

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

ONDERNEMER, EIGENDOM, ARBEID: EEN GEZONDE DRIEHOEKSVERHOUDING?

«La critique est une chose bien commode: on attaque avec un mot, il faut des pages pour se défendre» (J.J. Rousseau)

I. Van geboortepolitiek naar eigendomsproblematiek

1. Onlangs pleitte de voorzitter van een bloeiende Vlaamse onderneming op een studiedag voor een geboortepolitiek voor nieuwe en jonge ondernemingen¹.

«De allereerste stap in de goede richting», aldus de spreker, «is dus de opsporing en het kritisch onderzoek van de geboorte- en groeibeperkende maatregelen en feiten». De huidige toestand vergeleek hij met het ter beschikking stellen van geboorte- en aanmoedigingspremies in een land waar de ondernemingscontraceptiva welig tierden. Uit zijn onderzoek kwamen drie «anticonceptiva» naar voren, die z.i. best uit de markt genomen konden worden, omdat ze onmogelijk heilzaam kunnen worden genoemd voor de economische gezondheid van ons land. Hij noemde met name: de bureaucratische rompslomp, de sluipende ontwaarding van de eigen middelen door het huidig taxatiesysteem² en ten slotte de groeiemmende drempel van een sociale wetgeving met antisociale gevolgen.

Deze spirituele benadering van de problematiek van de heropleving van onze economie leek me een goede inleiding te zijn op dit artikel.

2. Een deel van de Vlaamse juristen boog zich immers op zaterdag 12 mei 1984 over de actuele eigendomsproblematiek in het kader van het 31e Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging, dat aan de Rechtsfaculteit van de Leuvense Alma Mater werd georganiseerd. Het werd een boeiende dag: niet alleen wegens de brede waaier van onderwerpen die in de verschillende secties werden toegelicht en besproken³, maar ook omdat uit de bespreking

mocht blijken hoe nauw recht, maatschappijstructuren en maatschappijvisies met elkaar verweven zijn.

In deze korte bijdrage wordt slechts één van de op het Rechtscongres besproken onderwerpen aangeraakt, nl. de beperkingen aan het eigendomsrecht van de ondernemer. Hierover werd een preadvies uitgebracht door M. Stroobant, dat voorbereid was in samenwerking met V. Mollekens en M. Roelands⁴.

In de betrokken sectie heeft zich een boeiende discussie ontwikkeld rondom het door deze preadviseur behandelde onderwerp. Het gesprek was niet vrijblijvend maar geëngageerd: daartoe werden de deelnemers a.h.w. uitgenodigd door het politieke engagement dat door de preadviseur werd vertolkt bij de voorstelling van zijn preadvies. Daaruit bleek immers dat de preadviseur de problematiek van het eigendomsrecht van de ondernemer niet voor oplossing vatbaar zag binnen onze huidige maatschappijstructuur en binnen de actuele eigendomsordening.

Een nieuwe, gesocialiseerde maatschappij- en eigendomsordening was naar zijn overtuiging noodzakelijk om op een rechtvaardige en verantwoorde manier de eigendomsproblematiek in en rond de onderneming op te lossen.

Dit vormt een duidelijke keuze, waarmee men het al of niet eens kan zijn. Persoonlijk onderschrijf ik deze stelling helemaal niet. Een en ander heeft er mij toe aangezet om een aantal kanttekeningen te plaatsen bij de door M. Stroobant verdedigde standpunt.

II. Opzet en indeling van dit artikel

3. Het is onmogelijk de problematiek van de eigendomsbeperkingen van de ondernemer binnen het bestek van dit artikel volledig uiteen te zetten. Hierna volgen enkel een aantal bedenkingen, die gegroepeerd zijn rond de volgende vijf thema's: (1) ondernemer en onderneming, (2) eigendom en produktieverhoudingen, (3) inhoud en finaliteit van de eigendomsbeperkingen van de ondernemer, (4) eigen-

¹ Zie het bericht in *De Standaard*, 26-27 mei 1984, p. 3, over een toespraak van N. JORIS, voorzitter van ETAP, voor een door het Instituut voor de Onderneming georganiseerde studiedag over «Werkgelegenheid voor Jongeren in jonge en expansieve ondernemingen».

² JORIS pleitte voor een, minstens als experiment in de voeren systeem van jaarlijkse herwaardering van de eigen middelen.

³ Zie de verschillende preadviezen in *R.W.*, 1983-84, 2353-2522.

⁴ Opgenomen in *R.W.*, 1983-84, 2489-2522.

dom van produktiemiddelen, (5) ondernemingseigendom en arbeidsrelatie.

Uit de hiernavolgende behandeling van deze vijf thema's moge blijken dat mijn persoonlijke visie op de relatie tussen ondernemer, eigendom en arbeid sterk verschilt van die welke in het voornoemde preadvies wordt aangegeven. Als basisstelling voor de hiernavolgende bemerkingen geldt de overtuiging dat de drie genoemde componenten: ondernemer, eigendom en arbeid harmonieus kunnen samengaan in een markteconomisch bestel. Het eigendomsbegrip en de ondernemingseigendom worden geanalyseerd op een wijze die verschilt van die welke gevolgd wordt in het preadvies. Niet alle onderdelen van dit preadvies komen daarbij evenwel aan bod: dit is o.m. het geval met de onderdelen die verband houden met de organisatie van het bedrijfsleven en de regels die de sociaal-economische structuren van onze maatschappij beheersen.

III. Ondernemer en onderneming

4. Een eerste kanttekening betreft de titel van het preadvies van Stroobant, die luidt: Beperkingen van het eigendomsrecht van de ondernemer. Jammer genoeg wijdt de preadviseur in zijn inleiding geen uitdrukkelijke aandacht aan een omschrijving van het begrip «ondernemer». In de tekst worden verschillende begrippen gehanteerd, zoals «het bedrijfsleven», «de werkgever», «de werkgever-eigenaar», «de ondernemer-eigenaar»⁵. Het ligt voor de hand dat al deze begrippen niet zonder meer gelijk kunnen worden gesteld met het begrip ondernemer, maar er eerder verschillende hoedanigheden van aangeven.

Het loont nochtans de moeite om even bij de begripsomschrijving van «ondernemer» te blijven stilstaan en de relatie tot het «ondernemings»-begrip nader te ontleden.

5. De ondernemer kan worden omschreven als de persoon die het initiatief («entrepreneurs»-rol) neemt en het risico aanvaardt om een economische activiteit te starten en/of uit te oefenen met het oog op de ontwikkeling, produktie en/of distributie van goederen en diensten. Het uitoefenen van deze activiteit in georganiseerd verband vormt de onderneming⁶.

Voor het drijven van een onderneming is kapitaal en arbeid nodig; deze kunnen hetzij exclusief worden verschaft door de ondernemer zelf, ofwel kan de ondernemer daarvoor een beroep doen op derden. De onderneming kent aldus verschillende verschijningsvormen: gaande van de eenmansonderneming, over de kleine of middelgrote onderneming die door één of meerdere ondernemers — fysieke personen — wordt geleid met behulp van door derden ter beschikking gestelde arbeid en/of kapitaal, naar de

kleine, middelgrote of grote onderneming onder de een of andere vorm van vennootschap.

Naarmate men van de ene kant van deze waaier naar de andere gaat krijgt het begrip ondernemer nog een bijkomende betekenis, naast die welke hiervoren werd genoemd. In ondernemingen die geen eenmanszaak zijn, en in vennootschappen, kan als ondernemer ook worden aangeduid diegene die de leiding en de organisatorische verantwoordelijkheid heeft voor de onderneming en daarin ondernemingsinitiatieven stimuleert en gestalte geeft. Deze opdrachten berusten dan op een delegatie vanwege de eigenlijke initiatiefnemers en instandhouders van de onderneming⁷.

Uit het voorgaande blijkt dat ondernemer en eigenaar twee begrippen zijn die elkaar in ondernemingsverband niet, of althans niet noodzakelijkerwijze dekken. Dit volgt allereerst uit het al of niet afgescheiden zijn van het ondernemingsvermogen van het persoonlijke vermogen van de ondernemer, door het gebruik van de rechtspersoonstechniek. Maar het onderscheid reikt veel verder: ook in de onderneming die in vennootschapsvorm is gegoten, hoeft de onderneming-rechtspersoon niet volledig eigenaar te zijn van de in de onderneming noodzakelijke middelen.

6. Alvorens hierop verder in te gaan, wil ik eerst nog even stilstaan bij het doel van de onderneming. Daarvoor wil ik aanknopen bij de hiervoren aangegeven definitie van «ondernemer» waarin het begrip economische activiteit werd gebruikt. Het doel van de onderneming is nl. op de eerste plaats een economisch doel, met, daaraan gekoppeld, een maatschappelijke functie. «Economisch doel» is ruimer dan het streven naar winst doch dit streven vormt er wel een wezenlijk en onontbeerlijk element van. In het o.l.v. G. Eyskens uitgegeven boek *Het land waarin wij werken. Een doorlichting van het Belgisch economisch systeem*, wordt dit als volgt verwoord⁸: «Winst en winstmotief kunnen uit de onderneming niet worden weggedacht. In om het even welk systeem moet het resultaat van de inspanningen die in de onderneming worden samengebundeld een ten minste even grote waarde of nuttigheid opleveren als die van de ingezette middelen, en liefst een grotere».

Het winstmotief vormt dus een zeer belangrijk onderdeel van de economische doelstelling van de onderneming: winst is de onontbeerlijke voorwaarde voor het in stand houden van de onderneming en voor de groei ervan: zij moet de nodige «fondsen (...) opleveren waarmee de onderneming haar plaats kan handhaven in een economie die een voortdurende groei, omschakeling en research-inspanning vergt».

De onderneming heeft, net omwille van haar economisch doel, ook een maatschappelijke functie. Het belang van de ondernemingsgewijze produktie — en distributie — van goederen en diensten is immers niet alleen voor de econo-

⁵ Achtereenvolgens: k. 2498, nr. 1, k. 2490, nr. 3, k. 2491, nr. 4, k. 2496, nr. 15.

⁶ Zie de werkhypothese van W. VAN GERVEN in *Handels- en Economisch Recht*, Deel I, *Ondernemingsrecht*, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Antwerpen-Amsterdam, 1975, nr. 3. Zie ook P. VAN SCHILFGAARDE, *Van de Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Arnhem, 1972, p. 1-2; R. VANDEPUTTE, «Het Juridisch Statuut van de Onderneming», *Ekonomisch en financieel recht vandaag*, I, Gent, 1974 (2e druk), p. 75-76.

⁷ Vgl. in dit verband ook J.A. SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development* (Vert. door Redvers Opie), New York, 1961, p. 64 e.v. In vennootschappen is het de rechtspersoon die werkgever is in juridische zin. De bestuurders van de rechtspersoon zijn belast met het uitoefenen van werkgeversfuncties (zie hierover H.L. Bakels (met medewerking van L. Opheikens), *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, Deventer, 1982 (zesde druk), p. 30-31.

⁸ Antwerpen - Amsterdam, 1974, p. 81.

mische maar ook voor de maatschappelijke welvaart van het land belangrijk: «Naast het winstmotief gelden voor de verantwoordelijken van de onderneming dan ook noodzakelijkerwijze andere bekommernissen zoals de tewerkstelling, de regionale welvaart en ontwikkeling, het milieubeheer, enz.»⁹.

Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat de winst niet enkel een geldelijk voordeel inhoudt of verschaft voor de eigenaar of de ondernemer: ook toeleveranciers, bouwondernemingen, financiële ondernemingen, middenstand, distributiebedrijven e.a. zijn rechtstreeks of onrechtstreeks bij het economisch doel van de onderneming gebaat.

IV. Eigendom en produktieverhoudingen.

7. In het preadvies van Stroobant wordt gesteld dat de eigendomsfunctie een essentieel bestanddeel is van elk maatschappelijk systeem. Voorts wordt gewezen op de inhoudelijke evolutie van het eigendomsbegrip in verband met de maatschappijstructuur: «Het eigendomsrecht», aldus Stroobant, «heeft in een liberale produktieverhouding een andere inhoud en een andere draagwijdte dan in een socialistische produktieverhouding¹⁰.» Onmiddellijk aansluitend op deze korte en algemene analyse van het eigendomsbegrip in verband met de maatschappelijke structuren, poneert Stroobant een specifieke stelling i.v.m. de liberale produktieverhoudingen. Deze verhoudingen, aldus de preadviseur, worden juridisch geschraagd door het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid en door de particuliere eigendom van de produktiemiddelen.

Zonder de actuele maatschappelijke, economische en sociale verhoudingen verder te analyseren vangt Stroobant dan het onderzoek aan van de wettelijke beperkingen, die aan het particuliere eigendomsrecht van de ondernemer zijn gesteld.

De eigendom van de produktiemiddelen wordt dus behandeld tegen de achtergrond van de tegenstelling tussen liberale en socialistische produktieverhoudingen. De economische verhoudingen in onze westerse maatschappij kunnen nochtans zeker niet ongenueanceerd worden bekeken volgens deze zwart-wit tegenstelling¹¹. In onze maatschappij heeft zich immers een economisch stelsel ontwikkeld dat doorgaans wordt aangeduid als een stelsel van gemengde economie of sociale markteconomie. In zijn inleidende bijdrage bij de in 1974 gepubliceerde bundel *Het land waarin wij werken*¹² omschrijft Gaston Eyskens dit als volgt: «Men kan zich een stelsel voorstellen van ongebreidelde vrijheid, met een harde en in feite onmenselijke markteconomie, waar men alleen vertrouwt op vraag en aanbod en op het prijsmechanisme. Aan het andere uiterste situeert zich de staatskapitalistische dwangmaatschappij, met een volslagen autoritaire onderneming en zonder ruimte voor keuze of vrijheid van producent of consument. Deze extre-

men zijn in beginsel eenvoudig, maar stemmen nergens met de werkelijkheid overeen. De ontwikkeling leidt onvermijdelijk tot complexiteit in de maatschappijstructuren en tot een veelvoudigheid in het spelen van diverse ordeningsmechanismen die niet kan worden vermeden wanneer men de menselijke persoonlijkheid veilig wil stellen».

Indien bijgevolg uitgegaan wordt van onze concrete maatschappelijke situatie is de vraag naar de eigendomsbeperkingen van de ondernemer eigenlijk een vraag naar de eigendomsbeperkingen die verbonden zijn aan het stelsel van de sociale markteconomie of van de gemengde economie. De onderbouw van dit stelsel wordt gevormd door het privé-initiatief, de creativiteit en het streven naar winst. De sociaal «gecorrigeerde markteconomie (is) geleidelijk (...) uitgemond in complexe overlegstructuren voor het verwezenlijken van sociale vooruitgang en het veilig stellen van het algemeen belang. Een overwegende rol wordt toegekend aan het privé-initiatief in de onderneming, zonder miskennen van het overheidsinitiatief. Er bestaat een grote bezorgdheid voor het behoud van een redelijke graad van mededinging. De afwezigheid van produktiviteit wordt automatisch gesanctioneerd door het omslaan van winst in verlies en op de duur door de uitschakeling van de niet-doelmatig werkende produktie-eenheid. Dit is een waarborg van dynamische aanpassingen en van vooruitgang¹³.»

De ondernemers in onze westerse economische samenleving functioneren bijgevolg in een gemengd economisch stelsel. Daarin vormen de produktiemiddelen uiteraard het voorwerp van eigendomsrecht: zij kunnen toebehoren aan de ondernemer zelf als fysieke persoon of als rechtspersoon. Principieel gaat het over eigendom zoals omschreven in artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek. Uit dit eigendomsrecht vloeien uiteraard een aantal rechten en verplichtingen voort. De draagwijdte van deze rechten en verplichtingen, die verbonden zijn aan het eigendomsrecht van de onderneming, wordt mede bepaald door een aantal beperkingen, waarmee de ondernemer rekening zal moeten houden. Op de inhoud en de finaliteit van deze beperkingen wordt thans verder ingegaan.

V. Inhoud en finaliteit van de eigendomsbeperkingen van de ondernemer

8. *Interne en externe eigendomsbeperkingen.* De voorgaande beschouwingen leken me belangrijk om het vraagstuk van de eigendomsbeperkingen van de ondernemer in een juiste context te kunnen plaatsen. In het licht daarvan zou ik onderscheid willen maken tussen «interne» en «externe» eigendomsbeperkingen van de ondernemer.

1) *Interne eigendomsbeperkingen* hebben betrekking op de middelen die de ondernemer in een onderneming wil of moet aanwenden om het ondernemingsdoel te bereiken en die niet uit het eigen vermogen van de ondernemer of van de onderneming geput kunnen worden. Zulks kan gelden voor elk van de produktiefactoren: grond (en gebouwen), kapitaal en arbeid.

Een beroep doen op middelen die niet uit het eigen vermogen voortkomen, betekent dat de ondernemer-eigenaar van de onderneming rekening moet houden met de beper-

⁹ O.c., p. 81.

¹⁰ O.c., k. 2490.

¹¹ G. EYSKENS, *Het land waarin wij werken. Een doorlichting van het Belgisch economisch systeem*, Antwerpen-Amsterdam, 1974, p. 8.

¹² Zie de vorige voetnoot.

¹³ G. EYSKENS, o.c., p. 8.

kingen voortvloeiend uit het beroep doen op de eigendom van derden. Een mooi voorbeeld daarvan biedt o.m. de exploitant van een handelszaak die het handelspand in huur heeft genomen, of nog: de pachter van landeigendommen. Voor beide economische activiteiten is de wetgever trouwens opgetreden met het oog op de bescherming van de economische activiteit tegenover de aanspraken die de verhuurder of verpachter kan doen gelden op basis van zijn eigendomsrecht.

Een ander voorbeeld kan geput worden uit de kapitaalsverschaffing aan de ondernemer. Wanneer hij slechts ten dele een beroep kan doen op eigen vermogen (aandelenkapitaal en reserves), zal hij leenvermogen aanspreken, of m.a.w. kredieten en leningen, die op de geld- en kapitaalmarkt worden aangeboden door banken, institutionele of particuliere beleggers¹⁴. Een belangrijk stuk financiering van de onderneming kan ook voortspruiten uit het leverancierskrediet. Leenvermogen en leverancierskredieten geven aan de ondernemer wel de mogelijkheid om zijn onderneming te financieren maar leggen hem anderzijds ook bepaalde verplichtingen en beperkingen op. Ook op dit terrein is de wetgever opgetreden, o.m. door de regelingen van faillissement en gerechtelijk akkoord.

Hiervoren is reeds opgemerkt dat de ondernemer die het stadium van de eenmanszaak overschrijdt, onvermijdelijk een beroep zal moeten doen op arbeid die door derden ter beschikking wordt gesteld.

Binnen het ondernemingsgebeuren vindt dit hoofdzakelijk plaats op basis van de arbeidsovereenkomst, waardoor arbeiders en bedienden hun arbeidsprestaties tegen betaling van een loon of wedde ter beschikking stellen onder het gezag, de leiding en het toezicht van de ondernemingsleiding. Slechts in mindere mate wordt gebruik gemaakt van de overeenkomst tot het zelfstandig verrichten van diensten.

Ook op dit terrein is de wetgever opgetreden om de individuele en collectieve arbeidsrelaties binnen de onderneming aan regels te onderwerpen. De doelstelling van deze wetgeving is gericht op de bescherming van de rechten van de individuele werknemer, alsmede op het bepalen van de wederzijdse rechten en verplichtingen, ook op het vlak van de werknemerscollectiviteit binnen de onderneming. Ook hier worden dus de rechten van de ondernemer-eigenaar (van de onderneming) beperkt. Om maar enkele voorbeelden te noemen: het discriminatieverbod t.a.v. indienstneming van mannelijke of vrouwelijke werknemers, de regeling van de arbeidstijd en arbeidsduur, de ontslagregeling. R. Henrion noemde dit: «La mutation du personnage de l'entrepreneur, propriétaire tout puissant des débuts du capitalisme, en un gestionnaire dont, à l'intérieur, l'autorité sociale est sensiblement réduite par les lois de protection ouvrière, les syndicats de travailleurs, les conseils d'entreprise, les commissions paritaires, l'inspection du travail...»¹⁵.

¹⁴ F.W.C. BLOM, *Financiering van ondernemingen*, Amsterdam - Brussel, 1966, p. 118.

¹⁵ «Tendances générales en matière de participation», in *De onderneming morgen. Economisch en financieel recht vandaag III*, Gent, 1974, p. 13.

Typisch voor het element arbeid en voor de wettelijke erkenning van zijn specifieke rol binnen de onderneming is ook dat in de jongste decennia langzamerhand een vorm van werknemersvertegenwoordiging is ontstaan binnen de onderneming, met bepaalde welomschreven informatie- en controlebevoegdheden, zoals deze toegekend zijn aan het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen en de ondernemingsraad.

2) *Externe eigendomsbeperkingen* betreffen dan de beperkingen die aan de ondernemer en zijn onderneming worden opgelegd wegens de plaats van de onderneming in een geografische, algemeen maatschappelijke, economische en sociale omgeving. Hier kan een zeer lange reeks van wetten en reglementen opgesomd worden die op al deze terreinen beperkingen hebben ingevoerd op het eigendomsrecht van de ondernemer.

Ziehier een enuntiatieve opsomming: wetgeving op stedenbouw en ruimtelijke ordening, de reglementering op de gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven, de hele milieuwetgeving m.b.t. afvalproblematiek, lucht-, water- en bodemverontreiniging, de wetgeving en reglementering i.v.m. de verschillende economische sectoren, hun organisatie, toegangs- en uitoefeningsvoorschriften, de wetgeving m.b.t. de consumentenbescherming, de mededingingswetgeving, de wetgeving m.b.t. de vakbondsorganisaties, hun werking en rol ter zake van werknemersbelangen in het algemeen en werknemersinspraak in ondernemingen.

Deze catalogering van de verschillende soorten eigendomsbeperkingen van de ondernemer is m.i. van belang om er een juiste analyse van te maken. De *interne* beperkingen houden immers direct verband met de onderneming zelf, haar werking, haar doelstelling en interne organisatie op financieel, economisch en sociaal vlak. De *externe* beperkingen vloeien voort uit de verschillende raakvlakken die de onderneming heeft met haar buitenwereld.

9. Deze twee soorten beperkingen hebben dus een verschillende finaliteit. De *interne beperkingen* moeten op de eerste plaats bekeken worden in verband met de onderneming zelf en van het ondernemingsdoel. Om dit te illustreren wil ik twee voorbeelden aanhalen, een eerste m.b.t. de kapitaalverschaffers en een tweede m.b.t. de werknemers (of «werk»-verschaffers). De kapitaalverschaffers van een onderneming kunnen niet zonder meer besluiten om het door hen ter beschikking gestelde kapitaal te onttrekken aan het ondernemingsvermogen. Zij zullen daarbij rekening moeten houden met de rechten en belangen van andere personen die bij de werking betrokken zijn (kredietverschaffers, leveranciers, werknemers). Deze beperking past volkomen binnen het economisch doel van de onderneming, zoals het eerder is omschreven. Is het binnen het ondernemingsdoel noodzakelijk of wenselijk om de ondernemingsactiviteiten te verminderen, te heroriënteren, te moderniseren of zelfs te beëindigen, dan moet deze beslissing door de daartoe geëigende organen kunnen worden genomen en moeten de rechten van de voornoemde belanghebbenden worden gehonoreerd.

Eventueel zal zulks gebeuren in het kader van de door de wet geregelde procedures (faillissement, gerechtelijk akkoord) en volgens de door de wet bepaalde voorrechten en/of de toegekende zekerheden. Nog steeds i.v.m. de positie van de kapitaalverschaffers kan bijvoorbeeld ook gewezen worden op de bepalingen van de Vennootschapswet die

de volstorting van de aandelen onder bepaalde voorwaarden verplicht stelt.

Net zoals de positie van de kapitaalverschaffers bekeken dient te worden in verband met de onderneming en het ondernemingsdoel, moeten ook de rechten van de werknemers binnen de onderneming geïnterpreteerd worden binnen dezelfde context van de onderneming en het ondernemingsdoel. Zoals eerder is uiteengezet, is dit doel economisch gericht, waardoor bepaalde wetmatigheden niet terzijde kunnen worden geschoven, zonder dat men de basis zelf van ons ondernemingsgewijs systeem van produktie en distributie van goederen en diensten aantast.

Deze benaderingswijze kan m.i. in verband gebracht worden met het concept van doelgebonden rechten en bevoegdheden zoals deze door W. Van Gerven in zijn artikel: «Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming»¹⁶ worden omschreven. Uitgaande van de gedachte dat het ondernemingsvermogen geconstitueerd is in het belang van de onderneming en als dusdanig een doelvermogen kan worden genoemd, stelt Van Gerven dat dit belang de resultante is van de verschillende bij de onderneming betrokken groepen: aandeelhouders, bedrijfsleiders, werknemers. Dit belang moet dan ook door elk van deze groepen op hun eigen niveau en binnen hun specifieke bevoegdheid in het oog worden gehouden: «Zo gezien», aldus Van Gerven, «is het stemrecht van de aandeelhouder, zoals het bestuurs- en het beheersrecht van de bedrijfsleiders en van de beheerders en ook de vooralsnog beperkte medezeggingsschapsrechten van de werknemersvertegenwoordigers in ondernemingslichamen, een doelgebonden bevoegdheid, die slechts geldig kan worden uitgeoefend in het belang van de onderneming en niet uitsluitend ter bevordering van het eigen groepsbelang».

