹⁶ Zie supra, III, C, 3 (nr. 17), en III, D, (nr. 18).

37. (3) *Voorwerp van de bevoegdheid.* Hierna onderzoeken wij in enkele concrete gevallen de aard en de draagwijdte van de beperkingen die aan de werkgever worden opgelegd.

Talrijke voorbeelden kunnen aangehaald worden:

- de beslissing tot oprichting of tot sluiting van de onderneming;
- de beslissingen inzake winst- en verliesverdeling;
- de arbeidsorganisatie;
- het beheer van de sociale werken;
- het invoeren van nieuwe technologieën;
- investeringsbeslissingen, enz.

38. (4) *Het vaststellen van de finaliteit van de produktie. 1° Toelichting.* Dit probleem moet in een ruimer verband gezien worden dan in de uitsluitende relatie tot werknemersinspraak. De overheid, de nationale en zelfs de Europese overheid, kan een belangrijke rol vervullen. Zij kan in het raam van een nationale of Europese planning het produktieproces medeoriënteren hetzij op een rechtstreekse hetzij op een onrechtstreekse wijze. Het huidige staatsdossier geeft daar een duidelijke illustratie van, evenals de regeling van het prijzenbeleid en de bedrijfsvestiging.

In het raam van deze studie beperken wij ons tot de rol die werknemers ter zake kunnen spelen binnen het bedrijf. In welke mate beïnvloeden zij de beslissingen over de aard van de produktie en over de hoeveelheid en de kwaliteit van de produkten?

Twee instanties kunnen op bedrijfsniveau een rol spelen: de ondernemingsraad en de vakbondsdelegatie. Beide instanties worden gehinderd door het feit dat hun normale werking plaatsheeft op het niveau van de technische bedrijfseenheid en niet op het niveau van de juridische entiteit⁹⁷. Bij uitzonderlijke regeling wordt dit verholpen. In bedrijven met complexe samenstelling, transnationale bedrijven of integratie van meerdere juridische entiteiten, blijft het probleem reëel.

39. 2° *Rol van de ondernemingsraad.* In deze belangrijke aangelegenheid die de oriëntering van de produktie is, heeft de ondernemingsraad een uitsluitend informatieve bevoegdheid⁹⁸, met uitzondering van die aspecten van de beslissingen die betrekking hebben op de tewerkstellingsproblemen in de onderneming⁹⁹.

In het raam van het K.B. van 1973 heeft de ondernemingsraad recht op een basisinformatie omtrent de produktie en de produktiviteit¹⁰⁰. Deze heeft betrekking op de evolutie van de produktie uitgedrukt in volume, getal en gewicht. Hij heeft eveneens recht op informatie omtrent de aanwending van de economische produktiecapaciteit en de evolutie van de produktiviteit.

⁹⁷ MERGITS, B. en VOTQUENNE, D., *Sociale verkiezingen 1983*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 6 e.v.

⁹⁸ K.B. van 24 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraden, *B.S.*, 28 november 1973.

⁹⁹ C.A.O. nr. 9 van 3 maart 1972 houdende ordening van de in de N.A.R. gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden. Algemeen verbindend, K.B., 12 september 1972, *B.S.*, 25 november 1972.

¹⁰⁰ K.B. van 1973, artt. 4 en 7.

In het raam van de jaarlijkse voorlichting heeft de ondernemingsraad recht op voorlichting betreffende de objectieven en de vooruitzichten van de onderneming¹⁰¹. De periodieke voorlichting, minstens trimestrieel, heeft o.m. betrekking op de produktie en de produktiviteit¹⁰².

De occasionele voorlichting heeft betrekking op de gebeurtenissen, op interne beslissingen, die een belangrijke weerslag kunnen hebben op de onderneming. Zo mogelijk worden de beslissingen meegedeeld vooraleer zij worden uitgevoerd¹⁰³.

C.A.O. nr. 9 heeft meer bepaald betrekking op beleidsbeslissingen die tewerkstellingsproblemen oproepen in de onderneming. De ondernemingsraad heeft een recht op informatie en op raadpleging¹⁰⁴. Ook kan hij adviezen, suggesties of bezwaren formuleren¹⁰⁵.

C.A.O. nr. 9 zegt uitdrukkelijk dat het recht op inlichting en raadpleging moet worden uitgeoefend met eerbiediging van de beheersverantwoordelijkheden en van het beslissingsrecht van het ondernemingshoofd¹⁰⁶.

Met de Vredeling-richtlijn werd op Europees vlak een initiatief genomen. Aan de ondernemingsraad wordt een informatierecht toegekend omtrent de beslissingen die de produktie aangaan¹⁰⁷.

