

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

XXXIIe RECHTSCONGRES GEORGANISEERD DOOR DE VLAAMSE
JURISTENVERENIGING TE ANTWERPEN (UFSIA) OP 26 APRIL 1986

LEVEN EN DOOD VAN HET CONTRACT

1. Het is opvallend dat velen zich sinds geruime tijd in de westerse wereld bezinnen over de rol en de toekomstmogelijkheden van het contract als rechtsverschijnsel. Even frappant is dat de resultaten van deze onderzoeken zeer verschillend zijn.

Sommigen beweren boudweg dat het contract al *dood* is of toch op sterven na dood is. Zo schrijft een vooraanstaand Amerikaans auteur, G. Gilmore: «We are told that Contract, like God, is dead. And so it is. Indeed the point is hardly worth arguing anymore»¹. En een andere Amerikaanse hoogleraar, Stuart Macaulay, wordt de titel toebedeeld van «Lord High Executioner of the Contract is Dead School»². Iets minder verregaand, maar toch ook zeer pessimistisch gestemd over de toekomst van het contract is de Nederlandse hoogleraar J.M. Van Dunné. Hij beschrijft de overeenkomst als «de neushoorn in het privaatrecht», m.a.w. als een bedreigde diersoort³. Weinig hoopvol was de Franse professor G. Morin trouwens reeds in 1927 toen hij sprak over «la décadence de la souveraineté du contrat»⁴; en in 1937 schreef hij dat het staatsdirigisme «opère une dénaturation si complète du contrat qu'il le fait disparaître»⁵. Bijzonder beeldrijk drukt ook de Franse auteur René Savatier zich uit; hij heeft het over «l'éclatement de la notion traditionnelle du contrat ... les débris en jonchent le sol»⁶.

Daarnaast zijn er heel wat rechtsgeleerden die weliswaar niet beweren dat de rol van het contract als rechtsfiguur geheel is uitgespeeld, maar die toch de achteruitgang of de *crisis* van de overeenkomst benadrukken. Zo schrijft prof. em. R. Vandeputte: «Klaarblijkelijk vernauwt het domein van het contract in België, vermits de meerderheid van de bevolking een patrimoniaal rechtsstatuut verkrijgt dat in ruime mate niet meer op de vrije toestemming gegrondvest is»⁷. Voorts stelt deze auteur vast «dat voor de meeste en in ieder geval voor de belangrijkste rechtshandelingen, gepleegd door de 'economisch zwakkere', het traditioneel contractenrecht van het Burgerlijk Wetboek uitgediend heeft»⁸. In zijn indrukwekkend boek *The rise and fall of freedom of contract* wijdt de Britse hoogleraar P.S. Atiyah in dezelfde zin een geheel hoofdstuk aan «the decline of contract»⁹. En moet ik hier nog herinneren aan de vele publikaties van G. Ripert over dit onderwerp? Deze auteur stelde o.m. dat «le déclin du contrat ne provient pas seulement de la limitation toujours plus étroite de son domaine; il a une autre cause: c'est la négation audacieuse de la force contractuelle»¹⁰. En hij voegde daaraan toe: «Le contrat a été, sous ces coups successifs, affaibli et dégradé»¹¹.

Lijnrecht tegenover al deze necrologieën en weeklachten staan de opvattingen van degenen die van oordeel zijn dat de overeenkomst niet alleen *springlevend* is, maar ook dat de rol van deze rechtsfiguur steeds belangrijker wordt. De Utrechtse hoogleraar E.H. Hondius bv. ziet voor het con-

¹ GILMORE, G., *The Death of Contract*, Columbus, 1974, p. 3.

² *Ibid.*, p. 105.

³ VAN DUNNE, J.M., «De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? Gedachten over beginselen van contractenrecht in de jaren tachtig», *N.J.B.*, 1980, 668.

⁴ MORIN, G., *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Parijs, 1927, p. 49 e.v.

⁵ MORIN, G., «Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts», *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, 558.

⁶ SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Parijs, 1964, p. 21-22.

⁷ VANDEPUTTE, R., «De lotsbestemming van het contract», in *Mededelingen Koninklijke Vlaamse Academie voor Letteren, Wijsbegeerte en Schone Kunsten*, 1979, Brussel, p. 10.

⁸ *Ibid.*

⁹ ATIYAH, P.S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, p. 716-779.

¹⁰ RIPERT, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Parijs, 1936, p. 311.

¹¹ *Ibid.*, p. 323.

tract een «zonnige toekomst»¹². Optimistisch is ook de Italiaanse auteur G. Alpa: «Le contrat — que certains avaient déclaré 'mort' — s'est révélé posséder une capacité extraordinaire de survie»¹³. En niet zonder sarcasme merkt de Amerikaan I. Macneil op: «Far from being dead, contract has swept the world — as a pessimist might say — like the plague»¹⁴. Deze optimistische visie is trouwens niet nieuw, want meer dan vijftig jaar geleden schreef de Fransman Louis Jossierand: «Il (le contrat) figure au nombre de ces morts qui se portent assez bien; et peut être bien que ce n'est pas de déclin, de crépuscule qu'il est question pour lui, mais bien de transformation et de renouveau»¹⁵. Tot degenen die het grote belang van het contract in onze huidige maatschappij benadrukken behoorde ook mijn leermeester prof. J. Limpens. Hij schreef: «Het contract speelt in de moderne maatschappij een ontzaglijke rol. Het vormt niet alleen de grondslag van heel het economisch leven van het land, maar het beheerst ook in aanzienlijke mate de civielrechtelijke verhoudingen, de arbeidsrelaties en zelfs menigvuldige aspecten van het staatsbeleid»¹⁶. Tot deze groep kan ook de Brusselse hoogleraar L. Simont gerekend worden waar hij «la vitalité du contrat» beklemtoont¹⁷.

Ten slotte moet hier melding gemaakt worden van degenen die van oordeel zijn dat het contract wel dood is geweest, maar nu weer *herleeft*. Enkele tijd geleden gaf de bekende «Commission Droit et Vie des Affaires» bv. een interessant boek uit onder de veelzeggende titel *Renaissance du phénomène contractuel*¹⁸. Ook in Frankrijk wordt regelmatig gewag gemaakt van «un renouveau» of «un nouvel essor du contrat»¹⁹.

Het voorgaande zal U wellicht duidelijk hebben gemaakt dat de vraag die ik hier wil behandelen, als volgt luidt: is het contract nu dood, levend of is er sprake van een heropleving van dit rechtsverschijnsel?

1. BLOEIPERIODE VAN DE THEORIE VAN DE WILSAUTONOMIE

2. Om deze controverse over de rol en de toekomst van het contract te begrijpen, moeten we teruggaan naar de fundamentele wijziging die ons recht onderging aan het einde van de 18e en in het begin van de 19e eeuw. Deze evolutie heeft de Engelse rechtshistoricus Sumner Maine

kernachtig geformuleerd als «the movement from status to contract»²⁰. Het woord «status» verwijst hier naar een rechtsselsel waarin de rechten en verplichtingen der burgers van hogerhand worden opgelegd in een statuut; «contract» daarentegen, duidt op een rechtssysteem waarin de rechten en verplichtingen door de burgers vrijelijk in afzonderlijke overeenkomsten worden opgenomen. Zo werd het statuut van slaaf of van lijfeigene in de loop der tijden vervangen door arbeidsovereenkomsten; ook het statuut van de verschillende familieleden heeft — althans ten dele — plaats moeten maken voor afspraken tussen de individuen die van die familie deel uitmaken. Men denke bv. aan de relatie tussen man en vrouw en tussen een vader en zijn meerderjarige kinderen²¹.

Die bevoegdheid van de burger of van het individu om zijn eigen rechtspositie vrij door overeenkomsten te bepalen wordt in Frankrijk en bij ons veelal aangeduid met de term «wilsautonomie»; in Duitsland spreekt men van «Privatautonomie».

Nu lijkt het geen twijfel dat de theorie van de wilsautonomie ten grondslag ligt aan het vermogensrecht zoals dat in de Napoleontische *Code civil* in 1804 is uitgewerkt. Alvorens echter wat dieper in te gaan op de vertaling van de theorie van de wilsautonomie in het positieve recht van die tijd, moeten we onderzoeken waarom die opvatting zo'n grote vlucht heeft genomen. M.a.w. waarom heeft «the movement from status to contract» plaatsgehad?