De externe beperkingen hebben een andere finaliteit. Zo hebben de beperkingen voortvloeiend uit de wetgeving op de ruimtelijke ordening bijvoorbeeld tot doel om, rekening houdend met de verschillende toepassingen waartoe het grondgebied in het algemeen belang moet worden voorbestemd, specifieke zones aan te duiden waarin ondernemingsactiviteiten uitgeoefend kunnen worden. Zo hebben de regels i.v.m. de uitoefening van bepaalde economische activiteiten tot doel om hetzij op kwantitatieve, hetzij op kwalitatieve basis een voorafgaande selectie door te voeren. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: de wetgeving op de oprichting van grote distributiebedrijven, de vestigingwet op de apotheken, de algemene vestigingwet, op grond waarvan beroepsuitoefeningsvoorwaarden worden vastgesteld. Dit soort beperkingen heeft niet rechtstreeks te maken met de organisatie van de voor de onderneming noodzakelijke middelen, noch met de interne werking ervan. Zij houden daarentegen wel verband met de algemene maatschappelijke, economische en sociale context waarin elke onderneming moet functioneren. Dit geldt m.i. ook voor een aantal wetten en reglementeringen die verband houden met de werking van de vakorganisaties en hun vertegenwoordiging binnen de onderneming. Dit soort belangenbehartiging valt niet, althans niet noodzakelijkerwijze, samen met de belangenbehartiging van de werknemers en de werknemersvertegenwoordiging binnen de onderneming.

Dit soort onderscheid is evenwel niet terug te vinden in de huidige modellen en formules i.v.m. werknemersvertegenwoordiging voor de ondernemingen. Dit kan o.m. geïllustreerd worden door te verwijzen naar de regels i.v.m. de verkiezing en de samenstelling van de leden van de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen.

Terwijl de positie van de werknemers binnen de onderneming, en dus ook hun belangenbehartiging, aanleiding geeft tot interne eigendomsbeperkingen van de ondernemer, dient de positie van de vakbonden en de behartiging van hun belangen (en van die van hun leden) m.i. verbonden te worden met de externe eigendomsbeperkingen.

Uit het bovenstaande moge blijken dat de verschillende beperkingen van het eigendomsrecht van de ondernemer niet op één lijn kunnen worden gesteld om ze te analyseren. Om de juiste draagwijdte ervan te vatten is het onontbeerlijk rekening te houden met de respectieve finaliteit van de verschillende eigendomsbeperkingen. Slechts op die wijze kan ook op een juiste en voldoende genuanceerde manier omschreven worden wat het eigendomsrecht van de ondernemer juist inhoudt, en hoever zijn rechten en verplichtingen strekken.

VI. Eigendom van produktiemiddelen

10. De goederen die door de ondernemer aangewend worden in en voor de onderneming zijn goederen die voor individuele toeëigening in aanmerking komen. Uitzonderingen daarop zijn, voor zover zij worden gebruikt: de lucht en het stromend water van stromen, rivieren en kanalen, die gemene goederen zijn. Dit betekent dat zij niet, althans niet in hun geheel het voorwerp kunnen vormen van individuele eigendomstoeëigening. Zoals bekend bepaalt artikel 714 B.W. in dat opzicht dat het gebruik van deze goederen bepaald wordt door bijzondere wetten.

Volgens de op het Burgerlijk Wetboek gebaseerde kwalificeringen kunnen de door de (privé-)ondernemer aangewende goederen ook gecatalogeerd worden als goederen die aan «bijzondere» personen toebehoren. In het Burgerlijk Wetboek wordt hiermee bedoeld dat zij aan privé-personen (fysieke personen of rechtspersonen) toebehoren en niet aan publiekrechtelijke rechtspersonen.

De goederen die toebehoren aan laatstgenoemde categorie worden beheerd volgens bijzondere wettelijke regels en procedures, die ook hun vervreemdingsmogelijkheden en -wijzen regelen. Goederen die aan privé-personen toebehoren, kunnen in principe door hun eigenaar worden beheerd en vervreemd volgens zijn eigen wilsbeschikking. Uiteraard dient daarbij rekening te worden gehouden met de toepasselijke wetten en reglementen¹⁷.

In het Belgisch recht is er dus geen bijzonder statuut voor de goederen die door de ondernemer worden aangewend in, resp. voorbestemd voor de onderneming. Men kan trouwens de vraag stellen of zo'n bijzonder statuut wel nodig is. Is de belangrijke vraag immers niet wat er met de onderneming zelf gebeurt, hetgeen uiteraard een invloed zal hebben op het lot van de in de onderneming aanwezige goederen.

¹⁶ R.W., 1976-77, 81.

¹⁷ Zie hierover het reeds geciteerde handboek van Derine e.a., nr. 84.

Voorstellen om een nieuwe categorie goederen in te voeren, op basis van het al of niet aanwenden ervan ten behoeve van een onderneming, moeten m.i. dus zeer grondig worden overwogen op hun noodzakelijkheid en nut.

Veel meer lijkt het concept van de bestemmingsgerichtheid van de goederen in het algemeen ingang te vinden en bepalend te zijn voor voorschriften i.v.m. hun gebruik, genot en beschikking. Dit is zeer goed merkbaar in tal van wetten die beperkingen invoeren t.a.v. het gebruik, het genot of de beschikkingsbevoegdheid m.b.t. goederen. Een aantal voorbeelden mogen dit illustreren: de zoneringsbepalingen, ingevoerd op basis van de wetgeving m.b.t. de ruimtelijke ordening en stedenbouw. Hierdoor wordt met name bepaald dat grond A slechts voor bosontginning kan worden aangewend, terwijl grond B dienstig zal kunnen zijn voor sociale woningbouw, en grond C voor villabouw; de wetgeving i.v.m. de huur van woonhuizen, van winkelhuisen en de pacht van landeigendommen.

11. In de lijn van deze gedachten heeft F. Van Neste¹⁸ voorgesteld deze finaliteitsgedachte tot uitdrukking te brengen door het invoeren van twee soorten van eigendom: de persoonlijke (of individuele) eigendom en de sociale eigendom. «Persoonlijke eigendom», aldus Van Neste, «wordt dan omschreven als het meest volledige recht die een persoon op een zaak kan hebben. (...) Sociale eigendom bevat dan de uitdrukkelijk door de wet bepaalde rechten op zaken waarvan de bestemming door de wet of bij overeenkomst vooraf bepaald is en niet kan gewijzigd worden. De bestemming of het doel kan al dan niet winstgevend zijn, en strekt steeds naast een eventuele gerichtheid op particuliere belangen, tot een bepaald maatschappelijk nut».

Kenmerkend voor de persoonlijke eigendom is dat de eigenaar vrijelijk zijn goederen kan gebruiken, het genot hebben, erover beschikken volgens zijn particulier belang, zoals het door hem wordt bepaald. In tegenstelling daarmee moet het sociale eigendomsrecht op goederen opgevat worden en uitgeoefend worden in verband met de verschillende gerechtigden.

Als voorbeelden van goederen die voor persoonlijke eigendom vatbaar zouden zijn, noemt van Neste o.m.: arbeidsinkomen, roerende zaken, de eigen woning, evenals huizen en appartementen die verhuurd worden. Als mogelijke objecten van sociale eigendom noemt hij: bossen, duinen, natuurzones, ondernemingsgebouwen en -installaties of leegstaande panden in gebieden waar woningnood heerst. De verschillende gerechtigden bij sociale eigendom kunnen zijn: investeerders, geldbeleggers, arbeidskrachten, leidend personeel, consumenten, publiek, de overheid.

Uit Van Nestes uiteenzetting blijkt dat hij voorstander is van een duidelijke omschrijving van alle eigendomsbevoegdheden en deelaspecten van objecten van sociale eigendom en ook alle daarmee verbonden rechten en verplichtingen ondubbelzinnig zouden worden bepaald. Dit zou naar zijn oordeel bij uitstek moeten gelden voor de (sociale)

eigendom van de onderneming, die nu slechts op gebrekkige wijze is geregeld enerzijds op basis van de eigendomsbevoegdheden voortvloeiend uit artikel 544 B.W. en anderzijds op basis van het vennootschapsrecht.

12. Persoonlijk ben ik van oordeel dat Van Nestes onderscheid tussen persoonlijke en sociale eigendom wel aansluit bij het groeiend bestemmingsgericht karakter dat aan het eigendomsrecht van bepaalde eigendomsobjecten wordt meegegeven door daartoe uitgevaardigde wetten en reglementen. Ik twijfel er evenwel aan of het wel goed mogelijk is om dit onderscheid tussen persoonlijke en sociale eigendom ook echt juridisch operationeel te maken binnen ons markteconomisch bestel. Deze vraag kan bijvoorbeeld worden gesteld bij de categorie van de verhuurde onroerende goederen met woonbestemming die al naar gelang van het geval onder het statuut van de persoonlijke of de sociale eigendom zouden resorteren. Criteria daarbij zouden blijkbaar zijn: woningschaarste en leegstand. Wie zou evenwel de bevoegdheid hebben om deze statuutswijziging te bepalen, op welk moment, en voor hoelang? Naast vragen over de mogelijkheid om dit onderscheid operationeel te maken, heb ik, vooral i.v.m. het onderwerp dat ons in het kader van dit artikel bezighoudt, een belangrijke, principiële vraag. Deze vraag betreft meer bepaald de eigendom van ondernemingsgebouwen en -installaties, die door Van Neste als mogelijke objecten van sociale eigendom worden gecatalogeerd. Deze gebouwen en installaties kunnen uiteraard niet los worden gezien van de onderneming waarvan zij deel uitmaken en van het daarmee verbonden ondernemingsdoel. In de huidige stand van ons recht is het de ondernemer die beslist welke gebouwen of installaties er zullen worden opgericht, aangeschaft of in gebruik genomen. Deze beslissing zal op de eerste plaats economisch gefundeerd zijn, en zal uiteraard een impact hebben op de situatie van diegenen die in een van de voorgaande paragrafen in verband worden gebracht met de *interne* eigendomsbeperkingen: geldverschaffers, arbeiders en bedienden, bouwondernemingen, afnemers, e.a. Indien deze gebouwen of installaties moeten worden aangepast, vervangen of verwijderd, dan moet deze beslissing normalerwijze ook op economische gronden kunnen worden genomen.

Indien deze goederen, op basis van het door Van Neste gemaakte onderscheid als objecten van sociale eigendom zouden worden bestempeld, dan kan de vraag worden gesteld in hoeverre deze beslissing daadwerkelijk nog op dezelfde gronden kan worden genomen. Per hypothese zouden de verschillende belanghebbenden (bv. investeerders, werknemers, overheidsinstanties) dan bij de beslissing tot vervanging, aanpassing of verwijdering moeten worden betrokken. Het is zeer de vraag of zulks het normale economische proces niet ernstig zou verstoren, in de mate dat de daartoe te regelen procedures de beslissing zouden vertragen of in de mate dat andere dan op het ondernemingsdoel afgestemde belangen een bepalende rol zouden moeten spelen. Hoe kan immers worden gegarandeerd dat overwegingen die verbonden zijn met de interne eigendomsbeperkingen netjes gescheiden blijven van overwegingen m.b.t. de externe eigendomsbeperkingen? Tussenkomen van overheidsinstanties kan immers op de eerste plaats gericht zijn op algemene sociaal-politieke motieven, eerder dan op het specifieke ondernemingsdoel. Dit is in het verleden wel eens

¹⁸ «Eigendom morgen», *T.P.R.*, 1983, 486 e.v.: alsmede «Eigendom en zakenrecht anders opgevat», *R.W.*, 1983-84, 3061 e.v.; zie van dezelfde auteur ook: «Onbehagen omtrent de eigendom», *R.W.*, 1975-76, 2601 e.v.

meer gebleken bij staatstussenkomsten in bedrijven in moeilijkheden. Zo ook kunnen algemene vakbondsobjecten met het belang van de werknemers vermengd worden, zodat dan de op de onderneming gerichte doelstellingen enigszins op de achtergrond worden geschoven.

Ondernemingsgebouwen en ondernemingsinstallaties zijn door Van Neste uiteraard slechts als voorbeeld genomen. Het voorbeeld illustreert m.i. evenwel duidelijk de moeilijkheden die verbonden zouden zijn aan het operationeel maken van het onderscheid tussen goederen die het voorwerp uitmaken van persoonlijke of van sociale eigendom. Gebouwen en installaties zijn bovendien slechts een onderdeel van de onderneming. Kunnen de beslissingen over deze goederen dan worden genomen door andere personen dan diegenen die over de onderneming in haar geheel beleidsbepalende beslissingen kunnen en moeten nemen?

Specifiek t.a.v. ondernemingsgoederen moet daarom sterk betwijfeld worden of de invoering van een categorie «sociale eigendom» wel een verkieslijke weg is om binnen ons markteconomisch bestel de betrokkenheid van andere belangen dan zuiver economische tot hun recht te laten komen. Moet dit soort problemen niet eerder worden benaderd vanuit de onderneming zelf, hetgeen o.m. veronderstelt dat aangepaste formules van informatie en overleg uitgewerkt worden waarin de verschillende belangen die bij de ondernemingsfinaliteit betrokken zijn, aan bod kunnen komen. Voorstellen tot verdere uitbouw van bepaalde vormen van werknemersvertegenwoordiging en werknemersparticipatie in de onderneming kunnen daarbij behulpzaam zijn. Dit veronderstelt m.i. evenwel ook dat bij de samenstelling en uitwerking van deze formules méér dan thans het geval is, de bij de specifieke onderneming betrokken groepen, en de eventueel daaruit voortspruitende *interne* eigenomsbelangen, aan bod zouden komen.

Zonder verder op deze materie te kunnen ingaan kan hierbij o.m. verwezen worden naar de voorstellen die geformuleerd worden binnen het kader van de Europese Gemeenschap: de vijfde (ontwerp) richtlijn over de structuur van de naamloze vennootschap en de medezeggenschap, evenals de (ontwerp) richtlijn inzake de inspraak van werknemers in ondernemingen met een ingewikkelde (transnationale) structuur.

Ter afsluiting van deze opmerkingen i.v.m. de eigendom van produktiemiddelen wil ik nog even verwijzen naar de recente regelingen i.v.m. de invoering van nieuwe technologieën in de ondernemingen. Voor de onderneming is het een economische noodzaak gelijke tred te kunnen houden met de steeds sneller voortschrijdende technologische vooruitgang. De invoering van nieuwe technologieën in de ondernemingen verwekte evenwel onrust bij de vakbonden wegens de gevolgen die ze zouden kunnen hebben op de tewerkstelling. De middelen en instrumenten die in het kader van de invoering van nieuwe technologieën in de ondernemingen worden aangewend, kunnen voorwerp vormen van eigendom. Het is evenwel moeilijk denkbaar dat beslissingen over het verwerven, inpassen, vervangen van deze instrumenten en middelen door andere beleidsorganen worden genomen dan die welke in het algemeen beleidsbeslissingen met betrekking tot de onderneming voorbereiden en nemen. In de recente sociale wetgeving en reglementering is dit probleem geregeld door het K.B. van 25 januari 1984 waarbij C.A.O. nr. 39, gesloten op 13 december 1983

in de Nationale Arbeidsraad algemeen verbindend is verklaard¹⁹. Deze C.A.O. betreft de voorlichting en het overleg inzake de sociale gevolgen van de invoering van nieuwe technologieën. De nieuwe regeling schrijft voor dat de werkgever de werknemersvertegenwoordigers drie maanden vóór de aanwending van de nieuwe technologie schriftelijk moet informeren en consulteren, indien deze aanwending belangrijke collectieve gevolgen heeft voor de werkgelegenheid, de werkorganisatie of de arbeidsvoorwaarden. Niet-naleving van de voorgescreven procedure beperkt de werkgever in bepaalde mate in zijn ontslagvrijheid of legt hem minstens bijkomende financiële verplichtingen op.

VII. Ondernemingseigendom en arbeidsrelatie

a. Eigendomsrecht en arbeidsrelatie: analyse van de gedachtengang van Stroobants preadvies

13. In de probleemstelling van Stroobants preadvies wordt, zoals reeds eerder is opgemerkt, gesteld dat de eigendom een wezenlijk bestanddeel vormt van de maatschappijstructuur en dat de particuliere eigendom van de produktiemiddelen een noodzakelijke voorwaarde vormt voor het bestaan van liberale produktieverhoudingen. In de voorgaande alinea's zijn reeds enkele kanttekeningen geplaatst bij deze uitgangspunten.

Thans zou ik even dieper willen ingaan op een andere stelling van het preadvies, die a.h.w. een uitloper vormt van deze uitgangspunten. Het betreft het onderdeel over het verband tussen eigendomsrecht en de arbeidsrelatie. Voor de duidelijkheid zou ik gaarne de desbetreffende passage even letterlijk in herinnering brengen:

«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 uiting. Is deze ondergeschiktheid een *noodzakelijk gevolg* van de *private* eigendomsrelatie? Op deze vraag kan bevestigend geantwoord worden²⁰».

De preadviseur verwijst met betrekking tot deze vraagstelling naar een mededeling van F. Tanghe op het Internationaal Marx-Colloquium, dat in 1983 werd gehouden aan de V.U.B., onder de titel «Algemene inleiding tot het marxistisch juridisch denken».

De betrokken mededeling van Tanghe is onuitgegeven²¹, zodat ik ze niet heb kunnen nalezen, maar de preadviseur heeft er een citaat uit aangehaald dat ik hierna ook (althans gedeeltelijk) zou willen overnemen: «... 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 ander subject, de macht van de kapitalist om zich meerwaarde toe te eigenen; zijn eigendom van produktiemiddelen betekent meteen macht over andere rechtssubjecten²²...».

¹⁹ Staatsblad, 8 februari 1984.

²⁰ O.c., 2499, nr. 20, met weglating van de verwijzingen naar de voetnoten uit het preadvies; de cursivering is van mij.

²¹ Zie voetnoot 52 van het genoemde preadvies.

²² O.c., 2499-2500, voetnoot 52.

Deze marxistisch-juridische kijk op de relatie tussen private eigendom van produktiemiddelen en de arbeidsrelatie wordt door Tanghe uitvoerig beschreven in zijn boek *Recht en politiek in de spiegel van het marxisme*²³. Daarbij steunt hij deels op de geschriften van Marx zelf en deels op de werken van Pashukanis en Edelman²⁴. Bij de door deze auteurs uitgewerkte stelling plaatst Tanghe evenwel zelf een aantal kritische kanttekeningen, waarop ik hier niet kan ingaan, door gebrek aan scholing in en kennis van de rechtsfilosofie in het algemeen en de marxistisch-juridische benadering van deze fenomenen in het bijzonder.

Ik zal dus niet ingaan op de juistheid van Stroobants visie op de relatie tussen eigendom en arbeidsrelatie vanuit een marxistisch-juridisch standpunt. Wel zal ik straks, aan de hand van een aantal kritische bemerkingen, mijn persoonlijk standpunt ter zake trachten te omschrijven, dat overigens wezenlijk verschilt van deze visie.

Alvorens zulks te doen wil ik nog even wijzen op een merkwaardig stuk uit Tanghes boek, waarin hij de evolutie ontleeft van het «individuele» ondernemersschap (en eigendomsrecht) naar het «collectieve» ondernemersschap, door de rechtspersoonstechniek heen, waarbij de eigendomsfunctie t.a.v. de onderneming en de haar toebehorende goederen uitgegroeid is tot een complex gegeven, waarin juridische en economische eigendom door elkaar verweven zijn.

«In de vorige eeuw», aldus Tanghe²⁵, «bekteedde de individuele ondernemer een soevereine plaats in de produktie: in de meeste gevallen kon hij persoonlijk het bedrijf leiden, stond hij in een rechtstreekse gezagsrelatie tot 'zijn' arbeiders en speelde hij een initiatiefnemende en innoverende rol».

In dat type onderneming was de ondernemer persoonlijk zowel eigenaar van de produktiemiddelen als leider van het arbeidsproces: «Kortom: juridische eigendom, economische macht en individueel rechtsubject vallen samen²⁶». De tijden zijn evenwel grondig veranderd, aldus Tanghe, o.m. door het invoeren van vennootschapsrechtelijke structuren, zoals de naamloze vennootschap en het groeiend belang van de multinationale ondernemingen: «Juridische eigendom en reële beschikking over de arbeidsprocessen worden dus steeds minder belichaamd in dezelfde personen. Maar ook de economische eigendom wordt steeds vaker opgesplitst en valt uiteen in graduele machtsverschillen.» Daarbij verwijst Tanghe naar de rol van de kaders, die het arbeidsproces controleren en organiseren en bovendien «deelhebben aan de economische eigendom van de produktiemiddelen. Zij vormen als zodanig een van de aandeelhouders en de rechtspersoon onderscheiden groep van personen²⁷».

Door deze analyse komt Tanghe in de door hem ontwikkelde visie tot een scherp oordeel over de positie en de

functie van de kaderleden²⁸. De ontwikkeling van technologie binnen de onderneming leidt tot een beheersing van en over het arbeidsproces door een kleine groep van intellectuelen, die a.h.w. optreden als waterdragers²⁹ van de kapitalistische eigenaar, en die een exclusieve positie bekleden door hun kennis en inzicht over het geheel van de ondernemingswerking en door «hun bestuursfunctie» m.b.t. het arbeidsproces. Tanghe noemt dit «afscheiding van de technologie, die de mogelijkheid tot democratische controle over de produktie het gras onder de voeten wegmaait».

b. Eigendomsrecht en arbeidsrelatie: summier juridische analyse

14. Komen we nu terug op de stelling van het preadvies dat de band van ondergeschiktheid, die kenmerkend is voor de arbeidsovereenkomst, een noodzakelijk gevolg is van de private eigendomsrelatie. De vraag kan gesteld worden of deze stelling niet berust op een onjuiste gelijkenschakeling tussen de aanwezigheid van een gezagsverhouding als wezensvereiste voor de arbeidsovereenkomst, enerzijds, en de vraag naar de persoon die gerechtigd is om het gezag, de leiding en het toezicht, die verbonden zijn met deze gezagsverhouding of ondergeschiktheid, uit te oefenen, anderzijds. In ons westers sociaal-economisch en juridisch stelsel is immers de private eigendom van produktiemiddelen de regel, net zoals trouwens het ondernemingsinitiatief wordt overgelaten aan privé-ondernemers, die er ook de verantwoordelijkheid voor dragen. Personen die ingaan op de vraag naar arbeidskrachten, die omwille van deze ondernemingsinitiatieven op de arbeidsmarkt ontstaat, worden door een individuele arbeidsovereenkomst verbonden met de onderneming. Gezag, leiding en toezicht zullen door de ondernemingsleiding worden uitgeoefend (of gedelegeerd). Eerder dan de private eigendom staat het vrije ondernemingsinitiatief centraal voor het ontstaan van werkgelegenheidsopportuniteiten en de daaruit voortvloeiende arbeidsovereenkomsten.

Deze hoeven trouwens helemaal niet verbonden te zijn met een onderneming, waarin de ondernemingsleiding (fysieke persoon of rechtspersoon) eigenaar is van de produktiemiddelen. Een bediende in een kapsalon kan verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst en onderworpen zijn aan een band van ondergeschiktheid zonder dat er sprake is van (private) eigendom van produktiemiddelen; net hetzelfde kan bijvoorbeeld gelden voor een secretaresse in een advocatenkantoor.

Stroobants stelling dat de «produktiekrachten (goederen en arbeid) tot elkaar in een produktieverhouding staan die wezenlijk bepaald worden door de private eigendom op de produktiemiddelen» zou ik dus eerder als volgt willen formuleren: nu aan de basis van onze sociaal-economische samenleving de ondernemingsgewijze produktie ligt, vloeit daaruit automatisch voort dat diegenen die hun arbeid in dat kader ter beschikking wensen te stellen d.m.v. een arbeidsovereenkomst, onderworpen zullen zijn aan het gezag,

²³ Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982. Zie vooral p. 82-149.

²⁴ E.B. PASHUKANIS, *La théorie générale du droit et du marxisme*, Parijs, 1970; B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie*, Parijs, 1973; id., *Humanisme et patrimoine*; id., *La Pensée*, nr. 178, 1974; id., «Esquisse d'une théorie du sujet», in *Communications*, nr. 26, Parijs, 1977.

²⁵ O.c., p. 136.

²⁶ O.c., p. 131-137.

²⁷ O.c., p. 137.

²⁸ O.c., p. 138.

²⁹ De term komt niet voor in het werk van Tanghe maar weer spiegelt mijn interpretatie van zijn visie.

de leiding en het toezicht van de ondernemingsleiding. Of, zoals H.L. Bakels het zegt in zijn *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*: «Het leiden van een onderneming — en ik zie niet goed in hoe een onderneming zonder leiding kan functioneren — veronderstelt zeggenschap over het vermogen en de werknemers, 'To manage means to command'. Dit geldt niet alleen voor onze westerse samenleving, doch evenzeer voor een communistische samenleving.» Bakels wijst er in dit verband trouwens op dat werkgevers en arbeiders gemeenschappelijk belang hebben bij een gezonde onderneming, zodat er op lange termijn zeker harmonie aanwezig is. Dit belet niet, aldus nog steeds dezelfde auteur, dat er een mogelijke disharmonie is van belangen op korte termijn, wat de dagelijkse gang van zaken betreft.

15. Voorts is het niet mogelijk de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst enkel en alleen te analyseren in relatie tot het (privaat) eigendomsrecht. Sinds vele decennia heeft zich immers een individueel en collectief arbeidsrecht ontwikkeld dat een grote autonomie vertoont t.a.v. de klassieke rechtsfiguren van het Burgerlijk Wetboek. In deze ontwikkeling hebben zowel het respect voor het fundamentele recht op arbeid als overwegingen die verband houden met het algemeen belang een rol gespeeld.