40. 3° *Rol van de vakbondsafvaardiging.* Deze heeft bij het bepalen van de finaliteit van de onderneming geen specifieke bevoegdheid. Het probleem behoort ons inziens echter wel tot haar algemene bevoegdheid met name de verdediging van de werknemersbelangen¹⁰⁸. Wil de vakbondsafgevaardigde invloed uitoefenen op de aard en de hoeveelheid van de produktie, dan beschikt zij over de algemene en vage bevoegdheid van betwisting van de beslissingen van de werkgever.

Men merke echter op dat C.A.O. nr. 5 het algemeen beginsel bevat dat de werknemers de noodzakelijkheid van een wettig gezag van de ondernemingshoofden erkennen¹⁰⁹.

41. 4° *De Europese en internationale richtlijnen.* Enkele internationale teksten kunnen ook toepassing vinden omdat hun algemene formulering de mogelijkheid opent om het bepalen van de produktie als een van de behandelde onderwerpen te beschouwen, nl. de OESO-Richtlijnen voor multinationale ondernemingen¹¹⁰ en de Tripartite Beginselverklaring betreffende multinationale ondernemingen en sociaal beleid¹¹¹.

¹⁰¹ Id., art. 15.

¹⁰² Id., art. 24.

¹⁰³ Id., art. 25.

¹⁰⁴ C.A.O. nr. 9, art. 2.

¹⁰⁵ Id., art. 3.

¹⁰⁶ C.A.O. nr. 9, art. 12.

¹⁰⁷ Oorspronkelijk ontwerp Vredeling Richtlijn, Art. 5 «De informatie moet met name betrekking hebben op ... e) de produktie- en investeringsprogramma's.»

¹⁰⁸ Art. 11, C.A.O. nr. 5 van 24 mei 1971 geeft geen beperkende opsomming van de bevoegdheden.

¹⁰⁹ C.A.O. nr. 5, art. 2, al. 2.

¹¹⁰ Aangenomen door de O.E.S.O., 21 juni 1976.

¹¹¹ Aangenomen door de Raad van Beheer van de I.A.O., 16 november 1977.

Deze richtlijnen openen een grensoverschrijdend informatierecht voor de vertegenwoordigers van de werknemers omtrent de activiteiten van de multinationale onderneming wat de vestiging betreft evenals de onderneming in haar geheel.

Het overleg over de produktiebepaling wordt slechts aanvaard voor zover het gaat om de bespreking van de gevolgen op de arbeidsvoorwaarden.

Beide richtlijnen hebben ten aanzien van de lid-staten geen bindende kracht. De naleving ervan geschiedt op basis van vrijwilligheid¹¹².

42. 5° *Besluit*. De werknemersinspraak beperkt in essentie het recht van de werkgever om te bepalen met welk doel hij zal produceren en in welke mate. In dit verband hebben de werknemersvertegenwoordigers een recht op bepaalde informatie.

Een recht op overleg komt slechts ter sprake in de mate dat de produktie invloed heeft op de arbeidsvoorwaarden en meer bepaald op de tewerkstelling.

Men mag echter wel besluiten dat de werknemersinspraak het alleenrecht van de werkgever om over de finaliteit van zijn onderneming te beslissen in wezen niet beperkt.

43. (5) *De sluiting van de ondernemingen*. 1° *Toelichting*. De juridische regeling kan in drie aspecten worden opgesplitst:

- de specifieke reglementering¹¹³;
- de reglementering inzake werknemersinspraak;
- de jurisprudentiële constructie die werd opgebouwd naar aanleiding van de bedrijfsbezettingen.

44. 2° *De specifieke reglementering*. Deze reglementering streeft drie oogmerken na¹¹⁴:

- de voorafgaande informatie van de betrokken overheden, organismen en werknemers;
- de schadeloosstelling binnen bepaalde modaliteiten en perken van de getroffen werknemers;
- het mogelijk maken procedures in te stellen om deze werknemers een nieuwe job aan te bieden.

De wetgeving heeft vooral, zoniet uitsluitend, oog voor de sociale gevolgen van de bedrijfssluitingen voor de werknemers. Zij opent formeel de mogelijkheid niet — behoudens langs de vakbondscontestatie — om het beleid van de werkgever om te buigen.

Ook de wetgeving op de bedrijven in moeilijkheden beperkt er zich toe een informatierecht te openen voor de

overheid en soms voor de vakorganisaties. Eventueel geeft zij aanleiding tot nationale of Europese overheidssteun die dan gepaard gaat met contractueel aanvaarde produktievoorwaarden¹¹⁵.

In dit verband dient eveneens vermeld te worden de reglementering die het behoud van de rechten van de werknemers wil verzekeren bij overgang van een onderneming¹¹⁶.