3. De beweging waarvan hier sprake strekt zich uit over een zeer lange tijdsperiode²². Zo stamt het rechtsbeginsel dat ook de louter consensuele overeenkomsten de partijen binden uit het Canonieke recht: *pacta quantumque nuda servanda sunt*²³. Deze opvatting werd echter beperkt door de leer van de «gerechte prijs», het *justum pretium*. Verder staat vast dat de School van het Natuurrecht, waartoe o.m. Hugo de Groot en Samuel Pufendorf behoorden, een wezenlijke rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van het moderne contractenrecht, m.n. door de erkenning dat de verplichting tot het nakomen van — weloverwogen — toezeggingen een van de grondbeginselen van het natuurrecht is²⁴. Daar moet echter onmiddellijk aan worden toegevoegd dat de teksten van Hugo De Groot voor het positieve Hollandse recht minder duidelijk zijn op dit punt²⁵. Hoe dan ook,

¹² HONDIUS, E.H., *Standaardvoorwaarden*, Deventer, 1978, p. 135.

¹³ ALPA, G., «L'avenir du contrat: aperçu d'une recherche bibliographique», *Rev. int. dr. comp.*, 1985, 7.

¹⁴ MACNEIL, I., *The new social contract*, New Haven, 1980, p. 71.

¹⁵ JOSSEERAND, L., «Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats», *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, 5.

¹⁶ LIMPENS, J., «De wording van het contract», in *Mededelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Brussel, 1970, p. 3.

¹⁷ SIMONT, L., «Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats», in *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, 1971, p. 500 e.v. en in het bijzonder p. 504.

¹⁸ COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, 1971, 505 p.

¹⁹ Zie m.n. VASSEUR, M., «Un nouvel essor du concept contractuel», *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, 5 e.v.; STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, Parijs, 1972, p. 340 et 346 e.v.

²⁰ MAINE, S., *Ancient Law. Its connections with the early history of society and its relation to modern ideas*, Londen, 1917, p. 100. De oorspronkelijke uitgave van dit werk dateert van 1861.

²¹ *Ibid.*, p. 99-100. Zie ook FRIEDMAN, W., *Law in a changing society*, Londen, 1964, p. 89-90; COHEN, M.R., *Law and the social order*, 1967, p. 69 e.v.

²² Zie over de historische ontwikkeling van het contract o.m. LIMPENS, J., o.c.; FEENSTRA, R. en AHSMANN, M., *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer, 1980, 92 p.

²³ Decretalen van Paus Gregorius IX uit 1234, aangehaald door FEENSTRA, R. en AHSMANN, M., o.c., p. 6. De regel bleek lange tijd overwegend van theoretisch belang te zijn, omdat de teksten van Romeins recht de toepassing in de praktijk in de weg stonden. Zoals men weet hielden het Romeinse recht en het gewoonterecht, op enkele uitzonderingen na, vast aan de eis van het formalisme bij de totstandkoming van overeenkomsten.

²⁴ Zie FEENSTRA, R. en AHSMANN, M., o.c., p. 17 e.v.

²⁵ *Ibid.*, p. 16.

traag maar zeker won de regel «belofte maakt schuld» veld.

De eigenlijke doorbraak van de theorie van de wilsautonomie dateert uit de 18e eeuw. De rechtsfilosofische en politiek-economische opvattingen van die tijd hebben daartoe ongetwijfeld bijgedragen.

Die *rechtsfilosofen* gingen uit van de *individuele vrijheid*. Aan de basis van de maatschappij staat het individu en dat individu beschikt over de rede en over een vrije wil. Het leven in de maatschappij brengt natuurlijk mee dat aan die vrijheid een aantal perken moeten worden gesteld. Opdat de vrijheid der burgers echter gewaarborgd blijve, is nodig dat die perken vrijwillig worden aanvaard door de verschillende individuen. M.a.w. de verbintenissen moeten steunen op vrijwillig gesloten contracten. Aldus zijn deze verplichtingen in werkelijkheid een uiting van de vrijheid van het individu en geen beperking van zijn vrijheid. «Puisqu'aucun homme», schrijft Jean-Jacques Rousseau in zijn *Du contrat social*, «n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes»²⁶. Volgens deze leer is de uiteindelijke bron der verbintenissen in een rechtsstaat dus niet de wet, maar de vrije wil der individuele burgers zoals die zich uit in vrijwillig gesloten overeenkomsten. Het contract dat op de wilsautonomie steunt is — aldus de leer — ook een *rechtvaardige regeling*. Zo'n contract strookt met de belangen van de betrokken partijen, want anders zouden zij die overeenkomst niet vrijwillig hebben gesloten. Ieder mens zal er wel voor waken geen nadelige transacties af te sluiten. M.a.w. ieder individu is de beste verdediger van zijn belangen. Sluit iemand toch een voor hem nadelig contract, dan is dat de prijs die hij voor zijn vrijheid moet betalen. Gezien de gelijkheid van alle individuen en het feit dat zij verschillende belangen hebben, is de wilsautonomie dus de beste garantie voor het rechtvaardig karakter van de contracten. De Franse 19e-eeuwse filosoof Fouillée drukte deze idee als volgt uit: «Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste»²⁷.

Hoe belangrijk deze rechtsfilosofische opvattingen ook geweest mogen zijn, toch hebben de *politiek-economische verhoudingen* een doorslaggevende rol gespeeld bij de doorbraak van de theorie van de wilsautonomie. Het economisch leven tijdens het *Ancien Régime* werd beheerst door drie standen, nl. adel, geestelijkheid en gilden. Met het oog op het in stand houden van hun macht hadden deze klassen het economisch verkeer op allerlei wijzen aan banden gelegd. Door de staatsmonopolies, de corporatistische reglementeringen van handel en nijverheid, de «Dode Hand» (de goederen van de Katholieke kerk die aan het economisch leven onttrokken waren) en allerlei protectionistische maatregelen werd de economische en sociale ontwikkeling op den duur sterk afgeremd. Dit lokte heftige reacties uit. In bepaalde kringen van de burgerij groeide de

overtuiging dat vooruitgang slechts mogelijk was door de invoering van een stelsel van economisch liberalisme. Uitgaande van het individueel eigendomsrecht oordeelden zij dat de vrijheid van handel, de vrijheid van mededinging, de vrijheid van arbeid en de daarmee gepaard gaande contractsvrijheid de grootst mogelijke welvaart zouden brengen voor het grootst mogelijk aantal burgers. Deze ideeën werden het duidelijkst verwoord door Adam Smith in zijn beroemde werk *An inquiry into the nature and the causes of the wealth of nations*, dat hij in 1776 publiceerde. Als de voornaamste drijfveer van het economisch proces en de economische vooruitgang zag hij het eigenbelang, in het bijzonder het streven naar materieel voordeel. Ieder kent zijn eigenbelang het beste en in een stelsel van economische vrijheid leidt het nastreven door alle individuen van hun eigenbelang tot een optimale behoeftenbevrediging van allen; m.a.w. geleid door een «onzichtbare hand» dragen alle individuen die hun eigenbelang behartigen, bij tot het realiseren van de maximale rijkdom van het land, d.w.z. zij handelen in het algemeen belang. In deze visie is de rol van de Staat grotendeels beperkt tot het eerbiedigen en doen eerbiedigen van het particulier eigendomsrecht, het recht op individueel economisch initiatief en tot het verplichten van de individuele burgers om de vrij aangegane contractuele verbintenissen na te komen. De rol van de Staat is dus in belangrijke mate die van de «Etat gendarme».

Enige jaren na het uitbreken van de Franse Revolutie grepen de aanhangers van deze leer ook op het Europese continent de macht — in Engeland was dat al eerder gebeurd. Ook bij ons brak toen het tijdperk aan van het kapitalisme, van het economische «laissez faire, laissez passer» en van het «laissez contracter»²⁸. Immers, door de Wet Le Chapelier van 1791 werden de gilden en ambachten afgeschaft, door het Decreet d'Allarde uit datzelfde jaar werden de vrijheid van handel en van mededinging erkend en door de *Code civil* van 1804 werden het individueel eigendomsrecht en de contractsvrijheid de grootst mogelijke bescherming geboden.

4. Hoe werd de theorie van de wilsautonomie in het contractenrecht van de *Code Napoléon* van 1804 vertaald, d.w.z. geconcretiseerd?