Hieruit vloeit voort dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst die de ondernemer sluit met een individuele werknemer, grotendeels bepaald wordt door uit het arbeidsrecht voortvloeiende, meestal dwingende regelingen.

Uiteraard kan een dergelijke arbeidsovereenkomst niet los worden gezien van de onderneming waarin de betrokken werknemer wordt tewerkgesteld. Dit brengt mee dat de ondernemingsfinaliteit, waarover eerder in deze bijdrage is gesproken, onvermijdelijk een invloed kan en zal uitoefenen op deze overeenkomst. De onderneming in ons markteconomisch bestel is immers een bron van een uitermate groot aantal arbeidsplaatsen. De totstandkoming van de arbeidsovereenkomst is m.a.w. aan het bestaan, de ontwikkeling en de groei van deze ondernemingen gebonden. Vandaar dat m.i. in dit verband op de eerste plaats de nadruk moet worden gelegd op het principe van de markteconomie en het vrije ondernemingsinitiatief. Deze beginselen leiden ertoe dat individuele ondernemers, als fysieke personen of als rechtspersonen, het risico opnemen en dragen om ondernemingen op te richten en de daarbij benodigde goederen en middelen bijeen te brengen. Zij zijn het ook die arbeidsmogelijkheden creëren en op die wijze voor een belangrijk gedeelte gestalte geven aan het recht op arbeid van elk rechtssubject. Deze grondbeginselen moeten samen bekeken worden met de regels van het private eigendomsrecht om de inhoud, de plaats en de functie van de arbeidsrelatie in ondernemingsverband juist te kunnen analyseren.

16. Aansluitend bij deze bemerkingen bij ondernemings-eigendom en arbeidsrelatie sta ik nog even stil bij Stroobants analyse van het (oorzakelijk) verband tussen private eigendom van produktiemiddelen en band van ondergeschiktheid, die resulteert in een gelijkstelling van de verhuring van stoffelijke zaken met de verhuring van arbeid, als een soort koopwaar.

Volledigheidshalve moet wél opgemerkt worden dat in het preadvies zelf reeds een nuance wordt aangebracht bij de stelling dat de arbeid verhuurd wordt als een zaak³⁰.

Stroobant meent nl. dat huur van goederen en huur van arbeid geen identieke verrichtingen kunnen zijn, wegens de verbondenheid van de arbeidsprestatie met een rechtssubject.

Persoonlijk geloof ik dat in dit verband eerder sprake moet zijn van een principieel verschil, dan wel alleen maar van een nuancering. Arbeid is immers geen koopwaar, zoals o.m. ook duidelijk werd gesteld in de «Verklaring betreffende de doeleinden van de Internationale Arbeidsorganisatie» die op 10 mei 1946 te Philadelphia werd aangenomen³¹.

Reeds in de uitgave van 1938 schreef H. De Page hierover in alle duidelijkheid dat de gelijkstelling van verhuring van arbeid met verhuring van koopwaar niet alleen moest worden beschouwd als strijdig met de menselijke waardigheid³², maar bovendien principieel fout was omdat beide instituten fundamenteel van elkaar verschillen. De band van ondergeschiktheid doet daarbij niets af aan dit wezenlijk onderscheid: «L'homme en engageant son travail, même comme tel (locatio operarum), un service d'autrui, se soumet peut-être à l'autorité et à la direction de celui à qui il preste son travail, et se trouve de ce fait, dans l'exécution du travail, sous la subordination du maître. Mais il n'aliène pas pour cela, en tant qu'homme, son indépendance, sa personnalité. Il ne devient pas un objet de 'jouissance'. Aussi a-t-on pu dire, dans cet ordre d'idées, qu'entre le louage des choses et le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour autrui, il y a cette différence essentielle que le contrat met en jeu la personne même du contractant³³».

Deze gelijkschakeling tussen de verhuring van een stoffelijke zaak en de verhuring van een persoonlijkheidselement wordt ook door J. Steyaert met klem verworpen in het deel *Arbeidsovereenkomst* van de Algemene Practische Rechtsverzameling³⁴.

Net zoals De Page dat reeds deed in 1939, noemt J. Steyaert deze gelijkschakeling een achterhaald concept. Dit argumenteert hij aan de hand van een hele reeks factoren, waarvan ik er hier enkele wil opnoemen: het ontstaan van een autonoom arbeidsrecht, naast het burgerlijk recht, met eigen indelingen, normen en begrippen; de diepere betekenis van de arbeid, die verbonden is met het persoonlijk bestaan van de mens; de ontwikkeling van individuele naar collectieve arbeidsovereenkomsten, op nationaal, sectorieel en ondernemingsvlak.

Ook Horion wijst op dezelfde fenomenen in zijn *Nouveau précis de droit social belge*³⁵. Ook hij ontkent ten stelligste dat het ter beschikking stellen van arbeidsprestaties zou mogen worden gelijkgesteld met koopwaar en benadrukt het zelfstandig karakter van het arbeidsrecht: «A cet

³⁰ Zie kolom 2500.

³¹ Deze verklaring werd gehecht aan de nieuwe constitutie van de I.A.O.; zie P. NAUDTS, *Sociale Rechten in Beweging*, Brussel, 1980, p. 161.

³² *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, nr. 839.

³³ *O.c.*, nr. 839, met verwijzing naar Colin en Capitant, II, nr. 728.

³⁴ Gent, Leuven, 1973, p. 25.

³⁵ Luik - Den Haag, 1969-1970, p. 32-35.

égard, donc, le contrat de louage de service ne peut plus être classé dans l'une des catégories du code civil. D'autre part, si à l'occasion nous devons faire allusion aux principes du code civil relatifs aux obligations conventionnelles, ce sera le plus souvent pour constater que le droit social y déroge. Assurément, le législateur ne les a pas abrogés, mais par les innombrables dérogations qu'il édicte toutes les années, il a montré son opinion persistante: ces principes ne conviennent pas aux relations entre patron et salariés: le travail n'est pas une marchandise³⁶.

Een laatste verwijzing in verband met dit punt kan worden gemaakt naar het recente werk van Micheline Jamouille, *Le contrat de travail*³⁷. Elke verwijzing naar overeenkomsten in verband met zaken lijkt haar ongepast t.a.v. de arbeidsovereenkomst. «Il apparut donc qu'il serait préférable, dans la traduction juridique du rapport du travail, — tout en conservant le présupposé contractuel — d'écarter une référence aux contrats concernant des biens.» Ook zij verwijst trouwens in dit verband naar de bijbel van het arbeidsrecht: «Dans cet esprit d'ailleurs, la constitution de l'Organisation Internationale du Travail, formant manière d'évangile en ce domaine, n'affirme t'elle pas que le travail n'est pas une marchandise?»

Slotbeschouwingen

17. In zijn opstel «Eigendom en privaatrecht», in het bijzonder nummer van het *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*³⁸ analyseert W.J. Slagter de verschillende functies van de eigendom. Eén van de door hem genoemde eigendomsfuncties lijkt me geschikt als aanknopingspunt voor enige slotbeschouwingen bij dit artikel over de verhouding tussen ondernemer, eigendom en arbeid. Eigendom, aldus Slagter, is een instrument voor decentralisatie van beslissingen: «Daarbij is de gedachte, dat de eigenaar er zelf het meeste belang bij heeft, dat hij met betrekking tot het gebruik hiervan de meest juiste beslissingen neemt en, bij een eventuele fout, het meest adequaat reageert om de schade van onjuiste beslissingen zo gering mogelijk te maken, omdat al deze schade hem als eigenaar treft³⁹.» Z.i. is de eigendomsstructuur niet het fundamentele criterium om het kapitalistische en het socialistische stelsel van mekaar te onderscheiden: «Het verschil in eigendomsstructuur is niet meer dan een juridische uitdrukking van een veel diepere tegenstelling, namelijk tussen de persoonlijke verantwoordelijkheid en de gemeenschapsverantwoordelijkheid voor het economische proces⁴⁰.» Hiermee wordt m.i. de juiste band gelegd tussen het individuele eigendomsrecht en het markt-economisch stelsel.

Ook in dit stelsel wordt de basis gevormd door het vrij ondernemersinitiatief, dat de motor vormt voor het economisch en sociaal leven. In het reeds eerder geciteerde boek *Het land waarin wij werken* wordt dit als volgt verwoord door G. Eyskens: «De gemengde economie die ons eigen is (...) is gekenmerkt door de sociaal gecorrigeerde markt-economie (...). Een overwegende rol wordt toegekend aan het

privé-initiatief in de onderneming, (...). De afwezigheid van produktiviteit wordt automatisch gesanctioneerd door het omslaan van winst en verlies en op de duur door de uitschakeling van de niet-doelmatige produktie-eenheid. Dit is een waarborg van dynamische aanpassingen en vooruitgang⁴¹».

Indien over de rol van, en de verhouding tussen ondernemer, eigendom en arbeid wordt nagedacht met het oog op het vormen en verfijnen van de toepasselijke juridische technieken en instrumenten, moet m.i. met deze basisbeginselen rekening worden gehouden. In dit verband is en blijft het basisbeginsel dat het ondernemingsinitiatief vrij tot stand komt, of wordt gestimuleerd door de overheid. De onderneming die op die wijze wordt gevormd, en de verschillende constituerende bestanddelen ervan, vormen het voorwerp van privaat eigendomsrecht. Het ontstaan, de werking, de ontwikkeling van deze ondernemingen vereisen een samenwerkingsverband tussen personen. Voor de zeer grote meerderheid van deze personen vormt de arbeidsovereenkomst de band die hen met de onderneming verbindt. Het eigendomsrecht van de ondernemer wordt gemoduleerd door de verschillende interne beperkingen die voortvloeien uit het in gebruik nemen van aan derden toebehorende goederen en middelen, en door het arbeidsverband dat de medewerkers van de onderneming ermee verbindt. Ook van externe factoren gaat een invloed uit op het eigendomsrecht van de ondernemer. Zoals hiervoren beschreven bezitten interne en externe beperkingen evenwel een eigen finaliteit.

In dat verband kan trouwens gesteld worden dat in deze bijdrage geopteerd wordt voor een verdere uitwerking van de ondernemingsorganisatie om met de verschillende interne bepalende factoren rekening te kunnen houden. Het toewijzen van een speciaal statuut aan ondernemingsgoederen werd daarentegen zowel om principiële redenen (werking van de onderneming binnen de markteconomische context) als operationele redenen (toepasselijkheid van het statuut) niet verkieslijk geacht. Meer specifiek t.a.v. de arbeidsrelatie werd beklemtoond dat deze niet kan worden gelijkgesteld met het verband tussen de onderneming en de ondernemingsgoederen. In dat opzicht werd overigens ook herinnerd aan het overwegend belang dat uitgaat van het arbeidsrecht op de arbeidsrelaties binnen de onderneming.

De uitdaging voor de hedendaagse jurist bestaat erin binnen deze context de juiste, evenwichtige verhouding te vinden tussen ondernemer, eigendom en arbeid. In tegenstelling tot M. Stroobant ben ik evenwel van mening dat de evolutie van het organisatieverband tussen deze drie elementen, en in het bijzonder van het eigendomsrecht niet moet leiden tot «de herziening van de wezenlijke betekenis van het particuliere eigendomsbegrip»⁴². Binnen het kader van het ondernemingsrecht is de private eigendom niet enkel een mogelijkheid, maar zonder meer een noodzakelijkheid. De finaliteit ervan wordt bepaald door de sociaal-economische achtergrond, waartegen de hedendaagse onderneming is gegroeid. Het eigendomsbegrip is m.i. voldoende rijk aan inhoud om op aangepaste wijze daarin een rol te vervullen.

Philippe VANAVERMAETE

³⁶ P. HORION, o.c., p. 33-34.

³⁷ Luik, 1982, p. 17-18.

³⁸ Jaargang 1976, nrs. 3-4, p. 282 e.v.

³⁹ O.c., p. 283.

⁴⁰ O.c., p. 288.

⁴¹ P. 8.

⁴² Geciteerd preadvies, k. 2518.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 24 MEI 1983

Voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Marchal

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaat : mr. De Gryse

Rechten van de mens — Recht van verdediging — Strafvordering — Bewijs — Gegevens verkregen in Nederland door af luisteren van telefoongesprekken overeenkomstig de Nederlandse wet.

Telefoongesprekken vallen onder de begrippen «privé-leven» en «briefwisseling» in de zin van art. 8 E.V.R.M.

Naar recht verantwoord is de veroordeling op grond van gegevens die in Nederland zijn verkregen door het af luisteren van telefoongesprekken overeenkomstig de Nederlandse wet, wanneer in zodanige inmenging van het openbaar gezag bij de wet is voorzien en die inmenging nodig was o.m. voor het handhaven van de orde en ter voorkoming van strafbare feiten.

De omstandigheid dat bewijskrachtige gegevens zijn verkregen door het af luisteren van telefoongesprekken in Nederland overeenkomstig de Nederlandse wet, is niet strijdig met het recht van verdediging of met het recht op een eerlijke behandeling van de zaak als voorgeschreven in art. 6.1 E.V.R.M.

A. en O.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 januari 1983 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 22 en 97 van de Grondwet, 8, 154, 189 en 211 van het Wetboek van Strafvordering, 17 tot en met 20 van de wet van 13 oktober 1930 tot coördinatie der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met de draad, 125g van het Nederlands Wetboek van Strafvordering, 6.1 en 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, en van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging,

doordat het arrest de eisers schuldig verklaart aan de hun ten laste gelegde feiten en daarvoor straffen uitspreekt, rekening houdend met het in het dossier aanwezige bewijsmateriaal, waarvan de rechtmatigheid der vergaring door eerste eiser betwist werd, op grond: dat vaststaat dat de onderzoeksverrichtingen van de Nederlandse Centrale Recherche, onder meer het af luisteren van telefonische verbindingen, conform de aldaar vigerende wetgeving, in Nederland werden uitgevoerd, en dit met toelating van de rechter-commissaris; dat het als toen gebruikte procédé, toegelaten door de Nederlandse wetgeving, niet ingaat tegen de bepalingen van het Europees Verdrag over de rechten van de mens; dat zulks duidelijk onderstreept wordt in het

arrest van 6 september 1978 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zake Klass en anderen, waarin uitdrukkelijk gezegd wordt: «Het Hof moet aanvaarden dat in een democratische samenleving een wettelijk geregeld geheim toezicht op briefwisseling, telecomunicaties en dergelijke, in een uitzonderlijke situatie noodzakelijk is voor de nationale veiligheid, de bescherming van de orde en het voorkomen van strafbare feiten» (§ 48), en: «De Nationale Wetgever beschikt wat betreft de keuze van de modaliteiten van bewaking of toezicht, over een zekere discretionaire macht» (§49); dat een dergelijke macht weliswaar niet ongelimiteerd is (latitude illimitée) doch dat er volgens het Europees Hof adequate en voldoende waarborgen tegen misbruik voorzien moeten zijn; dat dienovereenkomstig de gegevens van het onderzoek in Nederland op volkomen wettige wijze verkregen werden; dat in België geen overtredingen op de wetgeving inzake het briefgeheim of de bescherming van de telefonische communicaties zijn gepleegd; dat het onderzoek in dit land startte uitgaande van inlichtingen uit Nederland die zoals boven gezegd conform de aldaar vigerende wetgeving zijn verkregen; dat derhalve het hof vaststelt dat het in het dossier aanwezige bewijsmateriaal op rechtmatige wijze werd vergaard en dat bij de beoordeling van de zaak met de gegevens ervan rekening moet worden gehouden,

terwijl, eerste onderdeel, eerste eiser in zijn conclusie uitdrukkelijk de wettigheid van het af luisteren van telefoongesprekken betwistte; het arrest daarentegen beslist dat het af luisteren toegelaten is door «de Nederlandse wetgeving», zonder te preciseren welke Nederlandse wet een dergelijk procédé toelaat en of, eventueel, de daarin bepaalde voorwaarden in feite werden nageleefd; het Hof van Cassatie aldus in de onmogelijkheid verkeert de wettigheid van de beslissing, in het licht onder meer van het door eerste eiser aangevoerde middel, te toetsen; het arrest derhalve niet regelmatig is gemotiveerd (schending van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, eerste eiser in zijn conclusie uitdrukkelijk de wettigheid van het af luisteren van telefoongesprekken betwistte; artikel 125g van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering bepaalt dat, tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, de rechter-commissaris bevoegd is, indien het onderzoek dit dringend vordert en een misdrijf betreft, waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, te bepalen dat telefoongesprekken, ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat dat de verdachte eraan deelneemt, door een opsporingsambtenaar worden afgeluisterd of opgenomen; het arrest in casu weliswaar vaststelt «dat de onderzoeksverrichtingen van de Nederlandse Centrale Recherche, onder meer het af luisteren van telefonische verbindingen, conform de aldaar vigerende wetgeving in Nederland werden uitgevoerd, en dit met toelating van de rechter-commissaris»; het arrest evenwel niet vaststelt dat ten aanzien van de telefoongesprekken waarvoor toelating tot af luisteren en opnemen werd verleend, het vermoeden bestond dat de verdachte eraan zou deelnemen, essentieel vereiste voor de wettigheid van de toelating; Het Hof van Cassatie aldus niet alleen in de onmogelijkheid verkeert de wettigheid van

de beslissing, in het licht onder meer van het door eerste eiser ingeroepen middel, te toetsen, maar het arrest bovendien, uit de door het hof van beroep gedane vaststellingen, niet wettig heeft kunnen afleiden dat «de gegevens van het onderzoek in Nederland op volkomen wettige wijze verkregen werden»; het arrest derhalve niet regelmatig is gemotiveerd (schending van artikel 97 van de Grondwet) en niet wettelijk is verantwoord (schending van artikel 125g van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering);

derde onderdeel, eerste eiser in zijn conclusie aanvoerde «dat stuk nummer 3, pagina 2, te weten het proces-verbaal nummer 24/1982 van de gemeentepolitie Rotterdam, duidelijk vermeldt dat op dinsdag 5 maart 1982 Hasan, later geïdentificeerd met (eerste eiser), vanuit Turkije belde naar het telefoonnummer 010/200.940 en daarbij sprak met een genaamde O.»; het arrest in het onzekere laat of het heeft willen beslissen dat reeds op het ogenblik dat de toelating tot afluisteren en opnemen werd verleend, het vermoeden bestond dat de eisers aan de af te luisteren en op te nemen telefoongesprekken zouden deelnemen, dan wel dat dit vermoeden op het ogenblik van de beslissing nog niet bestond en de identiteit van de afgeluisterde persoon pas achteraf kon worden vastgesteld, zoals door eerste eiser in zijn conclusie uiteengezet; het arrest in dit laatste geval artikel 125g van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering zou schenden, nu deze wetsbepaling de wettigheid van een toelating tot afluisteren en opnemen uitdrukkelijk afhankelijk stelt van een vooraf bestaand vermoeden dat bepaalde verdachten eraan zullen deelnemen; het arrest, dat aangetast is door een dubbelzinnigheid, althans een onduidelijkheid, in de motivering, derhalve niet regelmatig is gemotiveerd (schending van artikel 97 van de Grondwet), en in elk geval niet wettelijk is verantwoord (schending van artikel 125g van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering);

vierde onderdeel, telefoongesprekken behoren tot het «privé-leven» en de «briefwisseling», waarvan de eerbiediging gewaarborgd wordt bij artikel 8.1 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens; een inmenging van het openbaar gezag, met betrekking tot de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling, overeenkomstig artikel 8.2 van voormeld verdrag slechts toegestaan is, voor zover zij bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is, in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen; het voor de toelaatbaarheid van de inmenging derhalve niet voldoende is dat zij «bij de wet is voorzien», maar bovendien aangetoond moet worden dat de inmenging «in een democratische samenleving nodig is», in het belang van één of meer van de genoemde doelstellingen; het afluisteren van telefoongesprekken slechts in uitzonderlijke omstandigheden, zoals inzake terrorisme, «nodig» geacht kan worden; de nationale overheden weliswaar, zoals het arrest vaststelt, over een zekere discretionaire macht beschikken ten aanzien van de bepaling van de concrete modaliteiten van het afluisteren van telefoongesprekken; de rechter evenwel dient na te gaan, bij het onderzoek van de wettigheid van die modaliteiten, of er passende en voldoende waarborgen bestaan tegen misbruiken,

afhankelijk van de omstandigheden van de zaak, zoals onder meer de aard, de omvang en de duur van de af luistering, de redenen die tot de maatregel geleid hebben, de overheden die bevoegd zijn om de maatregel toe te staan, uit te voeren en te controleren, de mogelijkheden van beroep in het interne recht; eerste eiser bij conclusie aanvoerde dat het af luisteren van telefoongesprekken in casu in strijd was met artikel 8 van het verdrag; het arrest dit middel verwierpt, zonder vast te stellen dat het af luisteren van telefoongesprekken in casu geschiedde in het belang van één of meer van de in het verdrag bedoelde doelstellingen; het arrest, in elk geval, evenmin in concreto nagaat of het af luisteren nodig was in een democratische samenleving, op grond onder meer van het bestaan van een uitzonderlijke situatie, en van het voorhanden zijn van passende en voldoende waarborgen tegen misbruiken, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak; het arrest, door te beslissen dat het litigieuze af luisterprocédé niet ingaat tegen de bepalingen van het Europees Verdrag, zonder te onderzoeken of aan alle voorwaarden gesteld in artikel 8.2 van het verdrag voldaan was, derhalve niet wettelijk is verantwoord (schending van artikel 8 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens);

vijfde onderdeel, het af luisteren van telefoongesprekken in België verboden is op grond van onder meer de artikelen 22 van de Grondwet en 17 tot en met 20 van de wet van 13 oktober 1930 tot coördinatie van de verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad; bewijzen die verkregen zijn door het aftappen van telefoongesprekken, derhalve tegen de beschuldigde niet wettig kunnen worden aangevoerd; het verbod om telefoongesprekken af te luisteren van internationale openbare orde is en derhalve tot gevolg heeft dat ook in het buitenland opgenomen telefoongesprekken, zelfs indien zij in overeenstemming zouden zijn met de vreemde wet, in België niet wettig als bewijs in strafzaken kunnen dienen; het arrest, door te beslissen dat de gegevens van het onderzoek, onder meer die welke voortvloeien uit in Nederland afgeluisterde telefoongesprekken, in aanmerking genomen kunnen worden bij de beoordeling van de zaak, het bewijs van de telastleggingen steunt op gegevens die daartoe geen wettige grondslag kunnen zijn, en derhalve de artikelen 22 van de Grondwet, 8, 154, 189, 211 van het Wetboek van Strafvordering, en 17 tot en met 20 van de wet van 13 oktober 1930 tot coördinatie van de verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad schendt;

zesde onderdeel, artikel 6.1 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens aan elke beschuldigde het recht op een «eerlijke behandeling van zijn zaak» waarborgt; om te beoordelen of de zaak eerlijk is behandeld, men weliswaar moet nagaan of de zaak in haar geheel het voorwerp van een eerlijk proces heeft uitgemaakt, maar zulks niet wegneemt dat een welbepaald element van het proces, gelet op het gewicht van dit element in het geheel, aan het proces zijn «eerlijk» karakter kan ontnemen; de telastleggingen, blijkens de vaststellingen van het arrest, in casu gebaseerd zijn op gegevens vergaard tijdens een gerechtelijk onderzoek waarbij telefoongesprekken werden afgeluisterd; een op die gegevens gebaseerde bewijsvoering niet verenigbaar is met de vereisten die, in een democratische samenleving, aan een eerlijk proces worden gesteld; het arrest, door te beslissen dat de gegevens van het onder-

zoek, onder meer die welke voortvloeien uit afgeluisterde telefoongesprekken, in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de zaak, aan de eisers een eerlijke behandeling van hun zaak ontzegt en derhalve artikel 6.1 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en het algemeen rechtbeginsel van het recht van verdediging schendt :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het af luisteren van telefoongesprekken in Nederland plaatsvond overeenkomstig de Nederlandse wetgeving ; dat het voorts releveert dat dit procédé, zoals het is geregeld door de Nederlandse wet en ten deze werd toegepast, niet ingaat tegen de bepalingen van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ; dat het arrest ten slotte constateert dat in België geen overtredingen zijn gepleegd op de wetten inzake het briefgeheim en de telefonische verbindingen ;

Overwegende dat het arrest zodoende te kennen geeft dat de telefoongesprekken in Nederland op wettige wijze werden afgeluisterd ; dat het arrest, bij ontstentenis van een concrete conclusie met betrekking tot de toepassing van de Nederlandse wet, de bepalingen van deze wet niet hoefde op te geven en evenmin moest constateren dat de daarin bepaalde voorwaarden waren vervuld ;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen ;

Wat het tweede en het derde onderdeel betreft :

Overwegende dat eerste eiser concludeerde zoals in het derde onderdeel is weergegeven, maar, zoals reeds is geconstateerd in het antwoord op het eerste onderdeel, geen concreet verweer aanvoerde met betrekking tot de toepassing van artikel 125g van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering ;

Overwegende dat dit artikel luidt : «Tijdens het gerechtelijk vooronderzoek is de rechter-commissaris bevoegd, indien het onderzoek het dringend vordert en een misdrijf betreft, waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, te bepalen, dat telefoongesprekken, ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat, dat de verdachte eraan deelneemt, door een opsporingsambtenaar worden afgeluisterd of opgenomen» ;