45. 3° *De werknemersinspraak*. Deze heeft doorgaans een zo ruime draagwijdte dat bedrijfssluiting onder haar toepassingsgebied valt. Het beschikkingsrecht van de werkgever wordt slechts beperkt door een informatierecht en een recht op sociaal overleg¹⁷.

46. 4° *Een jurisprudentiële constructie*. Het is vooral naar aanleiding van bedrijfssluitingen dat het bewustzijn gegroeid is, dat een onderneming niet alleen tot doelstelling heeft het verwezenlijken van winst ten voordele van de kapitaalverschaffers. Immers, met het plotselinge verdwijnen van een bedrijf geeft men er zich rekenschap van dat in die regio een leemte ontstaat, die niet alleen de werknemers en hun huisgezin, maar ook de middenstand, de overheid en zelfs de gehele gemeenschap in haar belangen treft.

De juridische vormgeving van dit gevoel was de taak van de rechtspraak en de rechtsleer. Twee theorieën werden ontworpen. De meer burgerrechtelijke theorie van het rechtsmisbruik, waarbij aan de werkgever een negatieve verplichting wordt opgelegd en de meer sociaalrechtelijke theorie van de sociale functie van de eigendom, waarbij aan de werkgever een positieve verplichting wordt opgelegd¹¹⁸. Beide brengen een relatieve beperking aan het eigendomsrecht van de ondernemer mede, aangezien aan de eigenaar het recht wordt ontzegd de onderneming naar eigen goeddunken te sluiten¹¹⁹.

47. (6) *Het invoeren van nieuwe technologieën*. 1° *Toelichting*. Het invoeren van nieuwe technologieën is vandaag een van de belangrijke beslissingen, die in een bedrijf moeten worden genomen. Het voortbestaan ervan kan er soms van afhangen. Op grond van art. 544 B.W. behoort dit recht zonder enige twijfel aan de eigenaar van de onderneming toe.

Terzelfder tijd echter is de beslissing van groot belang voor de werknemers. Zij kan een invloed hebben op de

¹¹⁵ DE VROEDE, P., o.c., 515 e.v.

¹¹⁶ Richtlijn van de Ministerraad van de E.G. inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lid-staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen en onderdelen ervan, *Publikatieblad van de E.G.*, nr. 261/25, 5 maart 1977.

C.A.O. nr. 32 van 28 februari 1978, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 19 april 1978, *B.S.*, 25 augustus 1978. Art. 5, al. 1, bepaalt: «De rechten en verplichtingen, welke voor de vreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van art. 1 bestaande arbeidsovereenkomst, gaan door deze overgang op de verkrijger over.»

¹¹⁷ Zie supra, III, F, 2, C (2), (nr. 36).

¹¹⁸ Zie infra, IV, B, 1, (nrs. 55 e.v.).

¹¹⁹ Kh. Antwerpen, 17 juli 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 359, noot DE BERSAQUES, A.

¹¹² BLANPAIN, R., *Richtlijnen voor multinationale ondernemingen*, Brussel, Samson, 1980, 19.

¹¹³ De drie basiswetten zijn: de wet van 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers, ontslagen bij sluiting van ondernemingen, *B.S.*, 2 juli 1966; de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers, *B.S.*, 13 juli 1967; de wet van 20 juli 1968 betreffende de toekenning van wachtgeld aan de werknemers, die getroffen worden door sommige sluitingen van ondernemingen, *B.S.*, 1 augustus 1968.

¹¹⁴ SPAEY, R., «Sluiting van ondernemingen», in *Sociaal Recht in de Praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1983, I.3.9-3.

werkgelegenheid, de arbeidsvoorwaarden, de veiligheid in het bedrijf, op het individuele inkomen van de werknemers. Kunnen de werknemers derhalve enige invloed doen gelden en kunnen zij beperkingen aanbrengen aan het alleenrecht van de werkgever?

De bestaande reglementering geeft aan de werknemers, via hun vakorganisaties, een recht op informatie, een recht op consultatie en een recht op onderhandelen¹²⁰.

48. 2° *Het recht op informatie*. In het raam van hun algemene informatiebevoegdheid hebben de ondernemingsraad en het comité voor veiligheid het recht op voorafgaande inlichtingen betreffende het invoeren van nieuwe technologieën¹²¹. Deze inlichtingen hebben een algemene draagwijdte en betreffen zowel de tewerkstelling als de gezondheidsproblemen, de arbeidsorganisatie en de menselijke relaties.

Ook de OESO «richtlijnen voor multinationale ondernemingen» geven aan de werknemersvertegenwoordigers bepaalde — niet verbindende — waarborgen¹²².