Vooreerst is er de *plaats van het contractenrecht in het Burgerlijk Wetboek*. Het grootste deel van de *Code Napoléon* is gewijd aan de particuliere eigendom en dan vooral aan de vraag op welke wijzen die individuele eigendom kan worden verkregen. Bij de beantwoording van die vraag wordt in het bijzonder aandacht besteed aan het contractenrecht, naast het erfrecht en het huwelijksvermogensrecht. Het eigenlijke verbintenissenrecht beslaat 286 artikelen (artt. 1101-1386), waarvan er 269 betrekking hebben op de contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen (artt. 1101-1369) en slechts 17 artikelen de verbintenissen buiten overeenkomst regelen. De meeste andere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op de regeling van bijzondere overeenkomsten, zoals schenkingen, huwelijkscontracten, koop, huur, lening, aanneming van werk, lastgeving, bewaargeving, vennootschap, borgtocht, enz. Men heeft zelfs beweerd dat ook het wette-

²⁶ ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social* (ed. H. GUILLEMIN), Parijs, 1973, p. 65. De oorspronkelijke uitgave dateert uit 1762. Zie ook KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, I, *Metaphysische Anfangsgründen der Rechtslehre*, 1797. Voor de Franse tekst, zie KANT, E., *Métaphysique des mœurs*, I, *Doctrine du droit* (ed. A. PHILO-NENKO), Parijs, 1971.

²⁷ FOUILLÉE, *Science sociale*, p. 410.

²⁸ CARBONNIER, J., *Droit civil*, IV, *Les obligations*, Parijs, 1969, p. 39.

lijk erfrecht steunt op de wilsautonomie, m.n. op de vermoede wil van de *de cuius*, en dat het wettelijk huwelijksvermogensstelsel de weergave zou zijn van een stilzwijgende overeenkomst tussen echtgenoten. Meer nog, de tienjarige verjaringstermijn van art. 1304 heeft men uitgelegd als de stilzwijgende bevestiging van een nietige rechtshandeling. Kortom, alles wordt herleid tot het contract²⁹. Dit heeft de Franse rechtsfilosoof Fouillée verleid tot de uitspraak dat «le droit contractuel tend à se confondre avec le droit civil tout entier»³⁰.

De *contractsvrijheid* wordt niet uitdrukkelijk door de *Code Napoléon* erkend. Het lijdt echter niet de minste twijfel dat de wetgever in 1804 van dit beginsel is uitgegaan. Verklaarde Portalis immers niet in zijn *Discours préliminaire* dat, «en général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse»³¹? In de regel is dan ook niemand verplicht zijn goederen te verkopen of goederen aan te kopen, zijn diensten te verhuren of anderen in dienst te nemen, kortom ieder individu is in beginsel vrij om *al dan niet te contracteren*. Dat contractsweigeren rechtsmisbruik zou kunnen opleveren is een gedachte die de opstellers van ons Burgerlijk Wetboek blijkbaar vreemd was. Zoals J. Carbonnier het terecht uitdrukt, «il y a une liberté de ne pas vouloir»³². Contractsautonomie houdt voorts in dat het een ieder vrijstaat een overeenkomst aan te gaan *met wie hij wil*. Een bank mag bv. een lening toestaan aan A tegen zeer voordelige voorwaarden, maar elk krediet weigeren aan B. En als C zich wil laten behandelen door een geneesheer, dan mag hij die vrij kiezen. Partijen zijn, mits zij de openbare orde en de goede zeden eerbiedigen, ook vrij om aan hun overeenkomsten de *inhoud te geven die hun goeddunkt*. Zo mogen zij naast de benoemde contracten — d.z. de overeenkomsten die in de wet geregeld zijn, zoals koop en huur — ook onbenoemde overeenkomsten sluiten. Evenzo mogen de partijen die een benoemd contract tot stand brengen, afwijken van de wettelijke regeling ter zake, daar de desbetreffende wetsbepalingen in de regel geen dwingend maar *suppletief recht* bevatten. Het staat partijen zelfs vrij om de *structuur van een contract* te wijzigen, bv. door een consensueel contract aan pleegvormen te onderwerpen of door een uitdrukkelijk ontbindend beding in een eenzijdig contract op te nemen³³. Ten slotte mogen zij een vroeger tussen hen tot stand gebrachte overeenkomst *contractueel wijzigen of beëindigen*. In wezen geldt hier dus de regel dat alles wat niet verboden werd, toegelaten is, een regel die men trouwens terugvindt in art. 14 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789.

Een derde punt is het beginsel van de *bindende kracht van de overeenkomst*. Artikel 1134, eerste lid, B.W. be-

paalt dat «alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die ze hebben aangegaan, tot wet strekken». De woordkeuze van de wetgever is niet toevallig: een geldig gesloten overeenkomst wordt gelijkgesteld met een *wet*. Het betreft hier een verwijzing naar de theorie — o.m. verdedigd door J.J. Rousseau — dat de overeenkomst haar bindende kracht ontleent aan de wil der partijen. De Franse auteur A. Weill zegt het als volgt: «La loi c'est le grand contrat que passent tous les hommes dans la société, puis le créancier et le débiteur passent les petits contrats individuels. Donc le contrat, au point de vue philosophique, est autant que la loi, a la même valeur que la loi, puisque la loi elle-même n'est qu'un contrat»³⁴. En een andere Franse schrijver zegt: «Le contrat oblige tout simplement parce qu'il est le contrat»³⁵. Een der partijen kan dan ook niet eenzijdig op een gesloten overeenkomst terugkomen, welke goede reden hij daar ook voor zou mogen hebben. Voor begrippen als *justum pretium*, *laesio enormis*, *rebus sic stantibus* (imprevisieel) en misbruik van omstandigheden is in deze doctrine geen plaats. Natuurlijk kunnen partijen bij wederzijdse toestemming hun contract wijzigen of beëindigen, maar dat is geen schending van de bindende kracht van hun overeenkomst, maar enkel een nieuwe toepassing van de theorie van de wilsautonomie (art. 1134, tweede lid, B.W.). Niet alleen door de partijen, maar ook door de rechter moeten geldig gesloten overeenkomsten geëerbiedigd worden zoals wetten. Een rechter mag dus noch ambtshalve noch op verzoek van een der partijen een geldig contract om billijkheidsredenen wijzigen of tenietdoen. De reeds genoemde Franse schrijver A. Weill drukt het als volgt uit: «Le juge est un serviteur du contrat»³⁶.

Gezien het beginsel van de wilsautonomie volstaat in de regel de loutere toestemming der partijen om een contract in het leven te roepen. Men noemt dit het principe van het *consensualisme*: partijen zijn gebonden door hun *consensus*, hun wilsovereenstemming, niet door de vorm waarin zij hun toestemming gegeven hebben. Een contract kan dan ook in de regel tot stand gebracht worden door woorden of gebaren, schriftelijk of mondeling, uitdrukkelijk of stilzwijgend. De regels inzake bewijsvoering doen daaraan geen afbreuk. Een akte is voor de geldigheid van de overeenkomst (*negotium*) niet vereist, maar heeft enkel betekenis voor het bewijs van die rechtshandeling (*instrumentum*). Wanneer bv. het bestaan van een contract door partijen erkend wordt, zal het feit dat de bewijsregels niet in acht zijn genomen geen enkel belang vertonen³⁷. Het voorgaande geldt natuurlijk niet voor de plechtige en zakelijke contracten, maar zij vormen dan ook de wettelijke uitzonderingen op het beginsel van het consensualisme.

²⁹ Zie WALINE, M., *L'individualisme et le droit*, Parijs, 1945, p. 179; GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, Parijs, 1980, nr. 37. Het is evident dat de wil hier herleid wordt tot een fictie. Terecht wordt deze visie heden ten dage dan ook vrij algemeen verworpen.

³⁰ Aangehaald door WALINE, M., o.c., p. 178.

³¹ PORTALIS, «Discours préliminaire», in LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Brussel, 1836, I, p. 177.

³² CARBONNIER, J., o.c., p. 42 in fine.

³³ Cf. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, 1964, nr. 462, 1°, A, p. 438.

³⁴ WEILL, A., o.c., p. 56.

³⁵ GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912, p. 129. Volgens J.H. Beekhuis betekent de regel van de bindende kracht van het contract «niet meer of minder dan dat ieder staatsburger op zijn wijze door middel van het contract als wetgever kan optreden in de private sfeer, die bestaat tussen hem en zijn medeburgers» (BEEKHUIS, J.H., *Contract en contractsvrijheid*, Groningen, 1953, p. 4).

³⁶ WEILL, A., o.c., p. 57.

³⁷ Zie DE PAGE, H., o.c., nr. 465, p. 452-459.