Dat, volgens de uitlegging van deze bepaling in Nederland, waarmee ook de Belgische rechters rekening moeten houden, nergens steun is te vinden voor de opvatting dat gegevens welke zijn verkregen door af luisteren overeenkomstig het bepaalde in dit artikel, tijdens een gerechtelijk vooronderzoek tegen een bepaalde of, zoals artikel 181 van voormeld wetboek mogelijk maakt, vooralsnog onbekende verdachte, nimmer tegen een andere zouden mogen worden gebezigd ;

Overwegende dat het hof van beroep derhalve niet verplicht was na te gaan of ten aanzien van de telefoongesprekken, waarvan het af luisteren werd bevolen, reeds op het ogenblik van de beschikking van de rechter-commissaris met betrekking tot dit af luisteren, het vermoeden bestond dat de eisers of één van hen aan deze gesprekken zouden deelnemen ;

Dat de onderdelen niet kunnen worden aangenomen ;

Wat het vierde onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrij-

heden, waarin het recht van een ieder op eerbiediging van zijn privé- en gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling is vastgelegd, de inmenging van het openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van dit recht toestaat, «voor zover bij de wet is voorzien» en in een democratische samenleving nodig is, onder meer voor de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten ;

Dat telefoongesprekken niet uitdrukkelijk in dit artikel staan vermeld maar vallen onder de begrippen «privé-leven» en «briefwisseling» ;

Overwegende dat artikel 125g van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering het af luisteren of opnemen van telefoongesprekken «tijdens het gerechtelijk vooronderzoek» toestaat, indien het onderzoek dit dringend vordert en een misdrijf betreft waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten ;

Overwegende dat het arrest, met verwijzing naar de stukken van het dossier, vaststelt dat het af luisteren van de telefoongesprekken, die de aanleiding waren tot het instellen van de strafvervolgning tegen de eisers wegens het verhandelen van heroïne, bij het uitvoeren van «onderzoeksverrichtingen van de Nederlandse Centrale Recherche» in Nederland plaatsvond, in opdracht van een rechter-commissaris, overeenkomstig de Nederlandse Wet ;

Dat het arrest zodoende constateert dat de inmenging van het openbaar gezag ten deze «bij de wet was voorzien» en nodig was onder meer om de openbare orde te beschermen en strafbare feiten te voorkomen ; dat aldus naar recht is verantwoord de beslissing volgens welke deze inmenging niet ingaat tegen de bepalingen van voormeld verdrag en «de gegevens van het onderzoek in Nederland op volkomen wettige wijze (werden) verkregen» ;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist ;

Wat het vijfde onderdeel betreft :

Overwegende dat, zoals blijkt uit het antwoord op het vierde onderdeel, artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden het af luisteren of opnemen van telefoongesprekken toestaat, «voor zover bij de wet is voorzien» en in een democratische samenleving nodig is, onder meer voor het beschermen van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten ;

Overwegende dat de vreemde wet, die het af luisteren of opnemen van telefoongesprekken regelt en deze handelingen toestaat, overeenkomstig de voorschriften van voormeld artikel 8, als zodanig niet strijdig is met de principes die de Belgische wetgever als essentieel beschouwt voor het vrijwaren van de Belgische morele, politieke of economische orde ;

Overwegende dat het arrest, nu het vaststelt, enerzijds, dat de Belgische wetten inzake het briefgeheim en de telefonische verbindingen niet werden overtreden, anderzijds, dat het af luisteren van telefoongesprekken plaatsvond overeenkomstig de bepalingen van de Nederlandse wet en voormeld verdrag, en hieruit afleidt dat het bewijs van de ten laste gelegde misdrijven op gegevens steunt die op wettige wijze werden verkregen, de in het onderdeel vermelde wetsbepalingen niet schendt ;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen ;

Wat het zesde onderdeel betreft :

Overwegende dat het onderdeel enkel ervan uitgaat dat een bewijsvoering door middel van afgeluisterde telefoon-

gesprekken niet verenigbaar is met de vereisten die in een democratische samenleving aan een eerlijk proces worden gesteld ;

Dat, nu artikel 8.2 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in een uitzondering voorziet met betrekking tot dusdanige inmengingen van het openbaar gezag, artikel 6 van ditzelfde verdrag en het recht van verdediging niet kunnen zijn geschonden wanneer de bewijsvoering steunt op een door dit verdrag toegelaten inmenging en de partijen, zoals ten deze, de aldus verkregen gegevens vrij hebben kunnen bespreken, zowel wat betreft hun wettigheid als hun inhoud en de gevolgen die de rechter, met betrekking tot de gegrondheid van de strafvervolgning, eruit zou kunnen afleiden ;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen ;
(...)

NOOT—Zie in dit nummer het artikel van Paul Lemmens, «Het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van uitgaande en binnenkomende oproepen».

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 20 SEPTEMBER 1983

Voorzitter : de h. Boon

Raadsheer-rapporteur : de h. De Peuter

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaat : mr. Ferdinand

Wegverkeer — Art. 24 Wegverkeersreglement — Draagwijdte.

Art. 24. Wegverkeersreglement verbiedt in algemene bewoordingen een voertuig te laten stilstaan of te laten parkeren op elke plaats waar het duidelijk een gevaar zou kunnen betekenen voor de andere weggebruikers of waar het hen onnodig zou kunnen hinderen. Vervolgens somt het, bij wijze van voorbeeld, een aantal gevallen op waarin de voorwaarden van dit verbod als vervuld moeten worden beschouwd.

I.

Gelet op het bestreden vonnis, op 7 april 1983 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Antwerpen ;

Over het middel, gesteld als volgt : «De telastlegging is gebaseerd op art. 24, 1° ; er moet derhalve blijken dat : 1. het over een verhoogde berm gaat ; 2. er gevaar of hinder ontstaat voor andere weggebruikers ; 1. aan de berm ter zake is er een duidelijke oprit, in de richting van de Tolstraat ; een berm met een oprit kan niet gelden als verhoogde berm in de zin van het Wegverkeersreglement ; 2. het parkeren ter plaatse kan geen slechts gevaar of hinder te wegbrengen voor de andere weggebruikers ; het vonnis

komt geen van beide bemerkingen tegemoet ; het merkt ten onrechte op dat alle elementen van het misdrijf aanwezig zijn door de vaststelling dat de verhoogde berm in de bebouwde kom gelegen is ; op deze wijze wordt niet aangetoond dat het een plaats betreft waar het parkeren een duidelijk gevaar zou kunnen betekenen voor de andere weggebruikers of waar het hen onnodig zou kunnen hinderen » :

Overwegende dat het bestreden vonnis eiser veroordeelt wegens overtreding van artikel 24, 1°, van het Wegverkeersreglement ;

Overwegende dat artikel 24 van dit reglement in algemene bewoordingen verbiedt «een voertuig te laten stilstaan of te laten parkeren op elke plaats waar het duidelijk een gevaar zou kunnen betekenen voor de andere weggebruikers of waar het hen onnodig zou kunnen hinderen» ;

Overwegende dat voornoemd artikel vervolgens, bij wijze van voorbeeld, een aantal gevallen opsomt waarin de voorwaarden van dit verbod moeten worden beschouwd als vervuld, onder meer : «1° op de trottoirs en, binnen de bebouwde kommen, op de verhoogde bermen, behoudens plaatselijke reglementering» ;

Overwegende dat het vonnis vaststelt dat eisers wagen geparkeerd stond op een verhoogde berm die binnen een bebouwde kom was gelegen en dat het parkeerverbod niet door een plaatselijke reglementering was opgeheven ;

Overwegende dat het vonnis zodoende de aanwezigheid van de wettelijke bestanddelen van het bij artikel 24, 1°, van het Wegverkeersreglement omschreven misdrijf vaststelt en derhalve zijn beslissing wettelijk verantwoordt ;

Overwegende dat, voor het overige, nu het bestreden vonnis de onder 1 van het middel vermelde feitelijke omstandigheid van de aanwezigheid van een oprit in de richting van de Tolstraat niet vaststelt, het onderzoek van het middel het Hof zou verplichten tot een onderzoek van de feiten waarvoor het niet bevoegd is ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;
(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 14 DECEMBER 1983

Voorzitter : de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur : de h. Sace

Advocaat-generaal : de h. Ballet

Advocaat : mr. Bayart

Jeugdbescherming — Wijziging van een voorlopige maatregel van bewaring — Rechtspleging.

De jeugdrechtsbank kan te allen tijde, ambtshalve of op verzoek van het openbaar ministerie, de maatregelen genomen ten aanzien van de minderjarige intrekken of wijzigen, de terbeschikkingstelling van de Regering uitgezonderd.

Zij kan derhalve een met toepassing van art. 52 van de wet van 8 april 1965 genomen maatregel wijzigen op een door de jeugdrechter aan de partijen gericht verzoek om te verschijnen, zonder dat de zaak bij haar aanhangig is gemaakt op een van de in art. 45, § 2, omschreven wijzen.

H. t/ H. en L.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 oktober 1983 door de jeugdkamer van het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 45, § 2, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming en van het algemeen rechtsbeginsel dat de rechter, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, verbiedt om ambtshalve kennis te nemen van een zaak,

doordat het bestreden arrest van 12 oktober 1983 de beroepen beschikking van 14 januari 1983 van de Jeugdrechtbank te Aarlen waarbij de op dat ogenblik aan de bewaring van dokter en mevrouw Le. toevertrouwde minderjarige Françoise H. werd toevertrouwd aan de bewaring van haar moeder, de verweerster Li., bevestigt en die beslissing grondt op de redengeving van het op 30 juni 1983 door het Hof van Beroep te Luik gewezen arrest waarbij, op het hoger beroep tegen voormelde beschikking, bij voorraad uitspraak is gedaan en waarbij die beschikking is bevestigd op de gronden, overgenomen van de eerste rechter die deze beschikking had gewezen, zonder dat de zaak overeenkomstig artikel 45, § 2, van de wet van 8 april 1965 bij hem aanhangig was gemaakt door een verschijning van de partijen ingevolge een met redenen omklede waarschuwing van het openbaar ministerie of bij dagvaarding op verzoek van het openbaar ministerie ten einde over de zaak zelf te beslissen,

terwijl het bestreden arrest, nu het onrechtstreeks, door verwijzing naar het arrest van 30 juni 1983, de motivering van de beroepen beschikking van 14 januari 1983 ten grondslag legt aan de beslissing, de nietigheid overneemt van die beschikking die immers was gewezen op een eenvoudig, niet met redenen omkleed verzoek om te verschijnen, welk verzoek niet door het openbaar ministerie doch door de jeugdrechter aan de partijen was gericht, en het bestreden arrest derhalve de wetsbepaling en het algemeen rechtsbeginsel die hierboven zijn vermeld, schendt:

Overwegende dat uit de gedingstukken blijkt dat het bevelschrift waartegen beroep, dat het bestreden arrest, na aanpassing van de modaliteiten van het bezoekrecht, bevestigt, een voorlopige maatregel van bewaring wijzigt, die, met toepassing van artikel 52 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, genomen werd ten aanzien van de minderjarige Françoise H.;

Overwegende dat artikel 60, eerste lid, van die wet waarnaar die beschikking overigens verwijst, bepaalt dat de jeugdrechtbank te allen tijde, ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie, de maatregelen genomen ten aanzien van de minderjarige zelf kan intrekken of wijzigen, de terbeschikkingstelling van de regering uitgezonderd;

Dat de jeugdrechtbank derhalve ten aanzien van de minderjarige Françoise H. de bij die beschikking genomen maatregel kon wijzigen, zonder dat de zaak bij haar aanhangig was gemaakt op een van de in artikel 45, § 2, van de wet van 8 april 1965 omschreven wijzen;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 11 JANUARI 1984

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaten: mrs. Van Rossum, Simont en Dassesse

Burgerlijke rechtspleging — Samenstelling van de rechtbank — Beslissing over de zaak zelf na beslissing alvorens recht te doen — Na heropening van het debat.

Art. 779, eerste lid, Ger. W. vereist niet dat, na een beslissing alvorens recht te doen, een in één en dezelfde zaak gewezen vonnis wordt uitgesproken door dezelfde rechters als de rechters die zitting hebben gehouden tijdens het debat vóór het vonnis alvorens recht te doen of ten tijde van de uitspraak van dat vonnis.

Die regel geldt evenwel niet nadat een vonnis is gewezen waarbij de heropening van het debat over een bepaald onderwerp wordt bevolen. In dit geval gaat het om de voortzetting van een debat dat reeds voordien begonnen was over het door de rechtbank vastgestelde onderwerp.

L. e.a. t/ T. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 17 mei 1983 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel;

(...)

Over het ambtshalve aangevoerde middel, afgeleid uit de schending van artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek:

Overwegende dat uit de gedingstukken blijkt: dat de correctionele rechtbank, toen ze op 23 november 1982 in deze zaak een vonnis wees waarbij de heropening van de debatten werd bevolen, bestond uit de rechters J., waarnemend voorzitter, Van G. en V.; dat de rechtbank op de terechtzitting van 19 april 1983 waarop de debatten werden heropend, was samengesteld uit de rechters J. en V. alsook uit de rechter-plaatsvervanger M. en dat het bestreden vonnis op 17 mei 1983 is gewezen door de rechters J., V. en M.;

Overwegende dat artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek niet vereist dat na een beslissing alvorens recht te doen een in één en dezelfde zaak gewezen vonnis wordt uitgesproken door dezelfde rechters als zij die ook zitting hebben gehouden tijdens de debatten vóór het vonnis alvorens recht te doen of ten tijde van de uitspraak van dat vonnis; dat die regel evenwel niet geldt nadat een vonnis is gewezen waarbij de heropening van de debatten over een welbepaald onderwerp wordt bevolen; dat in dit geval de debatten die reeds voordien begonnen waren over het door de rechter vastgestelde onderwerp, worden voortgezet;

Dat, wanneer het rechtscollège niet is samengesteld uit dezelfde rechters die ook de vroegere terechtzittingen hebben bijgewoond, het vonnis door het anders samengestelde rechtscollège alleen dan regelmatig wordt gewezen, wanneer de debatten voor dat rechtscollège volledig worden hervat;

Overwegende dat het proces-verbaal van de terechtzitting

van 19 april 1983 niet vaststelt dat de debatten ab initio zijn hervat en dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat de debatten ten deze volledig zijn hervat voor het anders samengestelde rechtscollege;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 12 JANUARI 1984

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Bayart en De Bruyn

Onteigening — Ontwerp gewestplan — Minderwaarde — Vergoeding.

Bij de vaststelling van de vergoeding uit hoofde van een onteigening ten algemenen nutte mag geen rekening worden gehouden met de meerwaarde van het onteigende goed die voortvloeit uit de onteigening zelf of uit de uitvoering van werken waarvoor de onteigening is toegestaan.

Deze regel wordt niet miskend door de rechter die oordeelt dat geen rekening dient te worden gehouden met de minderwaarde ten gevolge van een ontwerp van gewestplan, op grond dat het koninklijk besluit waarbij de onteigening is toegestaan de gevolgen heeft doen ophouden van het voorlopig vastgesteld gewestplan dat nooit zal worden verwezenlijkt en niet binnen drie jaar zal worden bevestigd.

Coöp. V. I.B.W. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 december 1982 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 11, 97 van de Grondwet, 8, 14, 16 van de wet betreffende de rechtspleging bij dringende omstandigheden inzake onteigening ten algemenen nutte, vervat in artikel 5 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de onteigeningen ten algemenen nutte en de concessies voor de bouw van autosnelwegen, 2, § 2, 45, § 5, en 46, vijfde en zevende lid, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, gewijzigd bij de artikelen 1, 5 en 6 van de wet van 22 december 1970,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat ten deze het onteigeningsvonnis op 17 mei 1977 is uitgesproken door de Vrederechter van het kanton Waver die de provisionele vergoeding op 2.639.466 frank vaststelde, en, nadat de vrederechter van dat kanton bij vonnis van 15 december 1977 de voorlopige vergoeding op 3.390.260 frank had vastgesteld, dat verweerder bij dagvaarding van 16 maart 1978 de herziening van de bij het vonnis van 15 december 1977 toegekende vergoeding heeft aangevraagd, dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel bij vonnis van 30 januari 1980 de vordering tot herziening ontvankelijk doch niet gegrond heeft verklaard, en dat verweerder tegen dat vonnis hoger beroep heeft ingesteld, het beroepen vonnis vernietigt, de vordering tot herziening ontvankelijk en gegrond verklaart, de aan de verweerder verschuldigde vergoedingen op

10.648.475 frank vaststelt, en hem een bijkomende vergoeding voor latere wederbelegging toekent, en doordat het arrest zijn beslissing hierop doet steunen dat, in tegenstelling met hetgeen de vrederechter en de rechtbank van eerste aanleg hadden beslist, er bij de vaststelling van de aan verweerder verschuldigde vergoedingen geen rekening diende te worden gehouden met de waardevermindering van de onteigende goederen ten gevolge van het gewestplan van de gemeente Rixensart dat op 16 juli 1974 door de minister voorlopig werd vastgesteld en die goederen bij het groengebied indeelde, dat eiseres op 27 september 1974 de toepassing van de spoedprocedure inzake onteigening had gevraagd voor bouwwerken van het zuiveringsstation in de Lasnevallei, hetgeen bij koninklijk besluit van 16 augustus 1975 aan eiseres is toegestaan, dat dit koninklijk besluit aan de litigieuze goederen een andere bestemming heeft gegeven dan deel uit te maken van het groengebied zoals eerder was voorgesteld in het gewestplan dat voorlopig was vastgesteld bij ministerieel besluit van 16 juli 1974, dat een dergelijk gewestplan vervalt als het niet binnen drie jaar bij een koninklijk besluit is bevestigd, dat eiseres geen koninklijk besluit overlegde dat dit gewestplan tijdig zou hebben bevestigd, en dat trouwens voormeld koninklijk besluit van 16 augustus 1975, dat tot de onteigening had beslist, de bevestiging van het ontwerp van gewestplan onmogelijk had gemaakt wat de onteigende goederen betreft,

terwijl, eerste onderdeel, de bij artikel 11 van de Grondwet voorgeschreven billijke schadeloosstelling de waarde is die het onteigende goed op de dag van de overdracht van het eigendomsrecht had; uit voormelde artikelen 8, 14 en 16 van de wet betreffende de rechtspleging bij dringende omstandigheden inzake onteigening ten algemenen nutte voortvloeit dat de overdracht van het eigendomsrecht geschiedt door het vonnis van de vrederechter dat het bedrag van de vergoedingen voorlopig vaststelt, dat wil zeggen ten deze op 17 mei 1977; het ministerieel besluit van 16 juli 1974 houdende indeling van de onteigende goederen bij het groengebied op die datum, overeenkomstig artikel 2, § 2, van voormelde wet van 29 maart 1962, bindende en verordenende kracht had, zelfs als het later niet bij koninklijk besluit was bevestigd binnen de termijn van de artikelen 45, § 5, en 46, vijfde en zevende lid, van die wet, en daaruit volgt dat bij de berekening van de aan verweerder verschuldigde vergoeding, in tegenstelling met hetgeen het arrest beslist, rekening moest worden gehouden met de waardevermindering die de onteigende goederen op 17 mei 1977 ondergingen, zowel ten gevolge van de bindende en verordenende kracht die het ministerieel besluit van 16 juli 1974 op die datum had, als ten gevolge van het feit dat de eventuele kopers, bij de beoordeling van de prijs die ze zouden willen betalen, rekening zouden houden met de mogelijkheid dat voormeld ministerieel besluit door een koninklijk besluit wordt bevestigd, hetzij vóór het verstrijken van voormelde termijn van drie jaar, hetzij na het verstrijken van die termijn doch voordat krachtens de bepalingen van voornoemde wet van 29 maart 1962 een bouwvergunning is verkregen;

tweede onderdeel, overeenkomstig artikel 11 van de Grondwet, en zoals het arrest zelf verklaart, het onteigende goed moet worden geraamd zonder rekening te houden met de meerwaarde die uit de onteigening voortvloeit; het arrest met miskenning van dit beginsel niettemin beslist dat

geen rekening diende te worden gehouden met de waardevermindering ten gevolge van het gewestplan dat op 16 juli 1974 voorlopig is vastgesteld, op grond dat het koninklijk besluit van 16 augustus 1975, dat tot de onteigening heeft beslist, de bevestiging van dat gewestplan onmogelijk had gemaakt wat de onteigende goederen betreft; daaruit volgt dat het arrest niet alleen artikel 11 van de Grondwet, doch ook artikel 97 van de Grondwet schendt, door zijn beslissing op een tegenstrijdige motivering te doen steunen:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest zegt «dat de onteigende vennootschap (thans eiseres) heeft doen kennen dat de litigieuze percelen bij het groengebied zijn ingedeeld ingevolge een gewestplan van de gemeente Rixensart dat op 16 juli 1974 voorlopig is vastgesteld, en dat zij reeds op 27 september 1974 de toepassing van de spoedprocedure heeft gevraagd voor de bouwwerken van het zuiveringsstation in de Lasnevallei; dat de vergelijking van die beide data en van die beide maatregelen aantoonde dat aan de litigieuze gronden een andere bestemming is gegeven dan deel uit te maken van het groengebied zoals eerder was voorgesteld en dat het koninklijk besluit van 16 augustus 1975, dat tot de onteigening heeft beslist, de bevestiging van het ontwerp van gewestplan onmogelijk heeft gemaakt wat de onteigende goederen betreft»;

Overwegende dat het arrest niet oordeelt dat op 17 mei 1977 het ontwerp van gewestplan van 16 juli 1974 geen bindende kracht had, omdat het niet binnen drie jaar bij koninklijk besluit is bevestigd, maar dat, wat de aan verweerder toebehorende gronden betreft, het koninklijk besluit van 16 augustus 1975, waarbij de onteigening is toegestaan, de gevolgen heeft doen ophouden van het op 16 juli 1974 voorlopig vastgesteld gewestplan dat nooit zal worden verwezenlijkt en niet binnen drie jaar zal worden bevestigd;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, bij de vaststelling van de vergoeding uit hoofde van een onteigening ten algemenen nutte, geen rekening mag worden gehouden met de meerwaarde van het onteigende goed die voortvloeit uit de onteigening zelf of uit de uitvoering van werken waarvoor de onteigening is toegestaan;

Dat die regel niet wordt miskend en evenmin wordt betwist door de rechter die, zoals ten deze, oordeelt dat geen rekening dient te worden gehouden met de minderwaarde ten gevolge van een ontwerp van gewestplan, op grond dat het koninklijk besluit waarbij de onteigening is toegestaan de gevolgen heeft doen ophouden van het voorlopig vastgesteld gewestplan dat nooit zal worden verwezenlijkt en niet binnen drie jaar zal worden bevestigd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 28 MAART 1984

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de h. Verschueren en mevr. Bertrand

Advocaten: mrs. Gits, Buysse loco Biltris en Wildiers

Exclusiviteitsovereenkomst — Verwarring stichtende activiteit van de concessiegever.

Vanwege de concessiegever die zelf zijn produkten binnen het gebied van de verkoopconcessie op de markt mag brengen, is het een contractuele tekortkoming dat hij daarbij, met miskenning van de essentiële rechten die de concessiehouder op zijn verkregen cliënteel bezit ingevolge de exploitatie van de concessie van alleenverkoop, een verwarring stichtende activiteit ontwikkelt, waarbij het hem erom te doen is de concessiehouder van de markt te verdringen.

N.V. W. t/ N.V. S.