Bij de Europese Gemeenschap en de Internationale Arbeidsorganisatie liggen voorstellen ter discussie¹²³.

Heel wat bedrijfsakkoorden (technologie-akkoorden) kennen aan de werknemers bepaalde rechten toe op het gebied van informatie, advies en overleg¹²⁴.

Een akkoord gesloten in de Nationale Arbeidsraad voorziet een specifieke informatie en een recht op overleg met betrekking tot het invoeren van nieuwe technologieën. Deze C.A.O. betreft de investeringen in een nieuwe technologie, die belangrijke collectieve gevolgen hebben voor de werkgelegenheid, de werkorganisatie of de arbeidsvoorwaarden. Drie maanden vóór de invoering moet de werkgever geschreven informatie verschaffen over de aard van de nieuwe technologie, over de economische, financiële of technische factoren, die de invoering ervan verantwoorden en over de sociale gevolgen van de invoering. Deze informatie wordt verschaft aan de ondernemingsraad of bij ontstentenis aan de vakbondsafvaardiging¹²⁵.

De werkgever die deze verplichting — evenals zijn verplichting tot overleg — niet nakomt, mag geen werknemer afdanken, behalve om redenen vreemd aan de nieuwe technologie. Gaat hij wel over tot de afdanking, dan moet hij een bijkomende opzeggingsvergoeding betalen van drie maanden brutoloon.

¹²⁰ BLANPAIN, R., «Arbeidsverhoudingen: overzicht van maatregelen in binnen- en buitenland», in *Nieuwe technologieën en arbeidsverhoudingen*, Leuven, ACCO, Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, 1982, 62 e.v.

¹²¹ *Ibid.*, 62.

¹²² B.S., 14 juni 1983.

¹²³ In de E.G., de Vredeling-richtlijn.

Bij de I.A.O., Een ontwerp-aanbeveling betreffende de werkgelegenheidspolitiek behandelt het probleem van de nieuwe technologieën. Het ontwerp is voor een tweede discussie op de agenda van de Conferentie 1984 geplaatst.

¹²⁴ CEUPPENS, P., *De invloed van nieuwe technologieën op de arbeidsverhoudingen en meer bepaald op de tewerkstellingsproblematiek*, V.U.B., Bijzondere licentie sociaal recht, eindejaarsverhandeling, 1983, 120, e.v.

¹²⁵ C.A.O. nr. 39 van 13 december 1983 betreffende de voorlichting en het overleg inzake de sociale gevolgen van de invoering van nieuwe technologieën. Algemeen verbindend verklaard bij KB van 25 jan. 1984, B.S., 8 februari 1984.

49. 3° *Het recht op consultatie*. In het raam van hun algemene bevoegdheid beschikken de ondernemingsraad, het comité voor gezondheid en de vakbondsafvaardiging over een recht op consultatie over de problemen met betrekking tot de arbeidsorganisatie, de arbeidsvoorwaarden en het tewerkstellingsbeleid¹²⁶. Deze bevoegdheid geldt uiteraard ook voor de nieuwe technologieën.

De ondernemingsraad mag — zoals eerder vermeld — adviezen, suggesties of bezwaren te kennen geven mits met eerbiediging, zoals gepreciseerd in C.A.O. nr. 9, art. 2, van de beheersverantwoordelijkheden en van het beslissingsrecht van het ondernemingshoofd.

De vakbondsafgevaardigde moet, evenals de werknemers, het wettig gezag van het ondernemingshoofd eerbiedigen.

50. 4° *Het onderhandelingsrecht*. Vóór C.A.O. nr. 39 beschikte alleen de vakbondsafgevaardigde over een onderhandelingsrecht en dit in het raam van zijn algemene bevoegdheid tot onderhandelen¹²⁷.

Met C.A.O. nr. 39 wordt dit onderhandelingsrecht expliciet toegekend aan de werknemersvertegenwoordigers. Het heeft o.m. betrekking op de vooruitzichten inzake werkgelegenheid, werkorganisatie, arbeidsvoorwaarden, gezondheid en veiligheid en vakbekwaamheid.

Het onderhandelingsrecht heeft in het raam van C.A.O. nr. 39 geen betrekking op de aard van de nieuwe technologie en op de economische, financiële en technische factoren die de invoering ervan verantwoorden. Deze laatste problemen vallen ons inziens echter wel onder de toepassing van C.A.O. nr. 5 op de vakbondsafvaardiging.

In het raam van C.A.O. nr. 39 is de overleginstantie de ondernemingsraad, het comité voor veiligheid en gezondheid of de vakbondsafvaardiging overeenkomstig de opdrachten van elk van deze organen¹²⁸.