Daar het de vrije wil van het individu is die in de theorie van de wilsautonomie de voorrang geniet, moet de *werkelijke bedoeling* primeren op de vorm waarin die wil gestalte heeft gekregen. Artikel 1156 B.W. zegt het duidelijk: «Men moet in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.» Ook de in artikel 1134, derde lid, B.W. uitgedrukte regel dat contracten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht, werd tijdens de 19e eeuw uitsluitend in die zin gelezen: de geest van het contract gaat voor de letter, de werkelijke wil voor de wilsverklaring. Dit beginsel komt ook tot uiting bij de veinzing of simulatie, d.i. de toestand waarbij partijen naar buiten de schijn wekken een bepaalde rechtshandeling te stellen, maar in het geheim iets anders afspreken. Geldt dan de geheime overeenkomst of de openlijke rechtshandeling? Gezien de theorie van de wilsautonomie geeft ons Burgerlijk Wetboek t.a.v. de contracterende partijen de voorkeur aan de werkelijke rechtshandeling (artikel 1321 B.W.).

Indien een overeenkomst om een of andere reden in de persoon van een of van beide partijen niet vrijwillig werd gesloten — m.n. wanneer de toestemming aangetast is door dwaling, bedrog of geweld —, dan is die overeenkomst niet geldig gesloten en dus nietig. Dit is een logisch gevolg van de theorie van de wilsautonomie: men is weliswaar gebonden door zijn wil, maar dan mag de wil geen gebrek vertonen. De *theorie van de wilsgebreken* is dus onlosmakelijk verbonden met de wilsleer. Hetzelfde geldt voor de regels inzake *onbekwaamheid*: daar de onbekwamen niet of nog niet bij machte zijn een vrije wil te vormen, kunnen zij geen geldige overeenkomsten sluiten.

Een laatste punt dat ik in dit verband zou willen vermelden is het *principe van de relativiteit der contracten*. Daar het contract zijn bindende kracht ontleent aan de wil der partijen, kunnen derden — die uiteraard hun toestemming niet hebben gegeven — daaraan niet gebonden zijn. Vandaar dat artikel 1119 B.W. bepaalt dat in het algemeen niemand zich kan verbinden of iets bedingen in zijn eigen naam dan voor zichzelf en dat luidens artikel 1165 B.W. overeenkomsten alleen gevolgen teweegbrengen tussen de contracterende partijen.

5. Uit het voorgaande volgt dat de theorie van de wilsautonomie consequent werd toegepast in de *Code Napoléon*.

Toch moet er — met auteurs als M. Waline³⁸ en J. Ghestin³⁹ — op worden gewezen dat de opstellers van ons Burgerlijk Wetboek op enkele belangrijke punten ook perken hebben gesteld aan de theorie van de wilsautonomie. Wanneer bv. in artikel 1134 B.W. bepaald wordt dat enkel de *geldig gesloten* overeenkomsten de partijen tot wet strekken, dan wordt daarmee niet alleen verwezen naar de theorie van de wilsgebreken en de regels inzake onbekwaamheid — regels die, zoals gezegd, uitvloeisels zijn van de wilsautonomie —, maar ook naar artikel 6 B.W., luidens hetwelk «aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kan worden gedaan», en naar de artikelen 1131 en 1133 B.W., krachtens welke overeenkomsten met een ongeoor-

loofde oorzaak, d.w.z. contracten waarvan de oorzaak door de wet is verboden of strijdig is met de goede zeden of de openbare orde, geen gevolgen kunnen hebben. Daarmee is natuurlijk de weg geopend naar een verregaande beperking van de contractsvrijheid door middel van wat nu wel eens «paternalistische maatregelen» worden genoemd⁴⁰. Natuurlijk, het aantal van deze wettelijke beperkingen was in 1804 relatief klein, maar ze bestonden toch⁴¹.

Maar er is meer. De regel dat geldig gesloten overeenkomsten de partijen tot wet strekken, is geen toepassing van de leer van de wilsautonomie, maar doet daar juist afbreuk aan. Immers, als de vrije wil van het individu de maatstaf is, waarom mag dat individu dan zijn wil niet wijzigen? «Le principe de la force obligatoire des contrats», zo schrijft M. Waline, «est une limitation de la liberté. On permet au moi passé du contractant d'agir sur son moi futur»⁴².

Hoe dan ook, voor de aanhangers van de theorie van de wilsautonomie heeft de *Code Napoléon* het contract werkelijk tot leven gebracht.

II. VERMAATSCHAPPELIJING VAN HET CONTRACT

6. Sinds het einde van de 19e eeuw heeft de theorie van de wilsautonomie echter heel wat klappen te verduren gekregen. De toenemende «socialisering» of «solidarisering» van het contractenrecht heeft volgens velen geleid tot wat men de «crisis» of zelfs de «dood» van het contract is gaan noemen. De evolutie «from status to contract», zo zegt men, heeft plaats gemaakt voor een ontwikkeling in tegenovergestelde zin, nl. «from contract to status». In het begin van deze uiteenzetting werden een aantal verdedigers van deze stelling reeds met naam genoemd.

Drie vragen dienen in dit verband beantwoord te worden. De eerste is waarom de theorie van de wilsautonomie tijdens de 20e eeuw heel wat invloed heeft verloren, m.a.w. wat zijn de oorzaken van de «solidarisering» van ons contractenrecht? De tweede vraag luidt: hoe heeft die «socialiseringstendens» zich in het contractenrecht geconcretiseerd? De derde vraag is of de achteruitgang of dood van de theorie van de wilsautonomie ook de crisis of de dood van het contract heeft teweeggebracht. Vragen twee en drie zullen samen behandeld worden. Terloops zij opgemerkt dat de uitdrukkingen «socialisering» of «solidarisering» van het recht in dit verband voor enige kritiek vatbaar zijn, daar sommige van de desbetreffende maatregelen niet uit solidariteit met zwakkere groepen in onze samenleving werden getroffen, maar slechts de belangenbehartiging van een

⁴⁰ Zie *infra*, nr. 22.

⁴¹ Zie WALINE, M., o.c., p. 181-182. In dit verband wordt ook artikel 1135 B.W. vermeld, krachtens hetwelk overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (GHESTIN, J., o.c., p. 31). Persoonlijk lees ik echter geen beperking van de wilsleer in dit artikel: alleen wanneer de wil van de partijen niet te achterhalen is, mag de rechter een beroep doen op de wet, de rechtsgewoonten en de billijkheid.

⁴² WALINE, M., o.c., p. 203. Zie ook *infra*, nr. 7.

³⁸ WALINE, M., o.c., p. 179-182.

³⁹ GHESTIN, J., o.c., p. 25 e.v.

of andere machtige pressiegroep in onze maatschappij beogen of bewerken. Vandaar dat hier wellicht beter gesproken kan worden van een vermaatschappelijkingsproces van ons recht, meer bepaald van het contractenrecht.

7. De voornaamste oorzaken van de achteruitgang van de theorie van de wilsautonomie dienen te worden gezocht in de evolutie van de sociale, economische en politieke structuren en opvattingen van onze maatschappij tijdens de jongste honderd jaar.

Zo is men geleidelijk tot het besef gekomen dat een geweldige kloof bestaat tussen de theorie en de praktijk van het *economisch liberalisme*. De ongebreidelde vrijheid van handel, concurrentie en arbeid leidde — ondanks een grote toename van produktie en handel — niet tot de verwachte heilstaar, maar tot haast anarchistische toestanden: uitbuiting van bepaalde klassen of bevolkingsgroepen, regelmatig terugkerende economische crises, zgn. «cut-throat» en oneerlijke concurrentie, vorming van kartels, trusts, oligopolies en monopolies, sociale en politieke onrust, enz.⁴³. De «prijs» om de zuiver liberale maatschappij in stand te houden bleek te hoog te worden. Daarom werd — mede dankzij de invoering van het meervoudig en later van het algemeen stemrecht — besloten tot een zekere sociaal-economische ordening van de maatschappij: de «vrije» economie moest plaats maken voor de «geleide» economie. Steeds verder is de Staat zich rechtstreeks en onrechtstreeks gaan bemoeien met de produktie en de verdeling van goederen en diensten in onze maatschappij.