Overwegende dat de eerste rechter (Kh. Antwerpen, 2 december 1977) om motieven door het hof beaamd en door conclusies in hoger beroep niet weerlegd terecht de eis van geïntimeerde gegrond heeft verklaard en appellante veroordeeld heeft tot het betalen van een provisioneel bedrag van 600.000 fr. en alvorens verder ten gronde te beslissen een deskundig onderzoek heeft bevolen; dat tevens terecht de tegeneis van appellante tot ontbinding van de overeenkomst van alleenverkoop als ongegrond werd afgewezen en het onderzoek van de aanspraak op betaling van 61.113 fr. werd aangehouden tot na kennisneming van het bevolen deskundig onderzoek;

Overwegende dat de eerste rechter het recht aan appellante niet heeft ontzegd om binnen het gebied der verkoopconcessie, die geïntimeerde verkregen had, ook chips onder welke benaming ook op de markt te brengen; dat de eerste rechter evenwel terecht als een contractuele tekortkoming op de verleende verkoopconcessie van chips van het merk «Fritura» heeft aangemerkt het feit dat appellante bij de exploitatie van haar eigen distributienet van gelijkwaardige en concurrerende produkten onder het merk «Crocky-chips» verwarring stichtende activiteiten heeft ontwikkeld of heeft laten ontwikkelen met miskenning van de essentiële rechten die geïntimeerde op haar verkregen cliënteel bezat ingevolge de exploitatie van de verkregen concessie van alleenverkoop;

Overwegende dat de eerste rechter om tot zijn beslissing te komen niet alleen gesteund heeft op de afzonderlijke feiten en voorvallen waaraan appellante beschouwingen wijdt om te trachten aan te tonen dat het geen oneerlijke praktijken zijn, maar wel voornamelijk op het geheel van deze feiten en voorvallen die in de omstandigheden waarin ze plaatshadden een geheel van elementen opleveren waaruit moet worden afgeleid dat het er appellante om te doen was geïntimeerde van de markt te verdringen en de door deze laatste opgebouwde cliënteel naar haar eigen distributienet te loodsens;

Overwegende dat, aan de hand van de door partijen voorgelegde prijzen, die toegepast werden bij het commercialiseren van gelijkwaardige en concurrerende produkten, het genoegzaam duidelijk is dat appellante prijzen heeft toegepast en heeft laten toepassen die abnormaal concurrerend zijn ten aanzien van geïntimeerde, concessiehouder van de produkten «Fritura»; dat appellante trouwens dit schoorvoetend toegeeft voor een alleenstaand feit, alwaar zij inroept dat zulk een uitzonderlijk feit het verbreken van de overeenkomst niet zou kunnen rechtvaardigen; dat een deskundig onderzoek, zoals thans door appellante in hoger

beroep wordt gevraagd, de feiten, zoals ze blijken uit de voorgelegde prijzen die gehanteerd werden bij het commercialiseren van soortgelijke producten, niet kan weerleggen;

Overwegende dat, zo uit de brief van 4 januari 1974 zou blijken dat geïntimeerde geen bezwaar heeft geuit tegen het naast elkaar verdelen van «Fritura» en «Crocky-Chips», zulks nog niet betekent dat zij ermee akkoord ging dat appellante het naast elkaar verdelen zou aanwenden om haar van de markt te verdringen;

Overwegende dat in het licht van de gegevens van de zaak het bedrag van 600.000 fr., zijnde een provisioneel bedrag op de aan geïntimeerde toekomende schadevergoeding wegens het ontbinden van de overeenkomst van alleenverkoop, niet vatbaar is voor ernstige kritiek; dat bij het bepalen van dit provisioneel bedrag genoegzaam rekening werd gehouden met de duurtijd van de concessie en met de in het verleden gerealiseerde omzet; dat de opdracht die aan de deskundige gegeven werd, eveneens bevestigd dient te worden; dat na vervulling van de gegeven opdracht zal dienen te worden nagegaan of de rechter nog bijkomende toelichting wenst alvorens het geschil ten gronde te beslechten; dat na neerlegging van het deskundig verslag de rechter zal behoren te beslissen of de berekeningswijze van de schadevergoeding en meer bepaald of deze als berekeningsbasis netto- of brutowinst zal dienen te worden aangehouden;

(...)

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

4e KAMER — 25 SEPTEMBER 1984

Voorzitter: de h. Verbeke

Raadsheer: de h. De Sutter

Raadsheer in sociale zaken: de h. Naert

Advocaat-generaal: de h. Van der Steichel

Advocaten: mrs. Windels en Dupont

Sociaal Statuut Zelfstandigen — Toepassingsfeer — Apotheker — Beroepsarbeid in apotheek van een ander.

Ten deze blijkt uit de feitelijke omstandigheden van de zaak dat de geïntimeerde, gediplomeerde apothekeres, die beroepsarbeid verrichtte in een voor het publiek opengestelde apotheek waarvan een ander apotheker eigenaar is, aan een arbeidsovereenkomst gebonden was en niet de hoedanigheid van helpster-zelfstandige had.

V.Z.W. N. t/ G.

In feite

Uit de overgelegde stukken blijkt dat geïntimeerde, houdster van een diploma van apotheker, meestal de adjunct-apotheker, in dienst bij de apotheek V. te G. kwam vervangen, wanneer deze met verlof of ziek was, en dat zij soms ook in de apotheek kwam helpen in drukke periodes. In ruil voor deze prestaties ontving zij 1.620 frank per namiddag of 2.650 frank per dag, al naar gelang van het geval.

Volgens een voorgelegd onderzoeksverslag werden bij de fiscus aldus door geïntimeerde als inkomsten aangegeven

voor het jaar 1973: 87.265 frank; voor het jaar 1974: 100.750 frank; voor het jaar 1975: 128.500 frank; voor het jaar 1976: 78.600 frank; voor het jaar 1977: 43.840 frank.

In rechte

Overwegende dat in rechte dient te worden uitgemaakt welke de aard was van de arbeidsverhouding tussen geïntimeerde en de eigenaar-exploitant van de apotheek;

Overwegende dat appellante ten onrechte stelt dat geïntimeerde, nu zij als gediplomeerde apothekeres bij de keuze van geneesmiddelen of bij het uitvoeren van een magistrale bereiding onafhankelijk optreedt, noodzakelijkerwijze een zelfstandige beroepsactiviteit van apotheker uitoefent;

Dat het vereiste van een officieel diploma en de inschrijving in de orde der apothekers slechts betrekking heeft op het wettelijk mogen verrichten van bepaalde farmaceutische bereidingen, in afwezigheid in de officina van een ander wettelijk gediplomeerde apotheker, en niets te maken heeft met de sociaalrechtelijke arbeidsverhouding met de exploitant van de apotheek als zodanig;

Dat geïntimeerde integendeel geen eigen officina bezat, noch als eigenaar noch als huurder, en derhalve krachtens de vestigingswet geen zelfstandige beroepsactiviteit van apotheker, bestaande in het houden van een apotheek, kon uitoefenen;

Dat zelfs, overeenkomstig artikel 3bis van de Arbeids-overeenkomstenwet, ingevoegd door het enig artikel van de wet van 10 maart 1980 iedere apotheker die beroepsarbeid verricht in een voor het publiek opengestelde apotheek, geacht wordt verbonden te zijn door een arbeidsovereenkomst voor bedienden ten aanzien van de natuurlijke of rechtspersoon die eigenaar of huurder is van de apotheek, tenzij het tegendeel bewezen is;

Overwegende dat appellante evenmin het bewijs levert van de status van helpster-zelfstandige van geïntimeerde;

Dat uit de aangegeven belastbare bedragen niet kan worden besloten dat geïntimeerde tijdens de bedoelde kalenderjaren een sporadische beroepsbezigheid als helpster-zelfstandige heeft uitgeoefend;

Dat de aansluiting door geïntimeerde bij een verzekeringsinstelling voor zelfstandigen evenmin enig bewijs uitmaakt, nu zij enkel geschiedde nadat een sociaal inspecteur bij een onderzoek ter plaatse (februari 1980) deed geloven dat zij onderworpen was en geïntimeerde trouwens achteraf om de annulatie van die aansluiting verzocht;

Dat appellante ook geen bewijs kan putten uit de niet-aangifte door de werkgever bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, of uit het niet-afsluiten van een arbeidsongevallenverzekering, nu het eerste geschied kan zijn met het doel de sociale-zekerheidsbijdragen te ontwijken, en het tweede te wijten kan zijn aan nalatigheid;

Dat de afwezigheid van een schriftelijk arbeidscontract evenmin enige invloed heeft op de aard van de arbeidsverhouding;

Overwegende dat alleen de feitelijke omstandigheden waarin de arbeidsprestaties voor rekening van een derde geleverd worden, het karakter en de aard van deze arbeidsverhouding bepalen;

Dat geïntimeerde in concreto werd tewerkgesteld in de apotheek V. te G.;

Dat de hiernavermelde feitelijke gegevens in aanmerking worden genomen: de werkgever, zelfstandige exploitant en eigenaar van een apotheek, bepaalde het tijdstip en de

plaats waar geïntimeerde haar activiteit diende uit te oefenen; hij bepaalde de uren gedurende welke zij ter beschikking diende te zijn; hij betaalde het loon in rechtstreekse verhouding met de geleverde prestaties, een halve of gehele dag;

Overwegende dat uit vorengenoemde feitelijke omstandigheden dient te worden besloten dat de arbeidsprestaties ten deze geschieden onder gezag, leiding en toezicht van de werkgever;

Dat geïntimeerde als tegenprestatie voor het geleverde werk een loon ontving in verhouding tot de duur van de geleverde arbeid;

Dat hierbij kan worden opgemerkt dat de toevallige of beperkte aard van de prestaties het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet belet (Cass., 9 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 979);

Dat een zodanige verbintenis ook kan worden aangegaan met het oog op het verrichten van een bepaalde taak, op een bepaald tijdstip en dat dit geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van de werknemer om op een ander ogenblik de verrichting van een andere taak te weigeren (Cass., 12 maart 1979, *R.W.*, 1978-79, 2683);

Overwegende dat door de voormelde feiten in rechte het bewijs wordt geleverd dat het gelegenheidswerk van geïntimeerde, voorwerp van het geding, feitelijk geschiedde onder de banden van een arbeidsovereenkomst, d.i. onder het gezag van de werkgever-apotheker en tegen betaling van een loon;

Dat geïntimeerde om deze redenen dan ook niet onderworpen was aan het sociaal statuut der zelfstandigen;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER — 21 FEBRUARI 1983

Voorzitter: de h. Wauters

Rechters: de hh. Claesen en Van Damme

Advocaten: mrs. Nyssen, Arnou, Aspeepele en Olivier

Erfdienstbaarheid — Uitweg — Ingesloten erf — Eigenaar ook medeëigenaar van aanpalend niet ingesloten erf.

Het feit dat de eigenaar van een ingesloten erf ook medeëigenaar is van een aanpalend erf dat aan de openbare weg grenst, of dat één van de medeëigenaars van het ingesloten erf ook eigenaar is van het aanpalend erf dat aan de openbare weg grenst, doet de ingeslotenheid niet ophouden als er geen eenheid van exploitatie is.

V. e.a. t/ V. e.a.

Uit het plaatsbezoek is duidelijk gebleken dat het perceel van de eerste twee appellanten te Z., bekend ten kadaster in de sectie C onder nummer 493/d, ingesloten is. Hetzelfde geldt voor het gedeelte van de percelen 456 en 457 dat in gebruik is bij de vrijwillig tussenkomende partij. Het feit dat de eigenaar van het ingesloten erf ook medeëigenaar is van een aanpalend erf dat aan de openbare weg grenst (toepasselijk op perceel 493/d) of dat één van de medeëigenaars van het ingesloten erf ook eigenaar is van het aanpalend erf

dat aan de openbare weg grenst (toepasselijk op de percelen 456 en 457) doet de ingeslotenheid niet ophouden als er geen eenheid van exploitatie is. Een dergelijke eenheid van exploitatie is niet voorhanden, waar perceel 493/d dienstig is voor «fermette» en de overige percelen voor landbouw, en er geen eenheid van exploitatie is tussen de percelen gebruikt door de vrijwillig tussenkomende partij en die door de eerste twee appellanten, en het perceel 493/d, verhuurd aan S. voor «fermette» en de percelen gebruikt of in pacht bij de eerste twee appellanten.

NOOT—Medeëigendom en recht van uitweg

1. Ieder van ons zal zich in herhaalde waarschuwingen van onze universiteitsprofessoren herinneren voor de samenvattingen boven aan een gepubliceerd vonnis of arrest.

Deze samenvattingen zijn immers niet altijd juist en het is daarom ook aangewezen de volledige uitspraak te lezen.

Alleen is dit zeer tijdrovend en wij hebben allen meer dan eens de wijze woorden van onze leermeesters in de wind geslagen en ons tevreden gesteld met het lezen van de beknopte samenvatting.

Zelfs onze leermeesters, meestal gerenommeerde auteurs, blijken hieraan niet te ontsnappen...

2. In bovenstaand geval rees de vraag of het ingesloten karakter van een perceel verdwijnt door het feit dat de eigenaar ervan eveneens medeëigenaar is van een aanpalend niet ingesloten erf, dat toegang heeft tot de openbare weg.

3. Wie de klassieken van het zakenrecht over de kwestie naslaat, zal een bevestigend antwoord vinden (zie o.a. De Page, H., *Traité élémentaire*, VI, 1953, p. 483; Derine, Van Neste en Vandenbergh, *Zakenrecht*, B, p. 663, nr. 391).

Al deze auteurs baseren hun opvatting op een vonnis van de Rb. Dinant van 20 juni 1929 (*Pas.*, 1930, III, 125), of beter op de samenvatting van dit vonnis in de *Pasicrisie*, waarin inderdaad wordt gezegd: «La servitude légale de passage, en cas d'enclave, se modifie avec les nécessités actuelles du fonds enclavé. Elle ne peut être invoquée par le propriétaire d'un fonds ayant issue sur la voie publique par un autre fonds, dont il est propriétaire indivis.»

Ook de Vrederechter te Brugge had in casu daarop gesteund om de gevorderde uitweg af te wijzen.

4. Het zal de aandachtige lezer van het vonnis van de Rb. Dinant echter onmiddellijk opvallen dat de samenvatting geen steun vindt in dit vonnis zelf.

Het vonnis oordeelt, volledig terecht, dat de medeëigenaar-gebruiker van een ingesloten erf geen recht van uitweg heeft, wanneer hij tevens alleeneigenaar is van een aanpalend niet ingesloten erf en bovendien beide erven in één weideexploitatie verenigd zijn. Dit is uiteraard iets volledig anders. Het gaat hier over het ingesloten erf dat medeëigendom is, terwijl het aanpalend niet ingesloten erf alleeneigendom is van degene die de uitweg vordert en beide erven deel uitmaken van één zelfde exploitatie.

De samenvatting heeft de relatie eigendom/medeëigendom precies omgedraaid en rept met geen woord over de eenheid van exploitatie...

5. Terecht heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge, in hoger beroep, een einde gemaakt aan deze vergissing die sedert meer dan een halve eeuw onze auteurs om de tuin leidt...

Om te besluiten een gouden raad: hoed u voor samenvattingen, ook al zijn ze in de *Pasicrisie* gepubliceerd...

Mia Bruneel

ARBEIDSRECHTBANK TE TURNHOUT

2e KAMER — 10 JUNI 1983

Voorzitter: de h. Heylen

Rechters in sociale zaken: de hh. De Wolf en Helsen

Substituut-arbeidsauditeur: de h. Gielen

Advocaten: mrs. Adriaensen loco Goossens en de Chaffoy

Werkloosheid — Opsporen van overtredingen — R.V.A.-controleurs — Binnengaan in de «woning» van de werkloze — Begrip.

Nietig zijn de vaststellingen van de R.V.A.-controleurs die zonder machtiging van de procureur des Konings binnengaan in de woning van een werkloze, d.i. het effectief bewoond of voor woning ingerichte tehuis met zijn aanhorigheden en hetgeen daarin is ondergebracht.

R. t/ R.V.A.

Overwegende dat blijkens de gegevens van het dossier ingevolge naamloze klachten de controleurs van verweerder zich op 9 juni 1982 naar de woning van eiser hebben begeven;

Overwegende dat na de klachten herhaaldelijk onderzoeken werden verricht op het adres van de in opbouw zijnde woning van de zoon van eiser te W.; dat echter aldaar geen activiteit kon worden vastgesteld en de woning van eiser steeds gesloten was;

Overwegende dat eiser betoogt dat de controleurs van verweerder op 9 juni 1982 zijn woning betraden en zich door de woning begaven naar de erachter gelegen schrijnwerkerij, die slechts te bereiken is via de woning;

Overwegende dat deze feitelijke omstandigheden niet tegengesproken worden; dat inderdaad de volgende gegevens vermeld worden in het onderzoeksverslag van 9 juni 1982 in verband met het bezoek aan de woning van eiser te W.: «Echtgenote verklaarde dat haar man, die volledig werkloos is, niet thuis was, doch toen ik mij naar de achtergelegen werkplaats begaf, kwam betrokkene uit de garage (...) Er staat achter de woning een volledig ingerichte schrijnwerkerij»; dan volgt een beschrijving van de toestand en het toebehoren van de schrijnwerkerij;

Overwegende dat het proces-verbaal van 9 juni 1982 ter zake de volgende vermeldingen bevat: «Bij ons bezoek aan de woning van betrokkene was deze gekleed in een overall waarin zich een vouwmeter bevond. Zijn echtgenote beweerde vooreerst dat betrokkene niet thuis was, doch toen wij controle deden in de schrijnwerkerij, kwam betrokkene uit de garage. Er is een toegang van de garage naar de werkplaats. Wij hadden ook de indruk dat er pas gewerkt was in de schrijnwerkerij»;

In rechte

Overwegende dat eiser de nietigheid van het onderzoek ten huize en de daaruit voortvloeiende beslissing aanvoert;

Overwegende dat niet betwist wordt dat de verbaliserende controleurs, overeenkomstig artikel 22 van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel, als zodanig over de macht beschikken, bepaald bij de artikelen 24, 25 en 26 van dezelfde wet;

Overwegende dat eiser stelt dat de controleurs, in strijd met artikel 24, 2°, van de wet van 14 februari 1961 zonder machtiging van de procureur des Konings de woning van eiser op 9 juni 1982 zijn binnengevallen en via de woning zijn doorgedrongen tot de achtergelegen schrijnwerkerij; dat derhalve de gegevens van het onrechtmatig onderzoek en het daaropvolgend verhoor van eiser buiten de debatten moeten worden gehouden;

Overwegende dat verweerder stelt dat er op de bewuste dag slechts een verklaring van eiser werd afgenomen en dat er geen huisvredebreuk of geen wederrechtelijke daad werd gesteld, nu er bovendien toestemming was van de bewoner;

Overwegende dat de onschendbaarheid van de woning wordt gewaarborgd door artikel 10 van de Belgische Grondwet; dat dit artikel bovendien voorschrijft dat er geen huiszoeking kan plaatshebben, dan in de gevallen, die de wet bepaalt en in de vorm, die zij voorschrijft;

Overwegende dat krachtens artikel 24, 2°, van de wet van 14 februari 1961 de bevoegde ambtenaren van verweerder, tussen 7 en 18 uur, met machtiging van de procureur des Konings, en bijaldien het onderzoek door ten minste twee personeelsleden wordt gedaan, mogen binnengaan in de woonplaats van de werknemers die werkloosheidsuitkeringen hebben aangevraagd en van wie redelijkerwijze mag worden verondersteld dat zij zich schuldig maken aan overtreding van de desbetreffende reglementsbepalingen;

Overwegende dat het woord «woning» in zijn gebruikelijke en zelfs ruime zin moet worden genomen, dat de grondwetgever het effectief bewoond of voor woning ingerichte tehuis met zijn aanhorigheden en hetgeen daarin is ondergebracht op het oog had (Vanhoudt C., «Het zoekingsrecht en de aantasting van de onschendbaarheid van de woning», *R.W.*, 1959-60, 110), dat dus elk gedeelte van de woning en van de tuin wordt beschermd;

Overwegende dat niet betwist wordt, en ook uit het proces-verbaal blijkt, dat de controleurs zowel de woning als de schrijnwerkerij, gelegen in de tuin, hebben betreden;

Overwegende dat niet kan worden gesteld dat de woning werd binnengegaan enkel en alleen om eiser te horen in zijn verklaringen; dat immers blijkens het verslag zelf vaststellingen werden verricht in de schrijnwerkerij;

Overwegende dat de onwettigheid van de betreding van de woonplaats tevens de nietigheid van de verrichting tot gevolg heeft;

Overwegende dat verweerder opwerpt dat deze nietigheid opgeheven is door het feit dat er toestemming werd verleend tot het betreden van de woning;

Overwegende dat, terwijl het merendeel van de rechtspraak en rechtsleer van oordeel is dat deze toestemming uitdrukkelijk moet zijn, andere rechtspraak meent dat de toestemming ook stilzwijgend kan worden gegeven; dat deze stilzwijgende toestemming door de rechter moet kunnen worden afgeleid uit de feitelijke omstandigheden;

Overwegende dat er zeker geen sprake is van een uitdrukkelijke toestemming en dat bovendien de feitelijke omstandigheden evenmin op een stilzwijgende toestemming dui-

den; dat trouwens door de controleurs vermeld wordt dat, hoewel de echtgenote verklaarde dat haar echtgenoot niet thuis was, zij zich toch door de woning naar de erachter gelegen plaats begaven; dat het gebrek aan uitdrukkelijk verzet niet aantoonde dat er een ondubbelzinnige toestemming was;

Overwegende dat in die omstandigheden dient te worden beslist dat de gedane onderzoeksverrichting volkomen onwettig is, zodat de verrichte vaststellingen en de daaruit volgende bekentenissen en verklaringen van eiser niet tot grondslag kunnen dienen voor enige sanctie, terugvordering of vermindering van uitkeringen;

(...)

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT

1e KAMER — 1 JUNI 1984

Voorzitter: de h. Matthijs

Advocaten: mrs. Sevens, Aerts en Baert

Rechtsmisbruik — Contract van elektriciteitslevering — Wanbetaling — Afsluiting van de stroomtoevoer.

Het roekeloos en ondoordacht optreden bij afsluiting van de stroomtoevoer wegens wanbetaling, zonder zich vooraf aan te melden en zonder zich vooraf te vergewissen van de waarschijnlijkheid van een schade, komt aan de zijde van de leverancier van de stroom neer op een misbruik van een contractueel recht, nu hij bij de uitoefening van dit recht, in strijd met het beginsel van de goede trouw dat de uitvoering van de overeenkomsten beheerst, de eisen van redelijkheid die elke voorzichtige en bezorgde persoon in de gegeven omstandigheden in acht zou hebben genomen, schromelijk heeft miskend.

Faillissement N.V. F. t/ N.V. E.

1. Voorwerp en rechtsgrond van de vordering

Eisers q.q. vorderen dat de verweerster wordt veroordeeld tot betaling van een met de gerechtelijke rente en de proceskosten te vermeerderen bedrag van 861.732 fr. als herstel van de schade rechtstreeks voortvloeiend uit de stroomonderbreking waartoe verweerster op 5 november 1982 in de namiddag, om 16u29 in het geheel van de fabriek van de N.V. F. deed overgaan, toen zij als schuldeiser van de N.V. F. voor niet betaalde lopende leveringen en een belangrijke achterstand-saldo aan geleverde elektriciteit op evengemelde dag met het radionieuws van 19u verklaarde dat de N.V. F. failliet verklaard werd.

Subsidiair sturen de curatoren aan op een deskundigen-onderzoek mocht de rechtbank het causaal verband tussen de gewraakte stroomonderbreking en de berokkende schade of de hoegrootheid van de schade in twijfel trekken.

Tot staving van hun vordering met als rechtsgrond de contractuele aansprakelijkheid van verweerster, zetten de curatoren uiteen dat de fout van verweerster erin bestaat wegens niet tijdige betaling van haar elektriciteitsleveringen, de elektriciteitstoevoer te hebben afgesloten zonder vooraf bij aangetekend schrijven de N.V. F. de stroomonderbreking te hebben aangekondigd en vervolgens bij het

daadwerkelijk doorvoeren van de onderbreking op 5 november 1982 niemand vooraf hiervan op de hoogte te hebben gebracht, noch met de hieruit voortvloeiende schadelijke gevolgen rekening te hebben gehouden.

2. Het verweer

Verweerster betwist de gegrondheid van de vordering en draagt als verweer voor dat haar contractueel geen schuld treft de levering van elektrische energie te hebben onderbroken, daar slechts tot en met 2 november 1982 de lopende leveringen elektriciteit betaald werden en zij reeds bij aangetekend schrijven van 12 oktober 1982 overeenkomstig art. 6 van het op 19 mei 1982 gesloten (nieuw) contract van levering van elektrische energie, de N.V. F., die sedert 20 september 1982 een gerechtelijk akkoord had aangevraagd, in gebreke had gesteld de lopende leveringen stipt te betalen, meer bepaald om de twee dagen 800.000 fr., daar zij anders de stroomleveringen onmiddellijk zou schorsen; minstens, aldus verweerster, geldt het faillissement als ingebrekestelling nu het de samenloop van schuldeisers doet ontstaan en het mitsdien de waarde heeft van een beslag.

Voorts argumenteert verweerster dat zij erop mocht en moest rekenen dat de activiteiten van de gefailleerde vennootschap ingevolge het faillissement stopgezet werden en, mitsdien, de curatoren er niet toe gerechtigd waren de, zonder vooraf van de rechtbank, zoals bepaald door art. 475 Fw., en niet van de rechter-commissaris, de toelating te hebben verkregen om de activiteiten van de gefailleerde vennootschap voort te zetten.

Subsidiair houdt zij staande dat geen schadevergoeding verschuldigd is omdat de onderbreking slechts elf minuten heeft geduurd en naar luid van art. 9 van de overeenkomst van 19 mei 1982 voor stroomonderbrekingen van minder dan één uur op geen schadevergoeding aanspraak kan worden gemaakt, zelfs niet, aldus verweerster, mocht zij een fout hebben begaan.

Zeër subsidiair stelt verweerster dat, bij berekening volgens de bovenvermelde overeenkomst vastgelegde formule, de schadevergoeding ver beneden de gevorderde ligt en er hoegenaamd geen recht op schadeloosstelling kan zijn wat de viscose- of vezelafdeling betreft omdat er op 5 november, en evenmin nadien, geen toelating was de productie daarvan voort te zetten.

3. Beoordeling

A. Wat de aansprakelijkheid betreft

Verweerster die vóór en na 19 mei 1982, datum waarop met de N.V. F. een nieuw contract voor levering van elektrische energie gesloten werd, zich ertoe beperkt had te dreigen de betaling van de aanzienlijke achterstallige schuld (ruim 20 miljoen) in rechte op te vorderen, zendt op 12 oktober 1982 een aangetekende ingebrekestelling toe aan de N.V. F., waarbij zij, wegens nieuwe situatie geschapen door de aanvraag van gerechtelijk akkoord, de verdere levering van elektriciteit afhankelijk stelt van een dagelijkse betaling van 400.000 fr. — achteraf gebracht op 800.000 fr. om de twee dagen — daar er anders, bij ontstentenis van stipte uitvoering, tot schorsing van de stroomleveringen zal worden overgegaan. Onmiddellijk aansluitend bij het kenbaar maken van haar dreiging de stroomleveringen te zullen schorsen in geval van wanprestatie vanwege haar gebruiker, kondigt zij de schorsing van de levering aan op

donderdag 14 oktober 1982 bij niet-betaling van de leveringen van dinsdag (12 oktober) en woensdag (13 oktober).