Deze bepaling roept een zeer dubbelzinnige toestand in het leven. Immers, algemeen werd aanvaard dat de ondernemingsraad geen revindicatieve functie uitoefende¹²⁹. Overleg impliceert echter wel revindicatie. Men kan de vraag stellen of hiermee de rol van de ondernemingsraad in de onderneming gewijzigd wordt.

51. 5° *Besluit*. Het invoeren van nieuwe technologieën stelt zowel de werknemers als de werkgevers voor essentiële beleidskeuzen.

De bevoegdheid van de werkgever over het invoeren ervan wordt in essentie niet aangetast. Hem wordt hoogstens de verplichting opgelegd te onderhandelen over de sociale gevolgen ervan.

52. (7) *Het beheer van de sociale werken*. In de bedrijven waar een ondernemingsraad bestaat wordt het beheer van de sociale werken aan deze raad toevertrouwd¹³⁰. De

¹²⁶ Voor de O.R. zie art. 15a van de wet op de bedrijfsorganisatie van 20 september 1948 en C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972 gesloten in de NAR.

¹²⁷ C.A.O. nr. 5, art. 11. Contra: BLANPAIN, R., «Nieuwe technologieën», o.c., 65.

¹²⁸ C.A.O., nr. 39, art. 5.

¹²⁹ STEYAERT, J., o.c., 46.

¹³⁰ Art. 15h, wet op de bedrijfsorganisatie; art. 15 van C.A.O. nr. 9, 9 maart 1972, NAR.

werkgever deelt hier zijn beslissingsbevoegdheid met de werknemersafgevaardigden over goederen waarvan hij de eigendom behoudt. De bevoegdheid van de ondernemingsraad is veeleer een beslissingsbevoegdheid dan een beheersbevoegdheid¹³¹.

Indien de ondernemingsraad het beheer aan een vereniging zonder winstoogmerk toekent, dan vergroot de zelfstandigheid van de werknemers ten opzichte van de werkgever. De v.z.w. zou eigenaar kunnen worden van de goederen.

De wet op de bedrijfsorganisatie laat bovendien toe dat de maatschappelijke werken aan het zelfstandig beheer van de arbeiders wordt overgelaten.

d. Besluit

53. Dit algemeen overzicht over de wettelijke en jurisprudentiële beperkingen aangebracht aan het eigendomsrecht van de ondernemer leidt tot volgende vaststellingen.

Het eigendomsrecht omschreven in art. 544 B.W. is reeds in zijn oorspronkelijke opvatting een *relatief recht*. Een te enge interpretatie — in strijd trouwens met de tekst en met de geest zelf van art. 544 — ligt ten grondslag aan het «absolute» eigendomsbegrip.

De rechtsprincipes inzake «foutief optreden» en «gelijkheid tussen de eigendom» geven aanleiding tot het ontwikkelen van enkele *algemene rechtstheorieën*. Deze worden eveneens op het ondernemingsgebeuren toegepast en bieden een oplossing voor heel wat moeilijkheden. Het probleem blijft evenwel hun algemeenheid. Deze theorieën geven aan de ondernemer slechts een vage en zeer ruime aanduiding in verband met de wijze waarop hij moet handelen. Meer nog, zij beogen vooral een *verbod* van een bepaald gedrag. Aan de eigenaar wordt geen positieve opdracht opgelegd. Dit laatste zal wel het geval zijn in de «sociale-functietheorie» zoals deze door de rechtspraak en rechtsleer wordt ontwikkeld.

De beperkingen voortvloeiend uit een specifieke wetgeving streven meerdere doeleinden na, soms terzelfder tijd, soms afzonderlijk genomen.

Een eerste vaak voorkomende doelstelling van deze wetgeving betreft de goede en evenwichtige werking van het vrije marktsysteem. Aan de diverse bedrijven dienen bepaalde gedragsregels te worden opgelegd opdat het systeem in globo degelijk zal functioneren. Zij gelden zowel voor de ondernemingen onderling als voor hun verhouding met de werknemers, de verbruikers en de overheid. Wij hebben deze regeling de *ordering van het bedrijfsleven* genoemd.

Een tweede reeks met beperkingen vloeit voort uit deze wettelijke bepalingen die het algemeen belang behartigen, zijnde het gemeenschappelijk belang van alle burgers los van hun toebehoren tot een belangengroep of wel het belang van de overheid als instelling. Men denke bv. aan het milieubeleid.

Een derde reeks met beperkingen vloeit voort uit het feit dat één grote bevolkingsgroep, die van de werknemers, een betere verdediging kan afdwingen van haar specifieke klasbelangen. Men denke aan de inspraakproblematiek en aan de theorie van de sociale functie van de eigendom.