Ook de *rechtsfilosofische grondslagen* van de theorie van de wilsautonomie heeft men scherp bekritiseerd. Zo stelde men vast dat de opvatting dat de maatschappij niet meer is dan de som van de individuen die er deel van uitmaken, een vertekend beeld geeft van de realiteit. De mens is niet alleen een individu, maar ook een sociaal wezen. Ieder mens maakt noodzakelijkerwijze deel uit van allerlei groepen en sociale structuren. Men denke bv. aan gezin, familie, dorpsgemeenschap, kerk, werkkring, vakbond, vennootschap, beroepsorganisatie, consumentenvereniging, e.d.m. Dat betekent dat de individuele wil niet als absoluut criterium mag worden gekozen. Trouwens, zelfs in de theorie van de wilsautonomie is die wil — zoals gezegd⁴⁴ — niet de uiteindelijke bron van de contractuele verbintenissen. Immers, indien de individuele wil van iedere partij zou primeren, waarom mag een van die partijen dan niet op haar vroeger gedane belofte terugkomen⁴⁵? Waarom heeft de

vroegere wil voorrang op de latere wil? Door het beginsel van de bindende kracht der overeenkomst te erkennen, hebben de aanhangers van de theorie van de wilsautonomie dus hun eigen stelling ondergraven. Volgens de critici van de leer van de wilsautonomie moet de grondslag voor de bindende kracht van de overeenkomsten dan ook elders gezocht worden, nl. in de wet. Maar waarom erkent onze wet de regel dat vrijwillig gesloten overeenkomsten de partijen binden? Het antwoord luidt dat de wetgever — in de westerse landen — op grond van rechtspolitieke overwegingen het nuttig en rechtvaardig acht dat de rechtssubjecten in beginsel vrij hun rechtsbetrekkingen op economisch, sociaal en cultureel vlak regelen⁴⁶. In deze visie is het contract echter geen doel op zichzelf, maar een middel, een instrument om het algemeen belang te verwezenlijken. Dat brengt mee dat de wetgever, waar hij dit in het algemeen belang nuttig of nodig oordeelt, grenzen vermag te stellen aan de wilsautonomie, bv. door contractswegeringen te verbieden, door van hogerhand de inhoud van overeenkomsten te bepalen, door het wijzigen van reeds gesloten contracten of door het opleggen van contractuele verbintenissen aan derden. De Franse auteur R. Saleilles vat dit alles als volgt samen: «La volonté au service du droit, et non plus le droit au service de la volonté»⁴⁷.

Ten slotte dient er hier op te worden gewezen dat ook de redenering dat de wilsautonomie tot rechtvaardige contracten en een *rechtvaardige maatschappij* leidt — daar ieder individu toch de beste verdediger is van zijn eigen belangen — onvoldoende aansloot bij de maatschappelijke realiteit. De mensen waren immers niet vrij en gelijk; er bestonden grote economische, sociale en culturele ongelijkheden⁴⁸.

werpen, 1983) huldigt F. Van Dun de stelling dat het fundamenteel rechtsbeginsel — dat hij als volgt omschrijft: «Ieder mens is een soeverein rechtssubject. Ieder mens heeft het recht met zichzelf te doen en te laten wat hij wil. Ieder mens heeft een absoluut zelfbeschikkingsrecht. In rechte is ieder mens meester van zichzelf, en van niemand anders» (o.c., p. 36) — meebrengt dat ieder individu het recht heeft om op zijn vroeger gedane beloften terug te komen (behoudens een enkele uitzondering, nl. het geval waarin dit op diefstal zou neerkomen) (o.c., p. 199 e.v.). De zeer eenzijdige visie van F. Van Dun heeft terecht scherpe kritiek uitgelokt. Zie de boekbespreking van J.J.M. van der Ven in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1985, 392-396.

⁴⁶ «The law can and often does operate as an initiating system, as a means of creating and changing social arrangements. But it often acts in a supportive role, recognizing and reinforcing existing norms, practices, and institutions. The purpose of contract law is primarily supportive. It recognizes and reinforces the social practice of undertaking voluntary obligations» (RAZ, J., «Promises in morality and law», *Harvard Law Review*, 1982, 933). Zie ook *infra*, nr. 13.

⁴⁷ Aangehaald door RANOUIL, V., *Autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Parijs, 1980, p. 147. Zeer kernachtig drukt ook R. Demogue zich in deze zin uit: «Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même ... Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine. Une convention qui ne peut plus aboutir qu'à des conséquences en contradiction certaine avec l'intérêt général cesse, telle qu'elle est, de mériter une force obligatoire». (DEMOGUE, R., «Des modifications aux contrats par volonté unilatérale», *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, 545).

⁴⁸ De o.m. door H. DE PAGE verdedigde stelling (o.c., II, nr. 463ter, p. 446) dat de mensen in 1804 niet alleen juridisch maar ook economisch grotendeels gelijk waren, stemt wellicht niet met de historische feiten overeen. Wél is het waarschijnlijk dat de ver-

⁴³ Een enkel voorbeeld om dit te verduidelijken. Rond 1840 stelde de Franse overheid vast dat een groot aantal jonge arbeiders ongeschikt waren voor de militaire dienst. Opdracht werd gegeven aan dr. Villermé om de oorzaken daarvan op te sporen. Deze geneesheer kwam tot de slotsom dat de slechte gezondheidstoestand te wijten was aan lage lonen, lange werkuren en slechte arbeidsomstandigheden. Dat deze arbeidsovereenkomsten bijdroegen tot «the wealth of the Nation» — om de uitdrukking van A. Smith te gebruiken — kan moeilijk volgehouden worden. Immers, niet alleen de betrokken arbeiders en hun gezinnen waren het slachtoffer van deze contracten, maar ook de volksgezondheid en de nationale veiligheid werden erdoor in het gedrang gebracht. Zie GHESTIN, J., o.c., p. 34.

⁴⁴ *Supra*, nr. 5.

⁴⁵ In een enkele jaren geleden aan de Rechtsfaculteit van de Rijksuniversiteit Gent verdedigd proefschrift (*Het fundamenteel rechtsbeginsel. Een essay over de grondslagen van het recht*, Ant-

Het 19e-eeuwse liberalisme gaf de machtigen, de rijken, de sterken en de meer ontwikkelden de gelegenheid om hun contractuele voorwaarden op te dringen aan de machtelozen, de armen, de zwakken en de minder ontwikkelden. Kan men bv. zeggen dat de mannen, vrouwen en kinderen die in de 19e eeuw vaak twaalf uren en meer in uiterst slechte arbeidsomstandigheden werkten, uit «vrije wil» handelden, dat zij als individuen de beste verdedigers waren van hun belangen en dat dit bijdroeg tot optimale behoeftenbevrediging in de maatschappij? Was het niet vaak zo dat de rijken en machtigen vrij waren om te «willen», maar dat de armen en zwakken verplicht waren om te «willen»? Er bestaat geen grotere ongelijkheid — zo stelde men — dan in het gelijk behandelen van ongelijke mensen en situaties en een of andere vrijheid moet vaak juist beperkt worden om die vrijheid te vrijwaren. Lacordaire zei het kernachtig: «Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère»⁴⁹. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de wetgever steeds vaker ging optreden om de zwakkeren in de samenleving, zoals de werknemers, de middenstanders, de consumenten, de pachters en huurders, enz. op min of meer gelijke voet te plaatsen met hun contractuele en maatschappelijke tegenspelers⁵⁰. «Der Code civil, jener Bibel des Egoïsmus» schreef Heinrich Heine niet zonder reden in zijn boek *Französische Zustände*⁵¹. Juist het ontbreken in dit wetboek van voldoende rechtsregels die gebieden om in het rechtsverkeer de belangen van anderen te ontzien, heeft de wetgever er in de 20e eeuw dus toe bewogen ter zake de steven te wenden.

8. De vraag rijst nu hoe dit alles zich in het positieve recht heeft vertaald, m.a.w. hoe de neergang van de theorie van de wilsautonomie in het geldende contractenrecht concreet gestalte heeft gekregen. Dit moet ons tegelijkertijd in staat stellen een aantal elementen te verzamelen om de onderliggende vraag te beantwoorden of het contract nu dood of levend is.