De inhoud van dit schrijven is duidelijk en voor geen interpretatie vatbaar. Verweerster geeft ondubbelzinnig te kennen dat, gelet op het gerechtelijk akkoord door de N.V. F. aangevraagd, de lopende leveringen van elektriciteit voortaan het voorwerp moeten zijn van een tweedaagse betaling en, indien hieraan niet wordt voldaan, zij deze leveringen zal schorsen, waarbij zij dan om de ernst van haar vast voornemen tot schorsing te benadrukken en kracht bij te zetten, de N.V. F. ervan op de hoogte brengt dat zij de stroomlevering zal stopzetten op 14 oktober 1982 indien de betaling van dinsdag en woensdag uitblijft, zegge de eerste tweedaagse betaling.

Derhalve gaat het hoegenaamd niet om een slechts voor 14 oktober 1982 beperkte dreiging tot schorsing, die inderdaad maar een toepassing is van de uitdrukkelijke ingebrekestelling bepaald voor alle volgende of toekomstige niet of niet tijdig betaalde lopende leveringen zonder dat verweerster vooraf haar voornemen tot het afsluiten van de elektriciteitstoevoer opnieuw aan haar gebruiker, de N.V. F., kenbaar diende te maken bij aangetekend schrijven: de N.V. F. wist sedert 12 oktober 1982 dat de schorsing van stroomleveringen haar te wachten stond indien haar tweedaagse betalingen, onverschillig welke, niet of niet tijdig verricht werden.

Op grond van de aangetekende ingebrekestelling van 12 oktober 1982 was verweerster er dan ook van vrijgesteld haar intentie de elektriciteitstoevoer af te sluiten nogmaals bij aangetekend schrijven kenbaar te maken toen zij vaststelde dat na 2 november 1982 de tot die dag sedert 12 oktober 1982 door de N.V. F. verrichte tweedaagse betalingen uitbleven.

De rechtbank kan dus de zienswijze van de curators niet bijvallen dat met betrekking tot het aan verweerster in geval van wanbetaling contractueel voorbehouden recht van stroomonderbreking verweerster zich niet heeft gehouden aan de te dien einde in acht te nemen modaliteit, namelijk de voorafgaande toezending van een aangetekend bericht.

Evenwel kan bezwaarlijk worden ontkend dat, toen verweerster op 5 november 1982 het besluit had genomen zich naar de N.V. F. te begeven om er wegens wanbetaling de stroomtoevoer af te sluiten, zij beslist onbedachtzaam en achteloos te werk is gegaan toen, ter plaatse aangekomen, zonder zich vooraf aan te melden en, mitsdien, niemand van het aanwezige personeel in de fabriek van hun aanwezigheid en de reden van hun bezoek op de hoogte te brengen, haar aangestelden na de hoofdingang te zijn binnengekomen, onmiddellijk naar de hoofdtoevoerleiding gegaan zijn en er de elektrische stroom hebben afgesloten.

Dit roekeloos en ondoordacht optreden vanwege verweerster zonder zich evenmin vooraf af te vragen of de machines in het geheel van de fabriek stillagen en derhalve zonder zich te vergewissen van de waarschijnlijkheid van een schade, komt neer op een misbruik door verweerster van haar contractueel recht de stroomleveringen te schorsen, nu zij, bij de uitoefening van dit recht in strijd met het beginsel van de goede trouw die de uitvoering der overeenkomsten beheerst (art. 1134, derde lid, B.W.), de eisen van redelijkheid die elk voorzichtig en bezorgd persoon in de gegeven omstandigheden in acht genomen zou hebben,

schromelijk heeft miskend. Dit rechtsmisbruik maakt een grove fout uit, zodat verweerster dient in te staan voor de tengevolge van haar onredelijk en lichtzinnig optreden veroorzaakte schade (Baert Fr., «De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten», *R.W.*, 1956-57, 486 en meer bepaald 496; De Bersaques, «L'abus de droit en matière contractuelle», *R.C.J.B.*, 1969, 522 e.v.; W. Rauws, «Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983», *T.B.H.*, 1984, 244; Cass., 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31; Cass., 8 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 502; Cass., 19 september 1983, *T.B.H.*, 1984, 276; Kh. Luik, 19 november 1969, *Jur. Liège*, 1978-79, 447, bevestigd door Luik, 23 juni 1982, onuitgegeven).

Dat eisers q.q. volgens verweerster ingevolge het faillissement de activiteit van de gefailleerde vennootschap hadden moeten stopzetten, verantwoordt nog niet het onredelijk optreden van verweerster.

Overigens heeft verweerster het verkeerd voor dat de curators onmiddellijk de machines hadden moeten stilleggen, minstens dat zij, verweerster, erop mocht vertrouwen dat op 5 november 1982 de produktielijnen niet meer in werking waren. Niet aan verweerster maar enkel aan de curators, in het raam van hun beheer van het faillissement, kwam het recht toe hierover te oordelen.

Zo mochten de curators soeverein beslissen dat zij er goed aan deden de draaiende machines verder aan de gang te houden ten einde door de onmiddellijke stillegging ervan schade aan de produktie en de machines te voorkomen en ten einde, in het belang van de boedel, de produktie die deze machines aan het verwerken waren te laten afwerken. Een dergelijke beslissing, die klaarblijkelijk een daad van goed beheer uitmaakt, werd trouwens genomen met toestemming van de rechter-commissaris, die inderdaad krachtens art. 463 Fw. alle noodzakelijke maatregelen door de beveiliging en bewaring van de goederen van de boedel mag bevelen.

Het ging dus om een louter bewarende maatregel en niet om de voorlopige voortzetting van de «handelsverrichtingen» waarvan sprake in art. 475 Fw.

B. De schade

De overeenkomst van 19 mei 1982 bepaalt onder art. 9, «Bestendigheid van de levering», dat, met uitzondering van de gevallen die in dit contract voorzien zijn of in gevallen van overmacht, de onderbreking te wijten aan de verdeler vergoed wordt volgens een bepaalde formule enkel voor het geval de onderbreking één uur heeft geduurd of valt binnen de bedrijfsuren van de gebruiker.

Onder onderbreking toe te schrijven aan de verdeler die de bestendigheid van de levering op ieder ogenblik moet verzekeren, dient te worden verstaan de onmogelijkheid voor verweerster elektrische energie te leveren wegens accidentele onderbrekingen waarvoor zij moet instaan (bv. een kabelbreuk op haar net, het meest voor de hand liggende voorbeeld, een defect aan de distributietransformator) of onderbrekingen te wijten aan haar fout of nalatigheid zoals verkeerde of slecht uitgevoerde herstellingen, aansluitingen of onderhoudswerken.

Uit dit in algemene bewoordingen luidend beding van beperking van aansprakelijkheid kan echter niet worden afgeleid dat partijen het voornemen hebben gehad de grove schuld in dit beding te begrijpen zoals, naar luid van het

hierboven overwogene, de zonder de minste verwittiging verrichte stroomonderbreking als abusieve uitoefening van haar contractueel recht de stroomlevering te schorsen bij niet of ontijdige betaling.

Een dergelijk voornemen met name de exoneration uit hoofd van zware fout vereist dat de overeenkomst op dit punt een beding bevat waarbij partijen op ondubbelzinnige wijze erin hebben toegestemd verweerster van elke aansprakelijkheid te ontheffen. Zodanig beding, vrij van elke dubbelzinnigheid, ligt niet voor (Hayoit de Termicourt, «Bedrog en grove schuld op het stuk van niet-nakoming van contracten», *R.W.*, 1957-58, 75, en voetnoten 118 en 119; noot J.J. Rothier, sub Cass., 15 september 1959, *J.T.*, 1960, 116, nr. 6; P. Van Ommeslaeghe, «Les obligations — Ex. de jurispr. (1968-1975)», *R.C.J.B.*, 1975, 526; Cass., 22 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2238 en noot).

Er moet dan ook ten aanzien van de grove fout elke uitwerking worden ontzegd aan het litigieus beding dat, in algemene termen gesteld, de overeenkomst zelf uitholt.

Eisers q.q. vorderen dan ook terecht het herstel van de door de kortstondige stroomonderbreking in het produktieproces veroorzaakte werkelijke schade zowel in de nylon- als in de viscose- of vezelafdeling.

Immers, de vaststelling dat er in de week na 5 november 1982 door de curators aan de rechtbank slechts toelating gevraagd en verkregen werd om de handelsverrichtingen van de gefailleerde vennootschap met betrekking tot de nylonafdeling voorlopig voort te zetten, doet niets af aan het feit dat er eveneens aan de viscoseafdeling schade werd aangericht. Immers, bij de stroomonderbreking was eveneens op de machines van deze afdeling de verwerking van viscoseprodukten aan de gang.

(...)

NOOT—Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik van contractueel recht?

I. Bovenstaand vonnis zet een belangrijke stap in de aanwending van het vereiste van goede trouw van art. 1134, derde lid, B.W.

De curators van de failliete N.V. F. vragen schadevergoeding van de elektriciteitsmaatschappij E. wegens een foutief, want zonder verwittiging en onvoorzichtig, afsnijden van de stroom zodra deze het faillissement vernam. De rechtsgrond waarbinnen de rechter zich in de behandeling van de vordering houdt, is de contractuele aansprakelijkheid. De samenloop komt niet aan de orde. Het gaat om de draagwijdte van de contractuele aansprakelijkheid, en dus om de vaststelling door de rechter van de rechtsgevolgen van het contract. Nu kan de rechter, naargelang de rechtsopvatting, op twee wijzen de rechtsgevolgen van het contract vaststellen, d.i. het recht in een contractueel geschil vinden. Hij kan zich beperken tot uitlegging van de overeenkomst in de zin van artt. 1156 e.v. B.W. en de aldus uitgelegde contractuele bedingen syllogistisch toepassen. Hij kan ook de uitleg in die betekenis overstijgen — wat niet betekent terzijdestellen — en de verbindende gevolgen van het contract niet zomaar uit de mogelijk uitgelegde bedingen afleiden, maar wel naar objectief recht vaststellen.

Dit objectief recht van het geval wordt dan gevonden aan de hand van zowel vrij precieze als, althans wat het verbin-

tenissenrecht betreft, steeds toepasselijke, vage normen. Het vonnis heeft de contractuele aansprakelijkheid, dus de rechten en verplichtingen der partijen, op de tweede wijze vastgesteld. Het ontkent daarbij de uitlegging in de zin van artt. 1156 e.v. niet, voert ze trouwens uit, maar integreert ze ook in een oordeel naar objectief recht.

1. Uitlegging van contractuele bedingen en uitdrukkelijke handelingen. — Hier geeft het vonnis de inhoud van welbepaalde bedingen en handelingen, nl. de artt. 6 en 9 van het contract van 19 mei 1982, en het aangetekend schrijven houdende ingebrekestelling van 12 oktober 1982. Wat betreft art. 6 en het aangetekend schrijven, zegt het vonnis: «De inhoud van dit schrijven is duidelijk en voor geen interpretatie vatbaar», en «ondubbelzinnig». De eisers q.q. kunnen zich dan ook niet beroepen op hun zgn. subjectieve goede trouw (zie onder), de goede trouw van het niet weten: men «wist sedert 12 oktober 1982 dat de schorsing van de stroomleveringen haar te wachten stond». Dat is dan ook de draagwijdte van de uitlegging hiervan.

Wat betreft art. 9, legt het vonnis uit «dient te worden verstaan...», «kan niet worden afgeleid de grove schuld in dit beding te begrijpen». De verweerder kan zich dan ook niet op een exoneration uit hoofde van zware fout beroepen.

In beide gevallen gaat het hier om uitleg in de zin die het B.W. aan het begrip geeft m.b.t. overeenkomsten (zonder hier te willen ingaan op de vraag of dit begrip nog bruikbaar is in het licht van de ontwikkeling van de hermeneutiek of interpretatietheorie): nl. vaststelling van de intentie, bedoeling, wil, of goede trouw van de partijen, historisch ex tunc nagegaan vanuit het standpunt van het aangaan van het beding, van het opstellen van de termen, van het stellen van de handeling. Indien ons verbintenissenrecht werkelijk de beginselen van wilsautonomie en consensualisme huldigt zoals zij door de rechtsleer steeds weer worden verwoord, is de draagwijdte van de contractuele aansprakelijkheid hiermee bepaald en de taak van de rechter in dit verband beëindigd.

Het vereiste van uitvoering te goeder trouw van art. 1134, derde lid, wordt dan herleid tot de regel van art. 1156, mogelijk nog aangevuld met die van art. 1135 («aanvullende goede trouw») en ons verbintenissenrecht zou eigenlijk een systeem «stricti iuris» zijn in de romeinsrechtelijke tegenstelling «stricti iuris» — «bonae fidei» (zie II).

In zo'n stelsel kunnen de rechten en verplichtingen rechtstreeks afgeleid worden uit de wil der partijen, weliswaar binnen de beperkingen door de wetten bepaald: de rechtsbetekenis ex nunc is dan niets anders dan de historisch-psychologische betekenis ex tunc: een rechtsopvatting die voor de vaststelling van de rechtsbetekenis van een wet door niemand meer wordt volgehouden.

2. Vaststelling van de rechtsgevolgen der overeenkomst, d.i. de contractuele aansprakelijkheid. — Doch de rechter acht dit niet het stelsel van ons Burgerlijk Wetboek te zijn en gaat dan ook verder «Evenwel... roekeloos en ondoordacht optreden». Tot nu toe werd eigenlijk alleen het strijdveld geruimd van voorafgaande hindernissen, maar nog geen uitspraak over recht gedaan, d.i. de draagwijdte van de contractuele aansprakelijkheid vastgesteld. Zonder de rechtsgrond te veranderen, maar in andere begrippen redenerend dan de eisers, brengt de rechter het debat op een hoger niveau: hij gebruikt geen nieuw middel naast de voorgaande maar stelt eerstmalig de verbindende gevolgen

van de overeenkomst, zijnde de aansprakelijkheid, vast, en doet dit *naar objectief recht, namelijk volgens het vereiste van goede trouw, zijnde «de eisen van redelijkheid die elk voorzichtig en bezorgd persoon in de gegeven omstandigheden in acht zou genomen hebben»*.

Daarbij verwijst hij uitdrukkelijk naar de openingsrede van F. Baert («De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten», *R.W.*, 1956-57, 487 v.) — een redevoering die de rechter des te meer in ogenschouw zal hebben genomen daar vermelde redenaar raadsman was van de verweerster — en meer bepaald naar kol. 496 waar te lezen staat: «*De overeenkomst te goeder trouw uitvoeren betekent dat men daarbij dient op te treden volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid*», met nadruk op de grote rol die daarbij aan de rechter toekomt, namelijk «*dat de rechter vaststelt wat naar objectief recht — dit is naar de eisen der goede trouw — de rechten en verplichtingen der partijen zijn*».

Daarmee gaat het vonnis verder dan de laatste ook in het vonnis aangehaalde cassatierechtspraak (Cass., 19 september 1983, *T.B.H.*, 1984, 276, en het artikel van Rauws), door resoluut een ruim, en wat belangrijker is, objectief en normatief begrip van de goede trouw te gebruiken: de eisen van redelijkheid.

Het vonnis geeft de betekenis van de goede trouw zeer juist weer — daarbij naar de belangrijkste passage verwijzend van het beste dat daarover in België geschreven werd — en vormt zo een belangrijke stap in de rechtspraak.

Het is dan ook jammer dat het deze tekortkoming aan de goede trouw toch weer inkleedt in het tegenstrijdige, en met de gegeven omschrijving van goede trouw niet overeenstemmende begrip «misbruik van contractueel recht». Als of het zou gaan om een misbruik, d.i. abusieve uitoefening van een bestaand contractueel subjectief recht om anders dan naar goede trouw te handelen, en niet om de eerstmalige vaststelling van de rechten en verplichtingen der partijen naar de eisen der goede trouw! Jammer genoeg ziet de rechter zich gezien de cassatierechtspraak waarschijnlijk tot en dergelijke formulering verplicht. Daarom willen we even op beide begrippen ingaan, zonder ook maar enigszins te beweren daarover iets nieuws te vertellen.

II. Goede trouw

Bij de verklaring van het begrip goede trouw in het contractenrecht worden nog dikwijls twee onderscheiden begrippen verward. We proberen ze uit elkaar te houden.

1. *De zgn. subjectieve goede trouw.* — De zogenaamd subjectieve goede trouw of goede trouw van het niet weten speelt ook een rol buiten het contractueel domein, meestal als voorwaarde voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen (bv. goede trouw van de bezitter, de derde-verkrijger,...). In het contractueel domein betekent dit subjectieve (d.i. «historisch-psychologisch» d.w.z. niet-normatief en ex tunc en vandaar geldt hier «mala fides superveniens...») begrip goede trouw de trouw aan de belofte, aan het gegeven woord zoals het in de bedoeling der partijen lag, zonder zich tegen eigen weten in op de verwoording, de letter van het contract te beroepen. Dit is de regel die voor het contractenrecht uitgedrukt is in art. 1156.

In hoeverre deze regel naar een innerlijke gesteldheid, dan wel een gedraging van de partijen bij het aangaan van het contract verwijst, willen we hier terzijde laten.

De tekst zelf komt uit Pothier, die ter staving naar een aantal Romeinse passages verwijst, o.m. L. 219 ff. de verborum signif., «voluntas potius quam verba», L. 6, § 1, ff. de contr. empt. «potius id quod actum est, quam id quod dictum est, sequendum est». Het is belangrijk te weten dat de regel ook gold voor de stipulatie, in het Romeinse recht een handeling *stricti iuris* (cf. Ulpianus L. 34, D., L., 17: «semper instipulationibus id sequimur quod actum est»).

Het gebruik van hetzelfde woord goede trouw voor de verwijzing naar het weten, de bedoeling der partijen ook en vooral wanneer zij *niet* de voorgeschreven formule zouden gebruikt hebben, dat in het Romeinse recht reeds een andere, onder 2 weer te geven betekenis had, heeft een jammerlijke misvatting over de betekenis van de bona fides veroorzaakt.

2. *De zgn. objectieve goede trouw.* — In het Romeins recht immers betekende het onderscheid tussen iudicia bonae fidei en iudicia stricti iuris *niet* dat veeleer de bedoeling en gedraging der partijen (bij het contracteren, dus ex tunc), dan de woorden of termen in aanmerking moeten genomen worden (in die zin: Matthys en Baeteman, *T.P.R.*, 1966, 247-248, nr. 108), want dit gold ook voor de contracten stricti iuris (zie cit. Ulpianus; zie Baert, *t.a.p.*, kol. 495 met verwijzing naar Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, blz. 5). Het betekende *wel* dat de rechten en verplichtingen der partijen vastgesteld worden volgens de eisen der goede trouw (Baert, *t.a.p.*, kol. 493), ex nunc en niet zomaar zoals logisch uit de de volgens artt. kol. 1156 e.v. gegeven historische uitlegging van de overeenkomst zouden voortvloeien, zoals dit in het iudicium stricti iuris diende te geschieden. In de contracten waarin het vereiste van uitvoering te goeder trouw een algemeen beginsel is, en dit zijn in ons recht alle contracten, betreft zij niet alleen de uitoefening, maar het bestaan en vaststellen zelf van de contractuele rechten en verplichtingen: in deze contracten bestaat immers géén recht om tegen de goede trouw te handelen in de uitvoering der contracten.

Wat betekent dan «Volgens de eisen der goede trouw» (*ex bonae fidei*)?

Wordt deze Romeinse formule in de *Code civil* gewoon overgenomen (de bonne foi), in het BGB wordt zij reeds verduidelijkt «mit Rücksicht auf die Verkehrssitte» (§ 242); in het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek art. 6:1.1.2. wordt zij vervangen door de begrippen «volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid» (ook de formule van F. Baert). Het vonnis verklaart: «*de eisen van redelijkheid die elk voorzichtig en bezorgd man in de gegeven omstandigheden in acht genomen zou hebben*», wat nog nauwkeuriger is, aangezien redelijkheid en billijkheid niet hetzelfde zijn.

In het Romeins recht ging het om «die Würdigung des Rechtsverhältnisses als Ganzes, in seinem Entstehen und in allen seinen Auswirkungen, im Gesamtrahmen der Umstände und des Verhaltens der Parteien», dus een «revolutionärer Gegensatz zu der isolierten, auf einen streng umgrenzten Entstehungstatbestand mit von vornherein fest bestimmten Wirkungen zugeschnittenen Obligation der strengen Klage» (actio stricti iuris) (Beck, «Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht», *aequitas*

et bona fides, FS *Simonius*, p. 18 e.v.). Ook het hier besproken vonnis beoordeelt volgens de eisen der goede trouw het geheel der omstandigheden, oordeelt dus *ex nunc* en normatief.

De *bona fides* die we terugvinden in art. 1134, derde lid, is dus steeds een objectief, normatief begrip. Dit belet niet dat het het subjectief historische begrip goede trouw kan omvatten of liever integreren. Zo is een beroep op het niet weten (d.i. op de zgn. subjectieve goede trouw) in strijd met de zgn. objectieve goede trouw, zo men behoorde te weten (zie verder Van Schilfgaarde, «Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten», *Goed & trouw*, FS *W.C.L. Van der Grinten*, Zwolle, 1984, 157 e.v.).

Gevolg: de betekenis van de goede trouw is dan ook niet te herleiden tot welbepaalde uitleg regels, tot bijkomende verplichtingen (aanvullende, constructieve, *Ergänzungsfunktion*) beperkende werkingen (corrigerend, derogierend, *Schrankenfunktion*) of vergunningen (*Ermächtigungsfunktion*), maar betekent precies een vergroting van de onbepaaldheid der rechten en verplichtingen zelf.

Dit was de betekenis in het Romeins recht: «das Neue das die *bonae fidei iudicia* gebracht haben hing mit der *Unbestimmtheit und Elastizität* der Ansprüche zusammen» (Käser., *Altr. ius* 289, noot 35 in Beck, *t.a.p.*).

En dezelfde gedachte wordt precies benadrukt in de hedendaagse Duitse rechtsleer: de *blanconormen* (General-klausel) moeten niet zo snel mogelijk weer gepreciseerd en in hun dreigende onbepaaldheid gereduceerd worden («herunterkonkretisiert»), hun betekenis is precies een «Steigerung von Unbestimmtheit» (Teubner, «Die Geschäftsgrundlage», *Z.H.R.*, 146 (1982), 627, uitgewerkt in *Alternativkommentar zur BGB*, § 242 (de goede trouw §)), om een leervardig recht (*lernendes Recht*) mogelijk te maken. Het onderscheid tussen de verschillende vormen van deze goede trouw berust dan ook op een verkeerd begrip van haar betekenis, alsook van die van vage normen in het algemeen. De bovenvermelde omschrijvingen, o.m. die van het besproken vonnis zijn o.i. veel treffender. Of het in zo'n geval nu om een bijkomende verplichting gaat voorzichtig te handelen, dan wel een verbod een contractueel beding roekeloos te gebruiken, maakt in concreto niets uit. Het begrip derogerende werking van de goede trouw is trouwens een *contradictio in terminis* op dezelfde wijze als het begrip rechtsmisbruik in contractuele context (zie onder) en de reden van dit begrip wordt dan ook daar verklaard.

De gegeven omschrijving daarentegen lijkt sterk op die van de onrechtmatige daad; inderdaad geeft art. 1134, derde lid, aan de contractuele aansprakelijkheid dezelfde onbepaaldheid, elasticiteit en leervardigheid als art. 1382 aan de buitencontractuele. Daarbij kunnen de daaropvolgende regels in beide gevallen als type-gevallen beschouwd worden. De goede trouw zou zinvol kunnen gegradeerd worden volgens de aansprakelijkheidsgraden *dolus*, *culpa lata*, *culpa levis*. Het besproken vonnis sluit bij deze terminologie aan door het rechtsmisbruik in strijd met de goede trouw als grove fout (*culpa lata*) te beschrijven.

De goede trouw is dan ook géén aparte verplichting, maar een algemeen criterium voor de normatieve vaststelling van de rechtsbetekenis, d.i. de rechtsgevolgen van het contract (waarvan de bronnen in art. 1135 aangegeven wor-

den), telkens *in de gegeven omstandigheden*, dus de rechtsbetekenis *ex nunc*.

Het is dan ook géén afwijking t.o.v. art. 1134, eerste lid, maar laat nu eerst de vaststelling van de contractuele rechten en verplichtingen, van de contractuele aansprakelijkheid toe.

III. Misbruik van recht in het verbintenissenrecht

Het begrip misbruik van recht — en we laten ons hier niet uit over andere variaties van misbruik — heeft maar zin in een leer die er van uitgaat dat bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen der partijen, — dus van de rechtsgevolgen, de rechtsbetekenis van m.b. een contract — er géén rekening hoeft te worden gehouden met de goede trouw en dat zij dus niet naar objectief recht worden vastgesteld of toegerekend, *maar* rechtstreeks, *a priori* voortvloeien uit het subjectieve willen of weten van contractspartijen of uit de spraakkundige betekenis van een wettelijke bepaling; *pas daarna* worden zij mogelijk beperkt.