IV. NAAR EEN KWALITATIEVE WIJZIGING VAN HET EIGENDOMSBEGRIP

A. Toelichting

54. Uit het voorgaande blijkt dat art. 544 B.W. op menig gebied, en vooral wat het bedrijfsleven betreft, moet worden aangevuld, aangepast, heroriënteerd en omschreven moet worden. Het eigendomsbegrip van 1804, toegepast op de economie, dringt dit terug in een te eng keurslijf.

De burgerrechtelijke theorieën in verband met nabuurschap, rechtsmisbruik, wettelijke beperkingen en de gemeenschappelijke eigendom lossen sommige moeilijkheden op. Bovendien verplichten zij nog niet tot de herziening van de wezenlijke betekenis van het particuliere eigendomsbegrip. Van een reële onverenigbaarheid van begrippen is nog geen sprake, hoewel de collectieve eigendom het probleem duidelijk aanbrengt. De figuur van de rechtspersoonlijkheid biedt echter een oplossing.

Dit neemt niet weg dat reeds in deze fase van de evolutie van de eigendom bepaalde aanpassingen noodzakelijk worden.

De huidige evolutie van het bedrijfsleven leidt naar een tweevoudig eigendomsbegrip: de individuele en de collectieve eigendom. Tussen beide bestaat een verschil naar hoedanigheid¹³² zonder dat dit echter de essentie raakt, met name de gerichtheid op het particuliere belang.

Het probleem krijgt echter een andere dimensie, wanneer men spreekt over openbaar nijverheidsinitiatief, dwingende economische planning en werknemersinspraak. De ondernemer wordt hier beknot niet alleen in zijn genotsrecht maar eveneens in zijn gebruiksrecht¹³³.

Twee nieuwe opvattingen doen hun intrede, met name de sociale functie van de private eigendom enerzijds en de gesocialiseerde eigendom anderzijds.

B. De sociale functie van de private eigendom

1. Toelichting

55. De Grondwet van de Duitse Weimar Republiek vericht in 1919 baanbrekend werk wanneer zij in haar art. 153 verklaart dat de eigendom verplichtingen met zich meebrengt en dat hij moet aangewend worden eveneens met het oog op het algemeen belang¹³⁴. Daarmee wordt het principe

¹³² DE PAGE, H., o.c., 1013: «... il existe dans la civilisation moderne deux formes de la propriété: la propriété individuelle et la propriété collective; deux formes également normales, également nécessaires; deux formes, que sépare, une différence de nature, correspondant à une différence dans les besoins économiques: deux formes qu'il serait vain de ramener à une seule: la propriété individuelle.»

¹³³ VAN NESTE, F., o.c., 481.

¹³⁴ De Republiek uitgeroepen op 9 november 1918 gaat over tot de samenstelling van de Nationale Constituante van Weimar op 19 januari 1919. Op 31 juli 1919 keurt deze de Grondwet goed. Zie MIRKINE-EVETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Parijs, 1930, 57 en 83.

¹³¹ STEYAERT, J., o.c., 81.

doorbroken dat de eigendom uitsluitend afgestemd is op het particulier belang van de eigenaar¹³⁵.

De idee dat het particulier eigendomsrecht een openheid moet vertonen naar de belangen van de maatschappij of naar die van andere belangengroepen, zelfs indien deze geen eigendomstitel kunnen laten gelden, is in België echter geen wettelijke constructie. Het zijn de rechtsleer en de rechtspraak die de sociale-functietheorie van de eigendom in onze rechtsorde introduceren.

Het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 17 juli 1958¹³⁶ is ter zake het steeds weerkerende voorbeeld.

Iedere nijverheid of handelsinstelling maakt ontegensprekelijk een deel uit van het nationaal patrimonium. Het bestaan of het voortbestaan van dit nationaal patrimonium kan niet onderworpen worden aan de twisten tussen familieleden of tussen vennoten, meent de rechtbank.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren geeft een nog nadrukkelijker sociale functie aan de eigendom: door te stellen dat een onderneming niet uitsluitend een aangelegenheid is die de kapitaalverstrekkers aanbelangt maar ook de werknemers, de bedrijfsleider, de regio en de gemeenschap¹³⁷.

2. Begripsomschrijving

56. In de sociale-functietheorie blijft de onderneming onderworpen aan de particuliere eigendom, doch de eigenaar krijgt de verplichting zijn onderneming niet alleen aan te wenden in zijn eigen belang. Hij moet ook rekening houden met de belangen van de andere betrokkenen. Hun belang valt onder de gemeenschappelijke noemer van het algemeen belang.

3. Kritische beschouwingen

57. Het aanvaarden van het principe van de sociale functie van de private eigendom geeft geen geschikte oplossing aan het probleem van de belangentegenstelling tussen werkgever en werknemer.