9. Vooreerst dient te worden vastgesteld dat heel wat sectoren door de overheid geheel of ten dele aan het private rechtsverkeer onttrokken zijn. Soms brengt dit mee dat de rechtsverhouding aan een publiekrechtelijk statuut wordt onderworpen en niet of bijna niet meer door het contractenrecht wordt beheerst. Men denke in dit verband bv. aan ons stelsel van sociale zekerheid en de openbare onderstand (O.C.M.W.), die in de plaats gekomen zijn van particuliere verzekeringen en diverse vormen van liefdadigheid⁵². Zeer

vaak betekent overheidstussenkomst echter geenszins de gehele of gedeeltelijke uitschakeling van het contractenrecht. Als voorbeeld kan hier de concessieovereenkomst genoemd worden, d.i. de overeenkomst «waarbij de overheid een particulier of een publiekrechtelijk orgaan tijdelijk ermee belast, onder haar gezag en met nakoming van de door haar bepaalde voorwaarden, een openbare dienst (bv. water-, gas- en elektriciteitsbedeling, trein- of tramvervoer) op eigen risico te beheren tegen een vergoeding die in beginsel op de gebruikers wordt verhaald»⁵³. Hier is niet alleen de verhouding tussen overheid en concessiehouder contractueel geregeld, maar ook de relatie tussen de concessiehouder en de gebruikers wordt door overeenkomsten beheerst. Vermeldenswaard zijn in dit verband ook de contracten voor werken, diensten en leveringen voor rekening van de overheid. Het feit dat de wettelijke regeling van deze overeenkomsten op een aantal fundamentele punten afwijkt van het algemeen verbintenissenrecht, betekent niet dat het contract hier als rechtsfenomeen teloor is gegaan of bedreigd wordt, maar enkel dat het contract hier gedeeltelijk een andere inhoud en een ander rechtsstatuut heeft gekregen. Men is het er immers over eens dat ook voor de administratieve contracten de regels van het burgerlijk recht het uitgangspunt blijven vormen⁵⁴. Men behoort hier dus van «diversificatie» of «transformatie» van het contractsfenomeen te spreken, veeleer dan van ondergang van dit rechtsverschijnsel⁵⁵.

In dit verband dient trouwens op een ander aspect te worden gewezen, nl. de *tendens tot contractualisering van het publiek recht*⁵⁶. Het is immers opvallend hoe de overheid meer en meer gebruik maakt bij het voeren van haar beleid van privaatrechtelijke instrumenten en in het bijzonder van het contract. W. Van Gerven omschrijft deze beleidsovereenkomsten als volgt: «Een beleids- (of bestuurs-) overeenkomst is ... een door de overheid (met een andere overheid, veelal echter met een particulier) gesloten overeenkomst tot formulering en/of tenuitvoerlegging van haar beleid, dan wel bestuur in een of andere sector»⁵⁷. Typische voorbeelden hiervan zijn de krachtens artikel 1, § 3, Prijzenwet gesloten *Programmaovereenkomsten* tussen de mi-

schillen in rijkdom en macht tussen de *burgers* onderling, m.a.w. tussen de eigenaars van de verschillende handels- en nijverheidsondernemingen, rond 1800 niet zo groot waren. Daarin is tijdens de 19e eeuw door het economisch liberalisme een fundamentele wijziging gekomen. Rond 1900 overheersten reeds de grootbedrijven, veelal belichaamd in naamloze vennootschappen. Zie ook De Vroede, P. «Aspekten van overheidsbeleid inzake prijzen», *R. W.* 1971-1972, 594-595.

⁴⁹ Aangehaald door RANOUIL, V., o.c., p. 133.

⁵⁰ J. GHESTIN maakt in dit verband een onderscheid tussen «l'inégalité entre professionnels» — m.n. tussen werkgevers en werknemers en tussen producenten en verdelers — en «l'inégalité entre professionnels et profanes» — o.m. tussen producenten en verdelers enerzijds en consumenten anderzijds (o.c., p. 32 e.v.).

⁵¹ Aangehaald door LANGEMEIJER, G.E., *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle, 1985, p. 10.

⁵² Zie hierover vooral ATIYAH, P.S., o.c., p. 717 e.v.

⁵³ MAST, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, 1981, p. 112.

⁵⁴ Zie VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, 1984, p. 65 e.v.

⁵⁵ Het is in de praktijk vaak zeer moeilijk geworden om de grens te trekken tussen eenzijdige administratieve rechtshandelingen en contractueel geregelde overheidsactiviteiten. Deze problematiek wordt momenteel o.m. onderzocht door B. Peeters, Navorser bij het N.F.W.O., in het raam van een onderzoek naar de verhouding overheid/overheidsondernemingen. Zie ook MADIOT, Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, Parijs, 1971, p. 29. «La pénétration du droit public dans le droit privé contractuel, le déclin ou l'affaiblissement du principe de l'autonomie de la volonté, et, à l'inverse, la prolifération des techniques conventionnelles, en matière sociale ou économique, les atteintes à l'acte unilatéral, ont donné naissance à ce type d'acte mixte défini comme un contrat de droit privé ou de droit public produisant des effets réglementaires».

⁵⁶ Cf. VASSEUR, M., «Un nouvel essor du concept contractuel», *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 5 e.v.

⁵⁷ VAN GERVEN, W., o.c., p. 72.

nister van Economische Zaken en individuele of gegroepeerde ondernemingen, die verplichtingen inhouden op het vlak van de toegepaste prijzen; de op grond van art. 22 van de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie gesloten *Vooruitgangcontracten* tussen de Staat en de ondernemingen die, overeenkomstig het economisch plan en de wetenschapsprogrammatie, een over meer jaren gespreid programma van technologische en industriële en/of commerciële ontwikkeling wensen uit te voeren⁵⁸; en de overeenkomstig de artt. 50 e.v. van de Herstelwet van 31 juli 1984 gesloten *Reconversiecontracten* tussen een openbare investeringsmaatschappij en een reconversievennootschap en alle of de meerderheid van haar privé-aandeelhouders met het oog op de uitvoering van een reconversieproject in een bepaalde reconversiezone. Het juridisch statuut van deze overeenkomsten is nog niet nauwkeurig vastgelegd⁵⁹. Ongetwijfeld biedt het contract hier een soepel instrument aan de overheid om haar beleid uit te voeren⁶⁰. Toch bestaat ook het gevaar dat particuliere belangen in een of andere sector op deze wijze het laken te veel naar zich toe kunnen halen.

10. Belangrijk zijn ook de talloze *beperkingen* die in de loop der jaren aan het *beginsel van de contractsvrijheid* zijn gesteld. *Grosso modo* kunnen deze restricties in twee groepen worden ingedeeld, nl. de maatregelen die de vrijheid om al dan niet te contracteren beperken en de rechtsregels die de vrijheid der partijen om de contractsinhoud te bepalen aan banden leggen.

Wat de eerste categorie betreft, kan vooreerst worden vastgesteld dat het steeds vaker voorkomt dat ondernemingen of andere *personen wettelijk verplicht zijn om bepaalde contracten te sluiten*. Men denke bv. aan de gas-, water- en elektriciteitsbevoorradingsmaatschappijen, aan de Regie der Posterijen en de Regie van Telegrafie en Telefonie en aan de openbare vervoerondernemingen op wie een sterk uitgewerkte aanbodsverplichting rust, zodat gecontracteerd moet worden met de burgers die daarom vragen, mits die gebruikers uiteraard bereid zijn de «reglementaire» voorwaarden te accepteren. Men denke voorts aan de wettelijk verplichte aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, aan de verplichte verzekering voor arbeidsongevallen, aan het recht van voorkoop van de pachter, aan het verbod op sommige vormen van boycot, aan de verplichte aanwer-

ving van gehandicapten en stagiairs, aan de verplichte ruilverkaveling, aan de contractsverplichting die op apothekers, notarissen en deurwaarders rust, aan de verplichte verlengingen van pacht- en huurovereenkomsten, aan de bij koninklijk besluit algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten en economische reglementeringen, enz. Daarnaast bestaat er ook vaak een *feitelijke verplichting tot contracteren*. Wettelijk zijn de burgers bv. niet verplicht om aan te sluiten op het gas-, water- en elektriciteitsnet, maar in feite kunnen zij vaak niet zonder deze voorzieningen en zijn zij dus verplicht om overeenkomsten te sluiten met de desbetreffende nutsbedrijven die over een wettelijk monopolie beschikken. Evenzo rust op een werkloze die zijn recht op werkloosheidsuitkeringen niet in gevaar wil brengen, de feitelijke verplichting een «passende» dienstbetrekking te aanvaarden.