Immers, het begrip zelf verwijst steeds naar een formeel aanwezig recht. Slechts wanneer men ervan uitgaat dat subjectieve rechten normaal logisch uit wetsbepalingen of contractuele bedingen (eventueel subjectief uitgelegd) afgeleid kunnen worden, heeft het zin te zeggen dat «het ongeschreven recht niet toelaat dat alles wat logisch uit een wetsvoorschrift of wettelijk recht afgeleid kan worden als geoorloofd mag worden beschouwd» en daaraan het begrip misbruik van recht te verbinden (het is de verwoording waarop Meijers zijn begrip rechtsmisbruik grondt in «Misbruik van recht en wetsontduiking», *Ann.Rg.Sw.*, 1936-37, 710, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, (1954), p. 68, en meermaals door prof. Van Gerven als grondgedachte genomen voor dit begrip, o.m. *Algemeen Deel*, p. 182-183, en «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2467-2468).

Anders dan bij het begrip «eisen der goede trouw» is het o.i. verkeerd over inwendige werking van de billijkheid te spreken, wanneer slechts de uitoefening van het recht beperkt wordt, maar het recht zelf erkend blijft. Het begrip werd dan ook meermaals als een inwendige tegenspraak bekritiseerd (Planiol, *Traité élémentaire*, II, 51909, nr. 871; Van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, III, A, § 2, nr. 6) en o.m. in Italië onbruikbaar geacht (zie noot 20-24 bij Kruithof, *Recht in beweging*, FS *Ridder R. Victor*, I, 657-658).

Twee verdedigingen werden op deze kritiek gegeven: ofwel stelt men rechtsmisbruik voor als een apart feit, als een bijkomende verplichting geschonden naast het recht, en in die zin ofwel een «bijzondere toepassing van het leerstuk der onrechtmatige daad» (Van Gerven, *Algemeen deel*, nrs. 63 en 69) — welke grondslag de rechtspraak eraan gaf tot het laatste cassatiearrest van september 1983 — of een verplichting voortvloeiend uit de goede trouw in de overeenkomsten, welke daarbij als bijkomende verplichting naast de contractuele rechten en plichten beschouwd wordt (cf. *supra* en *infra*, bv. Rauws, *T.B.H.*, 1984, 247: «Rechtsmisbruik impliceert dat men formeel binnen de grenzen van zijn contractueel recht blijft, en zich tegelijkertijd toch schuldig maakt aan de schending van de contractuele plicht van goede trouw»).

De andere verdediging bestaat erin tegenover het formeel

aanwezige recht een inhoud, een doel (Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*), de vernietiging van een schijn (Van Gerven, *Alg. deel*, p. 182, en «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1983-84, 974) of een onderliggende realiteit (de meer marxistische literatuur, bv. Barcelona, *Diritto privato e processo economico*) te stellen. Deze tegenstelling berust historisch op het stellen van het subjectieve recht als formele bron tegen het objectieve recht, en valt ook daarmee.

Men zegt dat het formele recht schijn kan zijn, en dus ook dat de schijn zelf formeel recht kan vormen (en niet een feit is waaraan het recht onder voorwaarden rechtsgevolgen hecht, en bij niet-vervulling van die voorwaarden géén of andere rechtsgevolgen).

Een uitvoeriger kritiek op het gebruik van een finaliteitsbegrip in het recht is hier nu niet op haar plaats (zie bv. N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1979). Alsof het recht ooit iets anders doet dan aan uitwendige vormen en gebeurtenissen, aan «bequaeme teekenen» (Grotius) aan te knopen, daaraan rechtsgevolgen te hechten — ook al kan daarbij een verwijzing naar psychische toestanden, voor zover uitwendig kenbaar, in aanmerking genomen worden. Het komt er gewoon op aan te erkennen dat het recht nooit zomaar uit een feit, bv. een contract opgevat als wilsverklaring, kan worden afgeleid, dat het recht onder de voorwaarden voor een schuldvordering, voor een subjectief recht, steeds de goede trouw vereist. Men moet daarvoor zelfs nog geen ongeschreven recht construeren, het geschreven recht zelf voorziet in dat vereiste *algemeen*, voor alle overeenkomsten, in artt. 1134, derde lid, B.W. Dan blijkt dat in geval van handelen in strijd met de eisen der goede trouw er *ook formeel* géén recht aanwezig is, gewoon formeel-juridisch de handeling ongeoorloofd — injuria — is, daar het subject niet als formele rechtsbron erkend wordt en dus het subjectief recht slechts naar objectief recht, d.i. o.m. volgende eisen der goede trouw, kan worden vastgesteld.

Deze kritiek op het begrip misbruik van (subjectief) recht moet dan ook niet noodzakelijk gelden voor andere variaties van de misbruikgedachte (misbruik van beding, misbruik van machtspositie, misbruik van instelling, eventueel misbruik van bevoegdheid; zie daarvoor van Gerven, «Variaties op het thema misbruik», *t.a.p.*). Doch de vraag die ons hier bezighoudt is het zgn. misbruik van contractueel recht, en dit begrip is o.i. een inwendige tegenspraak.

Daarom vinden we de voorstelling van het handelen in strijd met de goede trouw als een rechtsmisbruik een bijzonder ongelukkige verwoording, welke de bedoeling heeft de werking van de goede trouw niet uit te breiden, maar te beperken. Het is de voorstelling van o.m. de Bersaques (*R.C.J.B.*, 1969, 522-523, «L'abu de droit en matière contractuelle»; zie ook Dekkers, *R.C.J.B.*, 1958, 156, en Hayoit de Termicourt, *R.C.J.B.*, 1958, 152, noot onder resp. concl. bij Cass., 11 april 1958; en de gevallen aangehaald door Kruithof, Paulus, Moons, *T.P.R.*, 1975, 506-507, en Kruithof, *T.P.R.*, 1983, 607). Meer bepaald wil men daarmee de zgn. derogerende werking van de goede trouw verantwoorden — een overbodige verantwoording — en tegelijk beperken. Dit blijkt uit het onderscheid dat gemaakt wordt tussen een slechts marginale toetsing bij derogerende werking tegenover een volledige toetsing bij aanvullende

werking (zie Cass., 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31, *R.W.*, 1971-72, 321; van Gerven, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 973; W. De Bondt, «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *Post-universitaire cyclus W. Delva*, 1983-84, Gent 1983, p. 25).

Dit blijkt bv. uit het antwoord van Meijers op vraagpunt 21 van de Nederlandse Tweede Kamer bij de behandeling van boek 6 van het nieuw B.W.: hij stelde voor de derogerende werking van de goede trouw alléén in geval van rechtsmisbruik toe te laten. Dit werd in de uiteindelijke tekst niet aanvaard, en de werking werd uitgebreid tot de volledige goede trouw (nl. de eisen van redelijkheid en billijkheid) in art. 6.1.1.2. (zie J.W.M. Van der Grinten, «Misbruik van recht in het nieuw B.W.», *FS W.C.L. Van der Grinten*, blz. 376). Daarmee wordt de huidige stand van het Nederlandse recht bevestigd, waarin de oplossing rechtstreeks op de goede trouw gegrond wordt (zie Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht*, (1952), blz. 296, (1979), blz. 234-235; Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, 59-60, geciteerd door Rauws, *R.W.*, 1983-84, 283, en noot 23; Dekkers, *R.C.J.B.*, 1957, 323, die de oplossing grondt op artt. 1134, derde lid, en 1135 B.W.). De Nederlandse rechtspraak blijkt evenmin behoefte te hebben aan de categorie rechtsmisbruik voor het verbintenissenrecht (J.W.M. Van der Grinten, *t.a.p.*, blz. 370, 385, nr. 5). Hetzelfde geldt in Duitsland, waar het begrip hoogstens één van de criteria is voor het gebruik van de goede-trouw-paragraaf 242 BGB. Deze werkwijze heeft voor ons recht bovendien het voordeel dat men zich op een uitdrukkelijke wettelijke bepaling kan baseren, en niet eens behoefte heeft aan constructies van ongeschreven recht welke het formele recht zouden «doorbreken».

In die oplossing kan het onderscheid tussen de marginale toetsing bij afwijking en volledige toetsing bij aanvulling geherformuleerd worden op een *coherente wijze*, door het feit dat bepaalde bedingen uitdrukkelijk zijn als een exonatie voor niet zware fout te beschouwen. Het besproken vonnis volgt deze coherente redenering (schromelijk miskend, zware fout) en verdient ook in dat opzicht onze bijval.

Ook het Arbeidshof te Brussel in zijn arrest van 29 april 1983 grondt zijn redenering rechtstreeks op de goede trouw (dat vernietigd werd door Cass., 19 sept. 1983, niet wegens die formulering, maar omdat het de beweerde toepassing in strijd met de goede trouw onvoldoende motiveerde volgens het criterium van disproportie). We citeren uit de samenvatting van het cassatiearrest: Doordat het arrest (...) na te hebben aangenomen dat die «contractuele bepalingen» «wettig» waren, niettemin beslist dat de ten deze door eisers gedane verandering van sector onwettig is (...) op grond dat zij die contractuele clausules zou hebben gebruikt in omstandigheden die onverenigbaar waren met het beginsel dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht (*R.W.*, 1983-84, 1480). Het arrest spreekt niet van misbruik van recht. Het had mogelijk kunnen spreken van misbruik van contractueel beding (clausules in plaats van droits), wat overbodig is wanneer men over een duidelijke wetsbepaling, nl. 1134, derde lid, beschikt, en grondt de uitspraak dan ook rechtstreeks op de goede trouw. Het cassatiearrest van 19 september 1983 herformuleerde de stelling als misbruik van contractueel recht, om zo de bepaalde en beperkte criteria van rechtsmisbruik toe te

passen, en heeft daardoor een kans gemist.

Het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Gent, met zijn normatieve formulering «volgens de eisen der redelijkheid» heeft deze kans niet gemist.

Matthias-Edward Storme
Aspirant N.F.W.O.

VREDEGERECHT TE ANTWERPEN

4e KANTON — 28 MAART 1984

Rechter: de h. Valvekens

Advocaten: mrs. Verschuere en Van Kildonck

Verzekering — Aanbod — Verzekeringsvoorstel.

Een door de toekomstige verzekeringnemer ondertekend verzekeringsvoorstel levert nog geen verzekeringsovereenkomst op.

N.V. E. t/ S.

Eisende partij vordert de op 9 april 1981 en 1982 vervallen premie op polis nr. 6.326.932 «Persoonlijke tegen Lichamelijke Ongevallen». Qua cijfers bedraagt de vordering $10.661 + 10.611 = 21.272$ fr.

Ter zake wordt door eiseres de fotokopie van een door verweerder ondertekend verzekeringsvoorstel voorgebracht, met de diverse door verweerder beantwoorde vragen en opgave der te voorziene waarborgen bij overlijden, blijvende en tijdelijke invaliditeit en ten slotte de behandelingskosten met berekening der verschuldigde premie.

In fine van dit document staat te lezen dat «de ondergetekende (verweerder) zich verplicht de polis te aanvaarden, er een exemplaar van te ondertekenen en de premie met haar bijhorigheden te betalen».

Procespartijen betwisten niet dat nooit een verzekeringspolis werd ondertekend. Er is zelfs geen bewijs dat een polis aan verweerder werd bezorgd. Wel zijn er diverse ingebrekestellingen geweest tot betaling der vervallen premie.

Eiseres argumenteert terecht dat het litigieuze voorstel uitsluitend verband houdt met een te onderschrijven verzekeringsovereenkomst «Persoonlijke tegen Lichamelijke ongevallen» en dus geen overeenkomst levensverzekering, wat niet alleen blijkt uit de uitdrukkelijke bewoordingen van het voorstel, maar eveneens uit de gewaarborgde risico's die weliswaar de uitkering voorzien bij overlijden, maar blijkbaar enkel bij overlijden door ongeval zodat de bepaling van art. 35 K.B. 17 juni 1931 op litigieuze betwisting niet van toepassing is.

Eiseres besluit tot de gegrondheid van haar vordering, verwijzend naar de verbintenis van verweerder, opgenomen in het verzekeringsvoorstel in de volgende termen: «De ondergetekende verplicht zich de polis te aanvaarden, er een exemplaar van te ondertekenen en de premie met haar bijhorigheden te betalen»;

Verweerder bestrijdt deze argumentatie en ontkent het bestaan van een verzekeringsovereenkomst, aanvoerend dat het litigieuze voorstel die kwalificatie niet heeft.

Met de argumentatie van verweerder dient te worden ingestemd en dienaangaande moet het volgende worden onderstreept.

Verweerder blijkt geen kennis te hebben genomen van de algemene polisvoorwaarden, aangezien hem nooit een polis werd bezorgd en hij er dus materialiter geen kennis van kon nemen.

Bovendien blijkt eiseres zelf volgens de voorgelegde kopie van het document, waarop zij haar vordering grondt, de polis zelf als het werkelijk bewijs der overeenkomst te beschouwen, aangezien ze aan de onderschrijver van het voorstel de verplichting oplegde de polis te aanvaarden en er een exemplaar van te ondertekenen, terwijl ze de verweerdens nooit in de gelegenheid heeft gesteld zulks al dan niet te doen; in elk geval is hiervan het bewijs niet geleverd.

Ten overvloede moet ook gezegd worden dat de vraag rijst hoe de onleesbare handtekening onder «De Productent» werkelijk de verbintenis van de maatschappij ten genoegen van recht kan bewijzen.

Uit het voorafgaande dient dus te worden besloten dat er ter zake geen rechtsgeldig bewijs bestaat van de verbintenissen van beide partijen en de voorgebrachte documenten het niet mogelijk maken de vordering van eiseres toe te wijzen. (...)

NOOT—Dat een verzekeringsvoorstel nimmer een aanbod uitmaakt dat bij aanvaarding door de aspirant-verzekeringnemer de overeenkomst zou doen ontstaan, zoals soms categorisch wordt beweerd (bv. Rb. Luik, 12 maart 1975, *De Verz.*, 1975, 817), kan in zijn algemeenheid niet worden volgehouden. Zoals veelal in het contractenrecht hangt alles af van de omstandigheden van het geval en m.n. van de vraag of de aspirant-verzekeringnemer bij het ondertekenen van het voorstel al dan niet op de hoogte is van alle essentiële bepalingen van de polis. Een overeenkomst komt immers niet tot stand indien de inhoud ervan te onbepaald is, d.w.z. niet bepaald is of niet bepaalbaar is volgens objectieve elementen (bv. Rb. Antwerpen, 7 januari 1982, *R.W.*, 1984-85, 678). Indien bijvoorbeeld het bedrag van de premie of de precieze omvang van het verzekerd risico nog niet werden bepaald, of indien, zoals in het hier besproken vonnis, de aspirant-verzekeringnemer niet op de hoogte was van de polisvoorwaarden, dan bevindt men zich nog steeds in het stadium van de voorbesprekingen en komt geen overeenkomst tot stand (zie bij R. Kruithof, H. Moons en C. Paulus, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 452, nr. 11; S. Fredericq, H. Cousy en J. Rogge, «Overzicht van rechtspraak (1969-1978). Verzekeringen», *T.P.R.*, 1981, 377, nr. 5; G. Schrans, «De progressieve totstandkoming der contracten», *T.P.R.*, 1984, 5, nr. 3; L. Cornelis, «Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten», *T.B.H.*, 1983, 11, nr. 6; R. Vandeputte, *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, Antwerpen, 1978, 45).

E.D.

RECHTEN VAN DE MENS

Het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van uitgaande en binnenkomende oproepen

1. Op 2 augustus 1984 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in voltallige terechtzitting een arrest uitgesproken in een zaak waarin de bescherming van het telefoongeheim centraal stond. (Zaak Malone, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 82).

Nu de behandelde kwesties precies het voorwerp uitmaken van het op 10 november 1983 ingediende wetsontwerp tot bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer (*Parl. St.*, Kamer, 1983-84, nr. 778-1), spreekt het vanzelf dat dit arrest ook voor ons van belang kan zijn.

A. Feiten en procedure

2. De klager in de zaak, James Malone, was een Engelse antiekhandelaar, die beschuldigd was van heling van gestolen goederen. Tijdens de behandeling van zijn zaak — die zou uitlopen op een vrijspraak — kwam aan het licht dat een bepaald telefoongesprek dat hij gevoerd had, door de politie was afgeluisterd, op bevel van de minister van Binnenlandse Zaken. Daarop stelde Malone voor de burgerlijke rechter een aansprakelijkheidsvordering in tegen het hoofd van de plaatselijke politie, op grond dat het af luisteren onwettig was. Hij voerde overigens aan dat hij niet slechts die ene keer was afgeluisterd, maar dat zulks regelmatig het geval was geweest, zelfs na zijn vrijspraak. Bovendien beschuldigde hij de telefoondienst ervan alle nummers die hij op zijn toestel draaide, te registreren en aan de politie door te geven.

De vordering van Malone werd op 28 februari 1979 verworpen door Sir Robert Megarry, ondervoorzitter van de Chancery Division van de High Court (Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (nr. 2), *All England Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 620, en *Weekly Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 700). Deze magistraat was van oordeel dat het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van opgeroepen telefoonnummers door het interne Engelse recht niet verboden, en derhalve toegelaten waren. De vordering werd op die grond afgewezen.

Opmerkelijk is evenwel dat het vonnis ook rekening hield met het Europees Verdrag over de rechten van de mens, meer bepaald met artikel 8, dat het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling waarborgt. Volgens Sir Robert Megarry waren de genoemde praktijken *strijdig* met het Verdrag; evenwel werd die conclusie voor het geschil irrelevant geacht, omdat het Europees Verdrag in de Engelse rechtsorde geen directe werking heeft.

Daarop diende Malone een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, die op haar beurt de zaak aanhangig maakte bij het Hof. Dat die zaak in Engeland nauwlettend gevolgd werd, blijkt o.m. uit het feit dat (voor de eerste maal) gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid om voor het Hof als «amicus curiae» op te treden: aan een vakbond van technici en ingenieurs van de telefoondienst werd toestemming verleend om schriftelijk een standpunt mede te delen.

B. De inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling

3. Het Hof bevestigde wat het reeds vroeger beslist had: telefoongesprekken behoren tot het «privé-leven» en de «briefwisseling», in de zin van artikel 8, lid 1, van het Europees Verdrag. Het aftappen van telefoonlijnen en het registreren van opgeroepen nummers zijn dan ook «inmengingen» in het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling (Zie arrest van 6 september 1978, Klass, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 28, p. 21, § 41. Zie in dezelfde zin, Cass., 24 mei 1983, elders in dit nummer).

Bovendien bestaat die inmenging niet alleen bij een *effectieve* aftapping resp. registrering, maar vormt een *systeem* van *geheime* controle van telefoongesprekken op zich reeds een dergelijke inmenging, zelfs buiten elke effectieve toepassing op een betrokkene (Cf. arrest Klass, *o.c.*, *l.c.*). Het Hof achtte het ten deze, waar een dergelijk systeem aan de orde was, niet nodig in feite te onderzoeken of en in welke mate Malone's telefoongesprekken afgeluisterd of geregistreerd waren: voldoende was vast te stellen dat hij behoorde tot een categorie verdachten op wie dergelijke maatregelen konden worden toegepast.

C. De verantwoording van de inmenging

4. Volgens artikel 8, lid 2, is een inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven en de briefwisseling slechts toegestaan, «voor zover (zij) bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen».

Het Hof moest dan ook nagaan of de aangeklaagde inmengingen op grond van de geciteerde bepaling konden worden verantwoord.

1. «Bij de wet voorzien»

5. Met aanhaling van zijn vroegere rechtspraak, bevestigde het Hof twee beginselen. In de eerste plaats omvat de «wet», in de zin van artikel 8, lid 2, niet alleen de formele wet, maar moet daartoe ook het ongeschreven recht worden gerekend (arrest van 26 april 1979, Sunday Times, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 30, p. 30, § 47); in de tweede plaats houdt het vereiste van artikel 8, lid 2, in dat de litigieuze inmenging een rechtsgrond moet hebben in het interne recht (arrest van 25 maart 1983, Silver, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 61, p. 33, § 86). Uit die beginselen moet afgeleid worden dat de inmenging moet steunen op een norm die voldoende *toegankelijk* is voor de burger, en die bovendien voldoende *precies* is, opdat de burger zijn gedrag daarop kan afstemmen (Arrest Sunday Times, *o.c.*, p. 31, § 49; arrest Silver, *o.c.*, p. 33, §§ 87-88).

Dit geldt des te meer wanneer de inmenging in het geheim gebeurt. In dat geval moet de wet voldoende duidelijk zijn, om aan een ieder de omstandigheden en de voorwaarden aan te geven, waarin de overheid gemachtigd is om in het privéleven in te dringen.

Anderzijds is het niet onverenigbaar met artikel 8, lid 2,

dat de interne wet ter zake een zekere *beoordelingsbevoegdheid* verleent aan de overheid, voor zover die bevoegdheid niet onbeperkt is. De voorwaarden en modaliteiten voor de inmenging moeten namelijk zo duidelijk omschreven worden als nodig is voor een doelmatige bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden.

Dit toepassend op de voorliggende zaak, was het Hof van oordeel dat het Engelse recht de litigieuze inmengingen weliswaar niet verbood, maar dat zulks niet voldoende was om die inmengingen te verantwoorden vanuit het oogpunt van het Europees Verdrag. Op grond van een minutieus onderzoek van de wetgeving en van de tegenstrijdige zienswijzen van de partijen, kwam het Hof inderdaad tot de conclusie dat het interne recht «duister en vatbaar voor uiteenlopende interpretaties» was. In die omstandigheden kon niet met voldoende zekerheid en duidelijkheid gezegd worden welke de grenzen en de modaliteiten waren van de aan de overheid toekomende beoordelingsmacht, zodat de minimale bescherming tegen het overheidsoptreden ontbrak.

Eenparig besliste het Hof dan ook dat de litigieuze inmengingen niet «bij de wet voorzien» waren, in de zin van artikel 8, lid 2, zodat artikel 8 geschonden was.

6. Naar Belgisch recht wordt van overheidswege traditioneel gezegd dat het *afluisteren* van telefoongesprekken in elk geval en voor een ieder, ook voor de overheid, verboden is, op grond van de artikelen 17 t.m. 20 van de wet van 13 oktober 1930 tot coördinatie der verschillende wetbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad. Wat het *registreren* van nummers betreft, dat in de wet niet geregeld is, wordt aanvaard dat gegevens als het tijdstip en de duur van een verbinding en het nummer van de opgeroepene moeten worden meegedeeld aan een *onderzoeksrechter* die daartoe opdracht geeft. Deze opvatting blijkt uit een omzendbrief van de minister van Justitie van 17 augustus 1923 (omzendbrief nr. 1989, met bijlage, *Verz. omzendbrieven Min. Just.*, 1923, 279), waarnaar in het recente verleden herhaaldelijk verwezen werd (zie o.m. de antwoorden van de minister van Justitie, *Parl. Vr. en Antw.*, Senaat, 1980-81, 2 december 1980, 262 (vr. Lagasse); Kamer, 1982-83, 12 april 1983, 1839 (vr. Desutter); Senaat, 1982-83, 21 juni 1983, 1420 (vr. Van Puymbroeck)). Overigens zij aangestipt dat de R.T.T., op verzoek van een *abonnee*, ook de nummers van de uitgaande oproepen van diens toestel, evenals die van de binnenkomende oproepen kan noteren, en aan de betrokken abonnee kan meedelen.

(Zie antwoord van de staatssecretaris voor P.T.T., *Parl. Vr. en Antw.*, Kamer, 1982-83, 28 juni 1983, 2970 (vr. Kuijpers)).

In een recente studie heeft A. De Nauw erop gewezen dat de strenge interpretatie van de minister van Justitie wordt bijgevalen door verschillende auteurs (M. Denys, J. Hoefler, J. Matthys, J. Velu en J. D'Haenens), doch anderzijds — gedeeltelijk — betwist wordt door een aantal auteurs (H. Bekaert, A. Vandeplas), die van oordeel zijn dat het voor een *onderzoeksrechter* toegestaan is bevel te geven tot het afluisteren van telefoongesprekken (A. De Nauw, «Het afluisteren van telefoongesprekken op bevel van de onderzoeksrechter», *R.W.*, 1982-83, (2369), 2376-2377, nrs. 6-7. *Adde*, in de zin van de ministeriële interpretatie, E. Guldix, «Schending van de privacy door afluistering», noot onder *Corr. Turnhout*, 24 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, (2112), 2117, nr. 9; J. Messine, «La vie privée et le droit de la preuve en

matière pénale», *Ann.Dr.Lv.*, 1984, (403), 416).

De rechtspraak verschaft over het probleem van het afluisteren van telefoongesprekken, op bevel van de onderzoeksrechter, geen duidelijke aanwijzingen (Vgl., i.v.m. het ontbreken van bewijswaarde van bekentenissen door een *particulier* «afgeluisterd» en op band opgenomen, Cass., 29 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 272). Weliswaar heeft het Hof van Cassatie in het algemeen beslist dat de onderzoeksrechter alle verrichtingen mag uitvoeren, «die noch wettelijk verboden, noch met de waardigheid van zijn functies onverenigbaar zijn» (Cass., 2 mei 1960, *Arr. Verbr.*, 1960, 783). Bovendien heeft het Hof recent beslist dat de Nederlandse wet, die het afluisteren op bevel van een rechter-commissaris toestaat, «als zodanig niet strijdig is met de principes die de Belgische wetgever als essentieel beschouwt voor het vrijwaren van de Belgische morele, politieke of economische orde», en dat de aldus verkregen gegevens wettig tot bewijs in een strafproces in België mogen dienen (Cass., 24 mei 1983, elders in dit nummer). Hoewel uit het laatste arrest een onmiskenbaar gunstig vooroordeel t.a.v. het afluisteren van telefoongesprekken op rechterlijk bevel valt af te leiden, is toch niet zonder meer duidelijk dat uit beide arresten samen zou moeten besloten worden dat het de Belgische onderzoeksrechter geoorloofd is telefoongesprekken af te luisteren (In Frankrijk, waar evenmin een uitdrukkelijke wettelijke machtiging bestaat, werd geoordeeld dat de onderzoeksrechter wettig opdracht kan geven tot het aftappen van de telefoonlijn van een gedetineerde verdachte (Cass. fr., 9 oktober 1980, met noot J. Pradel, *D.*, 1981, 332, en met noot G. di Marino, *J.C.P.*, 1981, II, nr. 19.578).