Het principe vindt zijn oorsprong in de lovenswaardige opvatting dat het individu bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht ook met de belangen en de behoeften van zijn medemens en met die van de maatschappij, rekening moet houden. Het roept echter op deze wijze een dubbelzinnige en tegennatuurlijke toestand in het leven.

Een dubbelzinnige toestand omdat aan de individuele

eigenaar(s) de beoordeling vrij wordt overgelaten de inhoud te bepalen, in een concrete situatie, van wat de sociale functie is. Deze opvatting zal van individu tot individu, van groep tot groep, in de tijd en in de ruimte veranderen. Van rechtszekerheid is hier dus geen sprake. Meer nog, die toestand zou een bron van conflicten zijn.

Een tegennatuurlijke toestand omdat de eigenaar vooral in het economische productieproces voortdurend geconfronteerd zou worden met een keuze tussen twee fundamentele tegenstrijdige belangen met name die van de kapitaalverschaffers, die winst nastreven, en die van de werknemers die betere arbeidsvoorwaarden nastreven. De tendens zal dus zijn de belangen van de werknemers slechts te behartigen in de mate dat daarmee die van de kapitaalverschaffers (aandeelhouders) niet in het gedrang komen.

In een periode van hoogconjunctuur is een dergelijke handelwijze mogelijk omdat er voldoende middelen voorhanden zijn om te verdelen. In een crisisperiode — zoals wij die vandaag kennen — leidt deze opstelling noodzakelijkerwijze tot het terugdringen van de belangen van de werknemers en derhalve tot sociale conflicten.

Een derde bezwaar dat deze oplossing oproept, heeft betrekking op de evolutie van onze juridische instellingen. Aangezien het principe van de sociale functie van de eigendom de wezenlijke tegenstelling tussen de werkgevers- en werknemersbelangen niet wegneemt, leidt zij de aandacht af van fundamentele oplossingen. Men denke aan het op gang komen van het socialiseringsproces van de productie-middelen.

Moet de theorie van de sociale functie dan volledig worden verworpen? Wellicht niet. Het antwoord ligt besloten in het evolutiestadium waarin de maatschappij zich bevindt. In een maatschappij die geen omwenteling in de politieke machtsverhoudingen meemaakt, zal deze theorie de overgang van de private eigendom naar de sociale en de gesocialiseerde eigendom mee helpen verwezenlijken en hopelijk een vreedzame evolutie mogelijk maken. Zij is dienstig, in de mate dat men zich bewust is van haar beperkingen.

C. De sociale eigendom. De persoonlijke eigendom.

1. Toelichting

58. Openbaar nijverheidsinitiatief, economische planning en werknemersinspraak stellen aan het eigendomsprincipe meer vereisten dan de uitsluitende sociale-functietheorie. Indien aan de niet-eigenaars inspraak wordt toegekend, dan kan zulks slechts met een kwalitatieve wijziging van het eigendomsbegrip.

De wettelijke beperkingen op bovenvermelde gebieden, aan de ondernemer opgelegd, zetten ertoe aan het eigendomsbegrip van art. 544 B.W. aan te passen zowel naar inhoud als naar wezen.

2. Wezenlijke aanpassing

59. Zeggenschap geven over produktiegoederen, niet alleen aan de eigenaars maar ook aan de werknemers, de bedrijfsleider, de regio en de gemeenschap, betekent rech-

¹³⁵ Ten einde de oplossing geboden door het socialisme te kunnen weerleggen aanvaardt de pauselijke encycliciek *Rerum Novarum* op 15 mei 1891: «... goederen in privaat bezit nemen is ... een natuurlijk recht...», maar op de vraag hoe deze goederen moeten worden gebruikt antwoordt de Kerk zonder aarzelen: «Wat dat aangaat, moet de mens de uiterlijke goederen niet als hem eigen beschouwen maar als gemeenschappelijk, zo dat hij er gemakkelijk van meedeelt in andermans nood, ...» Zie VAN GESTEL, C., *Kerk en samenleving*, Brussel, DAP, Sociale uitgaven, 1964, 30 en 31.

¹³⁶ Kh. Antwerpen, 17 juli 1958, *R.C.J.B.*, 1959, 359 e.v., noot DE BERSAQUES, A.

¹³⁷ Rb. Tongeren, kort ged., 15 maart 1982, *J.T.T.*, 1982, 331 e.v.

ten openen voor niet-eigenaars. Van Neste¹³⁸ spreekt hier van sociale eigendom die hij tegenover persoonlijke eigendom plaatst.

Bij de sociale eigendom worden meerdere belangen betrokken: de geldbeleggers, de investeerders, de arbeidskrachten, het leidinggevend personeel, de cliënteel, de gebruiker, de gemeenschap en de Overheid¹³⁹.