Worden sommigen verplicht te contracteren, *anderen krijgen een verbod opgelegd om bepaalde overeenkomsten te sluiten*. Het gaat hier meer in het bijzonder om de steeds talrijker wordende wettelijke maatregelen die het sluiten van bepaalde contracten aan bepaalde personen voorbehouden. Deze personen bezitten als het ware een wettelijk monopolie; aan de overige burgers wordt verbod opgelegd om er zich contractueel toe te verbinden deze goederen of diensten in een bepaald gebied of in het hele land te verstrekken. Men denke bv. aan de uitoefening van de geneeskunde die voorbehouden is aan geneesheren; aan de verkoop van geneesmiddelen die slechts door apothekers mag geschieden, apothekers die bovendien aan een vestigingsregeling onderworpen zijn; aan de vestigingswetgeving voor K.M.O.'s; aan de concessies van openbare diensten; aan het monopolie van advocaten, bedrijfsrevisoren, deurwaarders, notarissen en architecten; aan de erkenningsvoorwaarden die gesteld worden voor ondernemingen die als bankier of verzekeraar willen optreden of die in aanmerking willen komen voor contracten voor werken, diensten of leveringen voor rekening van de overheid; enz.

In de derde plaats wordt de vrijheid om al dan niet te contracteren beperkt door de regel in bepaalde sectoren dat een contract slechts rechtsgeldig gesloten is zo een *voorafgaande overheidstoelating* is verkregen. In het Burgerlijk Wetboek komt deze rechtsfiguur reeds voor in de vorm van de homologatie van bepaalde rechtshandelingen die voor onbekwamen gesteld zijn. Maar het toepassingsgebied heeft zich sindsdien uitgebreid. Een typisch voorbeeld hiervan zijn de kartels die onder toepassing vallen van het verbod van art. 85, lid 1, E.E.G.-Verdrag, maar die tijdig bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen zijn aangemeld en door dit Gemeenschapsorgaan op grond van art. 85, lid 3, van genoemd verbod vrijgesteld. Men denke ook aan art. 36 van de V.Z.W.-wet van 27 juni 1921, dat bepaalt dat schenkingen aan Instellingen van Openbaar Nut slechts met machtiging van de Regering kunnen geschieden. En ten slotte vermeld ik hier art. 65 Arbeidsongevallenwet luidens hetwelk overeenkomsten tussen de werknemer die het slachtoffer is geworden van een arbeidsongeval en de arbeidsongevallenverzekeraar betreffende de verschuldigde vergoedingen — m.a.w. de zgn. vergoedingskwijtingen — slechts geldig zijn na homologatie door de bevoegde arbeidsrechtbank.

Niet alleen de vrijheid om al dan niet te contracteren, maar ook de *vrijheid van de burgers om de contractsin-*

⁵⁸ Daarnaast zijn er de *Contracten ter bevordering van het ondernemingsbeheer en de technologie* (artt. 24 en 25 van genoemde wet) en de *Contracten betreffende de reconversie of de herstructurering van ondernemingen* (art. 26 van genoemde wet).

⁵⁹ Zie hierover o.m. FLAMME, M.-A. en FAVRESSE, J.-M., «Les instruments juridiques de l'intervention des pouvoirs publics», in *Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Brussel, 1976, p. 2; VAN GERVEN, W., o.c., p. 76 e.v.; ORIANNE, P., *Les conflits d'application entre le droit privé et le droit public, spécialement en matière économique*, Louvain-La-Neuve, 1984.

⁶⁰ Wat de redenen betreft die de overheid ertoe bewegen haar toevlucht te nemen tot de contractstechniek ter zake, zie LE BRUN, «L'administration économique par voie contractuelle en Belgique», in *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, 1971, p. 40 e.v.; Flamme, M.-A., en FAVRESSE, J.-M., o.c., p. 279-280; VAN GERVEN, W., o.c., p. 71.

houd te bepalen is tijdens de laatste honderd jaar sterk *aan banden gelegd*. Deze tweede grote groep beperkingen van de contractsvrijheid neemt verschillende vormen aan.

— Zo zijn er de talloze *dwingende wetsbepalingen* die de wetgever heeft uitgevaardigd om economisch of sociaal zwakkere groepen in onze maatschappij te beschermen. Door dit overheidsingrijpen poogt men dus een zekere feitelijke gelijkheid tussen de contractspartijen tot stand te brengen. We hebben immers gezien dat de *Code Napoléon*, door zich tevreden te stellen met een strikt formele gelijkheid van de contracterende partijen, misbruiken in de hand heeft gewerkt. Andere wetten beogen de behartiging van het algemeen belang. Of al deze wetteksten inderdaad aan die doeleinden beantwoorden is echter een vraag die nu en dan opduikt. Men krijgt immers de indruk dat een aantal van die bepalingen veeleer de bescherming beogen van een of andere machtige pressiegroep ... Hoe dan ook, het is niet mogelijk om hier een volledige opsomming te geven van alle dwingende wetsbepalingen waarvan hier sprake is. Ik beperk me tot het noemen van enkele typische voorbeelden, nl. de wetgeving inzake arbeidsovereenkomsten, inzake landpacht, handelshuur en gewone huur van onroerende goederen, inzake verkoop en lening op afbetaling, inzake prijzen, inzake verzekeringen, inzake de verbreking van exclusiviteitsconcessies en, ten slotte, de bepaling inzake de «gedwongen verkoop» in de Handelspraktijkenwet⁶¹.

— Soms gaat de wetgever verder en tracht hij in bepaalde sectoren van de economische bedrijvigheid een algemene controle op het gedrag van de ondernemingen in het belang van het publiek tot stand te brengen. Het gaat hier om de zgn. *sectoriële regelingen*. Ik denk in dit verband bv. aan de Controledienst voor de Verzekeringen⁶². De invloed die dit organisme op de inhoud van bepaalde verzekeringscontracten uitoefent — bv. de «familiale» verzekeringspolis — is uitermate belangrijk te noemen.

— Vermeldenswaard is hier ook het *fenomeen van de beroepsorganisatie*. Zeer lang was de systematische organisatie van het beroep slechts voorzien voor de geneesheren en de advocaten (Orde van Geneesheren, Orde van Advocaten). Thans is het verlangen naar organisatie doorgedrongen tot allerlei andere sectoren zoals de apothekers, de architecten, de wisselagenten, de bedrijfsrevisoren, enz.⁶³. Meer algemeen biedt de Vestigingswet van 15 december 1970 de mogelijkheid de uitoefening van de beroepswerkzaamheid der kleine en middelgrote handels- en ambachts-ondernemingen te reglementeren op het stuk van de kennis van het bedrijfsbeheer en op het stuk van de beroepskennis. De vraag rijst of sommige van deze reglementeringen niet veeleer op een corporatistische leest geschied zijn en dus niet zozeer tot doel hebben zwakkere groepen in de samenleving tegen misbruiken te beschermen of in het algemeen belang getroffen zijn.

Bescherming van zwakkeren ligt blijkbaar wél ten grondslag aan de moderne *rechtspraak* waarin nieuwe toepassingen worden gemaakt van de regel dat overeenkomsten of

contractsbedingen strijdig met de openbare orde of de goede zeden absoluut nietig zijn (zie de artt. 6, 1131 en 1133 B.W.). Ziehier enkele recente voorbeelden:

— *Boetebeding*. Blijkbaar om paal en perk te stellen aan de wijd verbreide praktijk van exorbitant hoge boetebedingen — vooral in toetredingscontracten — heeft het Hof van Cassatie in het arrest van 17 april 1970 beslist dat een strafbeding in strijd is met de openbare orde, wanneer de feitenrechter oordeelt dat de bedongen som «geen vergoeding van schade kan zijn», m.a.w. een *private straf* is, of wanneer de schuldeiser speculeert op de wanprestatie van zijn medecontractant, m.n. wanneer — dankzij het strafbeding — de wanprestatie de schuldeiser meer voordeel oplevert dan de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis door de schuldenaar⁶⁴.

— *Gekwalificeerde benadeling*. Van gekwalificeerde benadeling spreekt men, wanneer de duidelijke en gewichtige wanverhouding die tussen de wederzijdse prestaties bestaat, haar oorsprong vindt in de uitbuiting door de ene contractspartij van de ondergeschikte positie — zwakte, gebrek aan kennis of ervaring, lichtzinnigheid, enz. — van de wederpartij⁶⁵. Volgens een belangrijk gedeelte van de rechtsleer en rechtspraak heeft een overeenkomst die in zo'n omstandigheden is totstandgekomen een ongeoorloofde oorzaak en is derhalve absoluut nietig (artt. 1131 en 1133 B.W.)⁶⁶. In het cassatiearrest van 21 september 1961 werd deze theorie impliciet goedgekeurd, althans niet afgewezen⁶⁷.