7. Wat er ook van zij, er kan moeilijk ontkend worden dat er geen «toegankelijke en precieze» normen zijn, die het afluisteren van telefoongesprekken op bevel van de rechterlijke overheid regelen. (Wat de andere overheden betreft, is er een algemeen aanvaard verbod.) Zelfs als een dergelijk afluisteren naar intern recht niet verboden zou zijn — wat op zijn minst een betwistbare stelling is —, dan nog zou het in geen geval «bij de wet voorzien» zijn, in de zin van artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag. Het afluisteren moet in die omstandigheden dan ook strijdig worden geacht met het recht op eerbiediging van het privéleven en de briefwisseling (In dezelfde zin, A. De Nauw, *o.c.*, 2378-2380, nr. 8. Vgl. H.R., 10 april 1979, met noot Th. W. v(an) V(een), *N.J.*, 1979, nr. 374; *Cour sup. just.* G.-H. Luxemburg, 2 april 1980, *J.T.*, 1980, 489).

Hetzelfde geldt t.a.v. het registreren, in opdracht van de onderzoeksrechter, van de nummers die op een bepaald toestel worden opgeroepen, of die zelf een bepaald nummer oproepen (*Contra*: A. De Nauw, *o.c.*, 2380, nr. 8). Weliswaar wordt die praktijk uitdrukkelijk toegelaten door de bovenvermelde omzendbrief van 17 augustus 1923, maar nergens wordt bepaald in welke gevallen de onderzoeksrechter bevel zou kunnen geven tot een dergelijke maatregel, noch met welke waarborgen zij omgeven wordt.

De wettigheid van het registreren van nummers op verzoek van een abonnee wordt anderzijds op zichzelf betwist (Rb. Luik, 6 maart 1984, *Jur. Liège*, 1984, 219).

Het reeds genoemde wetsontwerp tot bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer biedt, althans in zekere mate, een wettige grondslag voor de besproken aantastingen van het telefoongeheim. Volgens de arti-

kelen 6 en 7 zouden, in bepaalde gevallen, een aantal ministers resp. de onderzoeksrechter of de procureur des Konings opdracht kunnen geven om telefoongesprekken *af te luisteren*; die bepalingen roepen verder een controle door een rechterlijke «Raad voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer» resp. de onderzoeksgerechten in het leven.

Gelet op de beslissing van het Europees Hof in de zaak Malone, zou het aanbeveling verdienen om eveneens precieze regels te formuleren voor het *registreren* van telefonische oproepen, niet alleen op verzoek van een rechterlijke of bestuurlijke overheid, maar ook op verzoek van een abonnee.

2. De noodzaak van de inmenging

8. Het is niet voldoende dat een inmenging in het privéleven en de briefwisseling «bij de wet is voorzien»; die inmenging moet bovendien nodig zijn, «in een democratische samenleving», om een of meer van de in artikel 8, lid 2, opgesomde doeleinden te bereiken.

Hoewel het Hof reeds beslist had dat de litigieuze inmengingen niet bij de wet voorzien waren, en zij dus in geen geval nog als geoorloofd konden worden beschouwd, hechtte het eraan om m.b.t. de «noodzaak» van een maatregel, «in een democratische samenleving», nog een belangrijk beginsel in herinnering te brengen.

Weliswaar erkende het Hof dat het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van telefoonnummers nodig konden zijn, ter bescherming van de openbare orde en ter voorkoming van strafbare feiten. Aldus schaarde het Hof zich achter de stelling van de regering van het Verenigd Koninkrijk, volgens welke het af luisteren «onmisbaar» was geworden voor een moderne misdaadbestrijding (Zie reeds arrest Klass, o.c., p. 23, § 48). Het Hof benadrukte echter dat die maatregelen, opdat zij nog aanvaardbaar zijn in een democratische samenleving, vergezeld moeten gaan van waarborgen tegen misbruiken, d.w.z. overdreven inmengingen (Zie eveneens arrest Klass, o.c., pp. 23-24, §§ 49-50). Het Hof achtte het ten deze evenwel niet nodig om verder te onderzoeken of het Engelse recht die waarborgen bood. (Zie voor een verder doorgedreven analyse, steunend o.m. op rechtsvergelijkende gegevens, de «concurring opinion» van de Franse rechter Pettiti.)

9. Het Hof bevestigde m.a.w. dat de wettigheid zelf van een systeem van geheime af luisterpraktijken afhangt van het bestaan van ernstige en doeltreffende waarborgen ter bescherming van het individu.

Het geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 24 mei 1983 lijkt dit aspect over het hoofd te zien. Het Hof concludeerde daarbij immers tot de verenigbaarheid van het af luisteren van telefoongesprekken met artikel 8 van het Europees Verdrag op de enkele grond «dat de inmenging van het openbaar gezag ten deze 'bij de wet was voorzien' en nodig was onder meer om de openbare orde te beschermen en strafbare feiten te voorkomen». Over het bestaan van controlemaatregelen of waarborgen tegen overdreven inmengingen wordt in het arrest met geen woord gerept.

Paul Lemmens

BOEKEN

R.H. DONKERS en J. VAN DER KOLK, *Het E.E.G.-milieurecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 38 blz.

In dit verslag van de zesde ledenvergadering van de (Nederlandse) Vereniging voor Milieurecht op 29 mei 1984 zijn opgenomen de inleidingen van Donkers en Van der Kolk, en een samenvatting van de daarop volgende discussie.

Donkers beschrijft achtereenvolgens het institutionele stelsel van de Europese Gemeenschap, de juridische instrumenten voor een communautair milieubeleid (artikelen 30-36, 100 en 235), en de taak van de nationale wetgevers.

Van der Kolk bespreekt de noodzaak en de grondslag van het Europese milieubeleid en de communautaire maatregelen en formuleert enkele concrete aanbevelingen ter zake.

Tijdens de discussie werd vooral aandacht besteed aan de uitvoering van de E.E.G.-richtlijnen in de nationale rechtsorde.

L.P.S.

M. SCHELTEMA, e.a., *De partijdige wetgever*, Kluwer, Deventer, 1984, 42 blz.

Dit boekje geeft een overzicht van een symposium over de toekomst van de rechtswetenschap; het bevat een inleiding door M. Scheltema, korte reacties van Van Brunshot, Van Buuren, Franken, Koeman, en Kuitenbrouwer, en een weerwoord van Scheltema.

De hoofdstelling is dat, terwijl in de laatste decennia het aantal wettelijke bepalingen sterk is toegenomen, de rechter zich minder strikt door de wet laat leiden dan vroeger het geval was. Scheltema acht dit een juiste evolutie: de rechter moet het bestuurscentrisme — d.i. het bestuur redeneert in te sterke mate vanuit de eigen positie — corrigeren, aansluitend bij algemene rechtsbeginselen. Tegelijkertijd moet ook in de structuur van de wetgeving en het wetgevingsproces de eenzijdigheid worden tegengegaan. Met name bepleit Scheltema de invoering van algemene regels van bestuursrecht.

Van Brunshot is van oordeel dat «de rechter zich nog onvoldoende bewust (is) van de agressievere houding van de belastingdienst bij de uitvoering van de belastingwetgeving» (p. 22).

Van Buuren deelt de mening van Scheltema slechts in geringe mate; hij meent dat er geenszins aanleiding is te vrezen voor een overaccentuering van de bevoegdheden van het bestuur.

Franken wijst erop dat bij het strafprocesrecht de wetgever en de rechter in dezelfde richting hebben gewerkt: beiden in de richting van de bescherming van het individu.

Koeman vestigt de aandacht op het feit dat in het burgerlijk recht — met name het Nieuw Burgerlijk Wetboek — vage normen soms al te harde regels corrigeren.

Ten slotte schrijft Kuitenbrouwer: «Het accent op de rechter — in de verwachting dat hij ernst maakt met de door Scheltema aangeduide armslag ten opzichte van de strikte wet — doet recht aan de geschakeerdheid die deze problemen in de werkelijkheid vertonen» (p. 37).

Moet in concreto recht worden gedaan «zelfs in strijd met de geschreven regel» (p. 34)?

Mijn antwoord is duidelijk: neen. De passage, die mij in het hele boek het meest aanspreekt, is van de hand van H. Franken: «Men hoede zich echter voor een vlucht in rechtsbeginselen. Dan zou men in de euforie van deze hoge waarden in ons rechtssysteem de beginselen in een inflatiespiraal kunnen brengen. De verwachting, die dan optreedt, moeten we voorkomen» (p. 29).

L.P. Suetens

H.D. TJEENK WILLINK, *De mythe van het samenhangend overheidsbeleid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 26 blz.

Tekst van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar «politieke en bureaucratische be-

sluitvorming» aan de Katholieke Hogeschool Tilburg op 1 november 1984.

Samenhang is een probleem van de overheid geworden, dat aan de top wordt gelokaliseerd. Voor de oplossing van dat probleem worden voorstellen gedaan die gericht zijn op de samenhang bij de beleidsvorming door ministers en ambtenaren. Die voorstellen, die uitgaan van drie onjuiste vooronderstellingen — eenheid van het regeringsbeleid, bureaucratische rationaliteit en uniformiteit — leveren betrekkelijk weinig op.

Wat vereist is, is een versterking van het onderling verband tussen:

- beleidssectoren bij de beleidsvorming (o.m. door een betere informatie over maatschappelijke ontwikkelingen aan ministers);
- de instanties, die het beleid uitvoeren (meer aandacht voor beleidsuitvoering en politieke controle daarop);
- de behoeften van burgers en eisen die uit de maatschappelijke ontwikkelingen voortkomen.

L.P.S.

LODE CLAES, **De afwezige meerderheid**, Davidsfonds, Leuven, 1984.

Politieke essays zijn in Vlaanderen vrij zeldzaam. Zelfs indien één zwaluw nog geen zomer maakt, stemt het toch hoopvol dat het hier besproken werk rechtstheoretisch en sociaal-economisch Europees niveau heeft. Zelden is de problematiek van de Vlaamse beweging zo nuchter wetenschappelijk ontleed. De afwezige meerderheid is geen boek dat men gewoon leest en terzijde legt; het is veeleer bestemd om de bezinning over de besproken problematiek uit te lokken. Weinigen zullen het met de auteur over alles eens zijn, maar velen zullen ongetwijfeld met grote belangstelling kennis nemen van zijn standpunten.

Het essay stoeit op rechtstheoretische en sociaal-economische criteria. Het basisgegeven waarvan wordt uitgegaan, is de ongelijke verdeling van de politieke macht over de twee helften van België, welke door de recente staatshervorming, volgens de auteur, wegens het prijsgeven van het democratisch beginsel van de meerderheidsregel wordt bestendigd. Centraal staat het probleem van de identiteit van de Vlaming als Belgische staatsburger. België immers is geen echt land, maar slechts een gebied, een tussengebiet. De Belgische ideologie is derhalve in de eerste plaats een rationalisering van geografische gegevens. Vanzelfsprekend hecht de auteur veel belang aan het gewicht van de geschiedenis. Inzonderheid de twee wereldoorlogen. Hierover schrijft Lode Claes beslist belangwekkende bladzijden. Merkwaardig is eveneens de analyse van de vijf grote binnenlandse crisissen: de neutraliteitspolitiek in 1935, de zogenaamde koningskwesie, de schoolcrisis, de revolutionaire stakingen in 1960 en het Egmontpact van 1977-78. In een laatste deel bespreekt de auteur een aantal fundamentele aspecten van het conflict tussen de twee grote cultuur- en taalgemeenschappen.

De ondertoon van het betoog is veeleer pessimistisch. Volgens de auteur schiet de Vlaamse elite schromelijk te kort en is de Vlaamse politieke klasse er niet in geslaagd van haar numeriek politiek en economisch overwicht, voor de uitbouw van de Vlaamse Gemeenschap, voldoende gebruik te maken. Deze opinie blijkt duidelijk uit één enkel citaat van het werk: «De huidige Vlaamse bovenlaag is in haar economisch segment akkwisitief, in haar cultureel segment plagiair, in haar politiek segment konformist, in haar mediokratisch-bureaucratisch segment serviel, in haar geheel niet integratief.» Hoe moet het dan wel? Daar de tijd voor de Vlamingen werkt in de Belgische natie, moeten de Vlamingen resoluut weigeren ook maar iets te doen of enige nieuwe verbintenissen aan te gaan. De politieke toekomst ligt, voor de Vlaamse Gemeenschap, in het herstel en het wederzijds respect van de werkelijke machtsverhoudingen. Dat zulks een werk van lange adem wordt, geeft de auteur toe. De Vlamingen moeten de abdicatie eindigen, want er zijn nu 60 Vlamingen op 100 Belgen.

Voor een constitutionalist roept het hier besproken boek vele fundamentele vragen op, welke de auteur — terecht — onbeantwoord laat. Kan in een federaal België aan het virulente antagonisme tussen de twee gemeenschappen een einde worden gemaakt? Is een federaal staatsbestel met een absoluut overwicht van één van

de twee grote componenten als politiek georganiseerd staatsbestel leefbaar? Hoe moet het overleg tussen de twee gemeenschappen worden georganiseerd en welke instelling moet in zulk een politieke organisatie uiteindelijk aan politieke en juridische conflicten een einde maken? Al deze fundamentele vragen rijzen bij de lectuur van het werk. Lode Claes zal ongetwijfeld de Vlaamse elite doen nadenken en dat is een eerste positief resultaat. Een zaak staat als een paal boven water: onze politici kunnen de hier besproken problematiek niet lang meer uit de weg gaan. Het niet beantwoorden van de gerezen vragen zou wel eens het einde van het land kunnen betekenen.

Prof. R. Senelle
R.U.G.

H.C.F. SCHOORDIJK, **Mede-eigendom. Gemeenschap. Rechtspersoonlijkheid. Een studie naar aanleiding van de gemeenschapstitel — 3.7 — van het nieuw B.W.**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1983, XIV + 188 blz.

Onder de talrijke publikaties over het nieuw Nederlands Wetboek is Schoordijks werk een blikvanger. Het brengt een bijna artikelsgewijze commentaar van een van de moeilijkste onderwerpen uit het nieuw B.W. Schoordijk gaat hierbij geen vragen uit de weg en spaart evenmin de wetgever met zijn kritiek.

De eerste hoofdstukken behandelen het begrip gemeenschap die wordt onderverdeeld in de eenvoudige gemeenschap die uitmondt in vrije medeëigendom en de gemeenschap van een algemeenheid van goederen. Deze resulteert in gebonden medeëigendom en vertoont rechtspersoonlijkheidstreken (blz. 19) aangezien ze door een afgescheiden vermogen wordt gekenmerkt.

Het begrip algemeenheid van goederen is volgens Schoordijk door de wetgever te vaag gehouden: goederen en schulden kunnen samen als algemeenheid van goederen het voorwerp van een rechtsverhouding zijn indien zij *volgens de verkeersopvatting* bijeenhoren.

In de volgende hoofdstukken worden onderzocht: de positie van de schuldeisers van een gemeenschap van algemeenheid van goederen, de positie van de privé-schuldeiser en van een deelgenoot, het bestuur van de gemeenschap, genot, gebruik en beheer, de overdraagbaarheid van een aandeel.

De laatste hoofdstukken zijn aan de verdeling gewijd. Hier valt vooral de ruime rol op die aan de rechter wordt toebedeeld. Deze kan overeenkomsten om ten hoogste voor een termijn van vijf jaar in onverdeeldheid te blijven, wijzigen of buiten werking stellen wegens onvoorziene omstandigheden (blz. 128). Als een deelgenoot iedere medewerking aan de verdeling weigert, dan benoemt de rechter een zgn. onzijdig persoon die over de scheiding onderhandelt (blz. 132 e.v.). Deze persoon die niet noodzakelijk een notaris is maar bv. ook een fiscalist kan zijn, krijgt ruime bevoegdheden onder controle van de rechter. Deze laatste kan de verdeling doorvoeren en moet daarbij naar billijkheid rekening houden met de belangen van de partijen en met het algemeen belang. Dit laatste element dat in de Kamer op verzet stootte, wordt door Schoordijk positief geëvalueerd. Het moet bv. de rechter de mogelijkheid bieden om bij de toedeling van een bedrijf met de continuïteit van de bedrijfsvoering rekening te houden (blz. 143-144). De rechter kan tevens in ruime mate van de verdeling *in natura* afwijken (blz. 144-145).

Het boek sluit af met een uitgebreide bibliografie en registers.

Schoordijks kritisch boek, dat bij wijlen moeilijk leest, biedt een beknopte maar uitstekende commentaar van een in België weinig besproken onderwerp.

W. Pintens

M.J.A. VAN MOURIK e.a., **Het huwelijk**, in Boekenreeks familie- en jeugdrecht, nr. 1, Tjeenk Willink, Zwolle, 1984.

De zeer actieve Nederlandse Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht geeft sedert enkele jaren het zeer verdienstelijke *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* uit, dat de studie van en het denken over het Nederlands familierecht sterk gestimuleerd heeft.

Thans start de Vereniging met een boekenreeks. Het eerste deel bevat de verslagen voor een studiedag over het huwelijk die einde 1984 in Amsterdam werd gehouden. De bundel bevat een dertiental bijdragen: het huwelijk (Van Mourik), het huwelijk als relatie en als instituut (Hoefnagels), het huwelijk in de sociale beweging (Weeda), de betekenis van de geschiedenis van het huwelijk voor de toekomst van het wettelijk huwelijk (Dijk), bestuursrechtelijke aspecten en gevolgen van het huwelijk (Polak), formele aspecten van de huwelijksvoltrekking (Kampers), over het huwelijk (Minkenhof), het huwelijk als juridische paradox (Elders), iets over het huwelijk als overeenkomst; een enkele opmerking over huwelijk en vermogensrecht (Schoordijk), het kind en zijn ouder(s) (Hammerstein-Schoonderwoerd), huwelijk en belastingenrecht (Giele), huwelijk en sociale-verzekeringsrecht (Mobach), huwelijk en verdragsrecht (Alkema), de toekomst van het wettelijk huwelijk in België (Pauwels) en Die Ehe in der Bundesrepublik Deutschland (Schwab).

In het raam van een beknopte bespreking kan ik slechts op enkele bijdragen ingaan. Van Mourik poogt een totaalbeeld van de juridische relatieproblematiek te projecteren (blz. 3). Hij wijst op het polyvalente karakter van het huwelijk als instituut, als ordeningsmiddel, de zedelijke lading, het individualiseringsmodel waarbij hij zich afzet tegen een overheidsbeleid dat erop gericht is economische zelfstandigheid van elke echtgenoot af te dwingen (blz. 10).

Voor Hoefnagels is de crisis van het huwelijk (voor het eerst registreerde de ambtenaar van de burgerlijke stand in Amsterdam meer echtscheidingen dan huwelijken, Kampers bz. 70) van culturele en structurele aard. Verburgerlijking en verstatelijking zetten het huwelijk onder druk. Hoefnagels pleit vooral voor terughoudendheid van de staat en opteert terecht voor een grotere privatisering door bv. een uitbreiding van de mogelijkheid om overeenkomsten te sluiten.

Schoordijk pleit voor een ontkoppeling tussen huwelijk en vermogensrecht. De waardering voor het huwelijk zal toenemen indien de vermogensrechtelijke voordelen worden gerelativeerd. Schoordijk waarschuwt m.a.w. tegen de verleiding om het huwelijk te begunstigen, een gevaar waar wij in België nog echt niet aan toe zijn.

De meeste bijdragen gaan tevens in op andere samenlevingsvormen dan het huwelijk. Dit is ook het geval voor prof. Pauwels, die in zijn Belgische bijdrage terecht pleit voor de erkenning van de keuzevrijheid tussen samenleving in en buiten het huwelijk. Principieel verklaart hij zich voorstander van een erkenning zonder wettelijke regeling van het ongehuwd samenwonen. Samenwonenden willen immers hun relatie juridisch zo vrijblijvend mogelijk houden (blz. 184). Toch opteert hij voor een dwingende regeling van een aantal kwesties en acht hij bv. de registratie van de buiten het huwelijk samenwonenden aangewezen als voorwaarde tot het verkrijgen van bepaalde rechten inzake fiscaliteit en sociale zekerheid. Hierdoor wordt uiteraard een nieuwe categorie geschapen: samenwonenden die hun concubinaat niet laten registreren. Sociale zekerheid afhankelijk maken van registratie wijzigt wel de spelregels. Het sociaal recht wil juist inspelen op feitelijke situaties zonder ze te willen reguleren.

In een tijd waarin het zilveren huwelijk een rareiteit dreigt te worden brengt deze bundel een aantal ideeën en discussiepunten die de dialoog over het huwelijk alleen maar kunnen stimuleren.

W. Pintens

BERICHTEN

Seminarie over de internationale koop van goederen te Dubrovnik

Van 11 tot 23 maart 1985 organiseert het Inter-University Centre of Postgraduate Studies te Dubrovnik een seminarie rond de UN-Convention over de internationale koop van goederen.

De docenten zijn ondermeer: G. Conetti (Trieste), U. Drobnig (Hamburg), F. Enderlein (Potsdam), A. Goldštajn (Zagreb), J. Hellner (Stockholm), B. von Hoffmann (Trier), H. van Houtte (Leuven), H. Hoyer (Wenen), Z. Matić (Zagreb), L. Sevón (Helsinki), K. Sono (Wenen), P. Šarčević (Rijeka/Lausanne), J. Vilus

(Novi Sad) en P. Volken (Bern).

Het seminarie, met het Engels als werktal, richt zich voornamelijk tot postgraduaat studenten.

Verdere inlichtingen bij: Inter-University Centre of postgraduate studies, Frana Bulica 4, YU - 50.000 Dubrovnik, Yugoslavia en prof. Petar Šarčević, Swiss Institute of Comparative Law, Dorigny, CH - 1015 Lausanne, Zwitserland.

TIJDSCHRIFTEN

Revue trimestrielle de droit civil, 1984

nr. 2, april-juni

Philippe, C., La pratique des partages d'ascendant depuis la loi du 3 juillet 1971; Baillod, R., Le droit de repentir; Bergel, J.-L., Variétés: Différence de nature (égale) différence de régime; X., Bibliographie des ouvrages sur le droit civil et ouvrages auxiliaires; Jurisprudence française en matière de droit civil: personnes et droit de famille (Nerson, R., en Rubelin-Devichi, J.); responsabilité civile (Durry, G.); contrats spéciaux (Remy, Ph.); propriété et droits réels (Giverdon, C.); successions et libéralités (Patarin, J.); Normand, J., en Perrot, R., Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé; Gode, P., Législation française et communautaire en matière de droit privé (1er janvier-31 mars 1984).

Algemeen fiscaal tijdschrift, 1984

nr. 6-7, juli-augustus

Vanhaute, P. en De Broe, L., Verborgen winsten, liberaliteiten, niet bewezen lasten en de bijzondere aanvullende aanslag; Hinnkens, L., De rechtswaarde van de belastingcirculaire: quo vadimus?

Annales de droit de Louvain, 1984

nr. 1-2

Rigaux, F., Protection de la vie privée: questions d'actualité. Rapport introductif; Jamoulle, M., La vie privée et le droit du travail; Deom, D., La protection de la vie privée dans les relations professionnelles. Le secteur public; Lievens, S., La protection de la vie privée dans la sélection du personnel; Van Frayenhoven, G., Le respect de la vie privée et les pouvoirs d'investigation du fisc; Winandy, Ch. G., La vie privée et le patrimoine; Magrez, M., La protection de la vie privée et la situation en allocations familiales pour travailleurs salariés; Gosseries, P. en Plas, D., La vie privée et l'assurance maladie-invalidité; Gosseries, P. en Van der Vorst, P., La vie privée et l'assurance-chômage; Bonheure, M., La vie privée et les pensions; Gillain, J., La vie privée et le risque d'origine professionnelle; De Beys, X., La vie privée et les lois d'assistance sociale; Patte, M., La protection de la personnalité et le droit pénal sociale; Rasson-Rolland, A., Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir; Lambert, P., La vie privée de l'avocat et la discipline du barreau; Goffin, L., L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?; Panier, Ch., Considérations sur la situation juridique des tiers au regard des procédures disciplinaires dans les ordres professionnels; Matthys, D., La vie privée et le droit de la preuve en matière civile; Messinne, J., La vie privée et le droit de la preuve en matière pénale; Krings, E., Allocution de clôture.

Naamloze Vennootschap, 1984

nr. 4, juli-augustus

Derksen, J.H., Het jaarverslag 1983 van de Nederlandse bank; Slagter, W.J., Gebundelde actiën, Maeijer, J.M.M., Geschillen in de onderneming; Van Solinge, A.G., Regeling van de fusie van verenigingen en van stichtingen; Krens, F., Opbrengsttoerekening en realisatiebeginsel; Snijders, D., Toegevoegde waarde: Van Raalte, N., Het boedelkrediet bij surséance van betaling.