Bij een dergelijke opvatting berust het gebruiksrecht en het genotsrecht niet uitsluitend meer bij de eigenaars.

Een essentiële wijziging van het eigendomsbegrip is dan inderdaad een noodzaak. Twee mogelijkheden kunnen zich voordoen. Ofwel worden de diverse belangen geïntegreerd samengebracht in een soort collectief eigendomsbegrip (sociale eigendom), ofwel wordt de particuliere en collectieve eigendom opgeslorpt door een hoger type van eigendom, namelijk de gesocialiseerde eigendom¹⁴⁰.

Het bestaan van sociale eigendom impliceert echter het bestaan van een persoonlijke eigendom. De persoonlijke eigendom zou volgens Van Neste niet wezenlijk verschillen van het eigendomsbegrip van het huidige artikel 544 B.W.¹⁴¹.

Dit laatste standpunt kunnen wij als dusdanig niet bijtreden. Wij menen dat ook de persoonlijke eigendom wezenlijke wijzigingen zou ondergaan in een maatschappelijke verhouding waarin de sociale eigendom functioneel en onverbreekbaar in verhouding zou staan tot de persoonlijke eigendom.

De Grondwet van de Sovjet-Unie van 1977 geeft ons een aanduiding in die richting¹⁴².

3. Inhoudelijke aanpassing

60. De tweevoudige opvatting van de eigendom brengt met zich mee dat zal moeten worden nagegaan welke goederen zullen vallen onder de sociale eigendom en welke onder de persoonlijke eigendom.

Het voorstel van Van Neste lijkt ons een waardevol uitgangspunt. Volgens hem is de persoonlijke eigendom een referentiekader van eigendom van arbeidsinkomen, spaar-

geld, roerende zaken, een eigen woning. Sociale eigendom zou als referentiekader dienen voor eigendom van de natuur, ondernemingsgebouwen, ondernemingsinstallaties, e.a.¹⁴³.

V. ALGEMEEN BESLUIT

61. De wettelijke beperkingen van het eigendomsrecht van de ondernemer wijzen erop dat de burgerrechtelijke theorieën niet meer volstaan om de op gang zijnde evolutie in de produktieverhoudingen op te vangen.

Een maatschappij die tot doelstelling heeft steeds meer burgers in steeds grotere mate een sociale welvaart en welzijn te verschaffen, aanvaardt daarmee noodzakelijkerwijze een proces van voortdurende aanpassing van de maatschappelijke structuren. Het eigendomsrecht is één van deze structuren.

Uit de bestaande juridische relaties blijkt dat een dergelijke evolutie zich in het bedrijfsleven voltrekt. Zij heeft vandaag een niveau bereikt waarbij de oorspronkelijke opvatting over de eigendom van art. 544 B.W. te eng blijkt te zijn om de relaties tussen de eigenaar, de gemeenschap, de Overheid, de werknemers en de gebruikers te vatten.

In de rechtspraak en de rechtsleer wordt een schuchtere poging ondernomen om het eigendomsbegrip in het perspectief van een toekomstgerichte maatschappij te plaatsen. De problemen die zich hierbij voordoen, zijn niet zozeer van juridisch-technische aard als wel van sociale aard. Een botsing van belangen lijkt de achtergrond te vormen. De maatschappijvisies maken de inzet uit.

Maxim STROOBANT

Gewoon hoogleraar V.U.B.

met medewerking van Kurt MOLLEKENS, assistent,
en Marc ROELANDS, navorser

¹³⁸ VAN NESTE, F., o.c., 486.

¹³⁹ *Ibid.*, 486.

¹⁴⁰ VAN LENNEP, R., o.c., 253: «De socialisatie betekent essentieel een onttaking van het privaateigendomsrecht ten aanzien van goederen of krachten wier bezit of uitbating ofwel als sociaal storend wordt ondervonden, door de rijkdom hierdoor verworven ofwel meer passend is, in handen van de gemeenschap, ingevolge de monopoliestelling hierdoor verzekerd...»

¹⁴¹ VAN NESTE, F., o.c., 486.

¹⁴² Sovjet-Grondwet, art. 13 al. in fine «De goederen behorend tot de persoonlijke eigendom of voor gebruik aan de burger toevertrouwd, kunnen niet aangewend worden met het oog op het bekomen van een inkomen anders dan van arbeid. Evenmin mogen zij aangewend worden in strijd met de belangen van de gemeenschap» (vertaling uit het Frans). Zie Grondwet van 7 oktober 1977, Moskou, Ed. du Progrès, 1977.

¹⁴³ VAN NESTE, F., o.c., 486.