Opgemerkt dient evenwel dat dergelijke rechterlijke initiatieven eerder uitzonderlijk zijn. Die voorzichtigheid is begrijpelijk, daar de rechter met individuele gevallen geconfronteerd wordt. Van Gerven merkt dienaangaande op: «Het rechterlijk regelvormingsproces heeft plaats in stukken en brokken ... Het zal voor een rechtbank vrijwel onmogelijk zijn om bij gelegenheid van een welbepaald geval, een heel stel regelen te formuleren, waardoor een bepaalde materie op een coherente wijze wordt geregeld»⁶⁸. Er is trouwens een andere, wellicht nog belangrijkere reden: in een parlementaire democratie als de onze dienen normen met algemene draagwijdte door de vertegenwoordigers van het volk, d.i. het Parlement, te worden goedgekeurd⁶⁹.

11. Dat deze beperkingen van de contractsvrijheid een belangrijke deuk betekenen in de theorie van de wilsautonomie zal wel niemand durven ontkennen. Een wezenlijk deel van het rechtsverkeer is daardoor immers grotendeels aan de vrije wil van de individuele contractspartijen onttrokken. Toch moeten we hier ook niet overdrijven. Het uitgangspunt van ons contractenrecht is nog altijd de contractsvrijheid: alles wat niet verboden is, is toegelaten. De dagelijkse rechtspraktijk toont trouwens aan dat van die

⁶¹ De term is ontleend aan JOSSELAND, L., o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, 2.

⁶² cf. VANDEPUTTE, R., o.c., p. 12-13.

⁶³ Zie SWENNEN, H. (red.), *Juridische organisatie van het vrije beroep*, Antwerpen, 1974.

⁶⁴ Cass., 17 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 754, concl. adv.-gen. KRINGS;

⁶⁵ Zie DE BERSAQUES, A., «La lésion qualifiée et sa sanction», *R.C.J.B.*, 1977, 10-37.

⁶⁶ Zie DE BERSAQUES, A., *l.c.*, 23-27 en de aldaar aangehaalde rechtsbronnen.

⁶⁷ *Pas.*, 1962, I, 92.

⁶⁸ VAN GERVEN, W., en LEYTEN, J.C.M., *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle, 1977, p. 10.

⁶⁹ Cf. VAN GERVEN, W., en LEYTEN, J.C.M., o.c., p. 4 e.v.

regel zeer veel gebruik wordt gemaakt. Zo is het opvallend dat in de jongste decennia allerlei nieuwe contractsvormen opgedoken zijn en een belangrijke rol spelen in het sociaal-economisch verkeer. Ik noem hier als voorbeelden: franchising, factoring, leasing (financieringshuur), engineering, joint ventures (samenwerkingsovereenkomsten), onderzoekscontracten, informaticacontracten, allerlei nieuwe bankcontracten, enz. Daarnaast lijkt het geen twijfel dat reeds langer bestaande onbenoemde of gemengde overeenkomsten, die geheel of grotendeels het regime van de contractsvrijheid genieten, veel aan betekenis hebben gewonnen. Ik denk hier bv. aan reiscontracten, licentieovereenkomsten, verhuiscontracten, vaststellingsovereenkomsten, uitgeverscontracten, verzekeringscontracten, internationale handelsovereenkomsten, publiciteitscontracten, onderhoudscontracten, allerlei voorcontracten en voorbereidende overeenkomsten (zoals voorkeurakkoorden en zgn. *letters of intent*), contracten met diverse tussenpersonen, enz.⁷⁰ Dit alles wijst erop dat de contractsvrijheid een niet te onderschatten rol blijft spelen in ons recht.

Blijft de vraag of men in de gebieden waar de vrijheid om al dan niet te contracteren of de vrijheid om de inhoud van het contract te bepalen sterk aan banden is gelegd, nog van contracten kan spreken. Is in die gebieden het «contract» niet dood? Het antwoord op die vraag behoort m.i. ontkennend te luiden. Immers, de toestemming der contracterende partijen blijft vereist; het is pas op het ogenblik dat partijen *beloven* een of meer prestaties te verrichten dat het contractsmechanisme in werking treedt, m.a.w. dat de rechtsregels i.v.m. de totstandkoming, de uitvoering en de verdwijning van de overeenkomst toepasselijk worden. Nu kan die *wil* van een of beide partijen door bovengenoemde beperkingen van de contractsvrijheid wel in mindere of meerdere mate *geformaliseerd* zijn — men kan immers verplicht zijn om te contracteren of om een bepaalde contractsinhoud te aanvaarden —, maar zonder belofte, zonder toestemming kan er — op enkele uitzonderingen na⁷¹ — nog steeds geen contract ontstaan⁷². Het huwelijk is een oud voorbeeld van deze stelling: het is niet omdat de inhoud van dit contract geheel door de wet is vastgelegd, dat hier geen sprake meer zou zijn van een overeenkomst. De toestemming der partijen blijft onontbeerlijk⁷³⁻⁷⁴. Die regel

⁷⁰ L. SIMONT schrijft: «Le conseil des petites entreprises commerciales — et parfois même des grandes — est surpris tous les jours par l'infinie variété et parfois la bizarrerie des contrats que les hommes d'affaires concluent entre eux, sans le concours des juristes qu'ils n'aiment guère» (*l.c.*, p. 500).

⁷¹ In enkele gevallen kan een beslissing van de rechter bv. de toestemming van één der partijen vervangen. M.n. wordt gedacht aan de vertrouwensleer. *Infra*, nr. 16. Opgemerkt dient nog dat een aanbodsverplichting naast een aanvaardingsverplichting kan bestaan. Men denke bv. aan de verplichte autocontrole.

⁷² Zie in deze zin GHESTIN, J., *o.c.*, p. 145 e.v., nrs. 188 e.v.; KESSLER, F. en SHARP, M.P., *Contracts: cases and materials*, Englewood Cliffs, 1953, p. 2.

⁷³ Vgl. echter BATIFFOL, H., «La 'crise du contrat' et sa portée», *Arch. Phil. Dr.*, nr. 13, 1968, p. 22 e.v. Toegegeven moet echter worden dat in het publiek recht het verschil tussen contract en beschikking soms zeer moeilijk is geworden. Zie *supra*, voetnoot 55.

⁷⁴ Deze visie wordt blijkbaar ook in de socialistische landen van Oost-Europa onderschreven. Zo schrijft G. EÖRSI: «But an ex-

gold in 1804; hij geldt ook nu nog. De *belofte* blijft de sleutel tot het begrip contract⁷⁵.

12. Niet alleen door tussenkomst van wetgever en rechtspraak is de vrijheid van de contractspartijen om de inhoud van hun overeenkomsten te bepalen aan banden gelegd, ook het *verschijnsel van de toetredingscontracten* heeft daar in belangrijke mate toe bijgedragen. Het contract dat de opstellers van de *Code Napoléon* voor ogen stond, was de overeenkomst die na onderhandelingen tussen de individuele partijen tot stand komt, m.a.w. het *onderhandelingscontract*. De koop van een paard die na veel loven en bieden op een markt wordt gesloten, is daar een voorbeeld van. Hoewel deze soort overeenkomsten nog steeds voorkomt — men denke bv. aan rommelmarkten —, kan toch niet ontkend worden dat een belangrijk gedeelte van het moderne economische verkeer beheerst wordt door standaard- en toetredingscontracten. Standaardcontracten zijn contracten die geregeld aan bepaalde rechtsbetrekkingen ten grondslag worden gelegd (bv. verzekeringen, transport, bankverrichtingen, handelskoop, enz.) en waarvan de inhoud geheel of voor een belangrijk deel bestaat uit een vast samenstel van contractsbedingen dat vooraf schriftelijk is opgesteld voor een groot aantal gevallen en waarin het aanvullend recht wordt gepreciseerd, aangevuld of uitgeschaald⁷⁶. Toetredingscontracten zijn eenzijdig opgestelde standaardovereenkomsten. De collectieve arbeidsovereenkomst is een voorbeeld van een standaardcontract dat geen toetredingscontract is. Het gaat hier inderdaad om meezijdig vastgestelde standaardbedingen; het zijn de belangenorganisaties van werkgevers en werknemers die de contractsinhoud in gemeen overleg hebben bepaald. Zoals gezegd beheersen de standaard- en toetredingscontracten een belangrijk deel van het rechtsverkeer. «Met standaardcontracten», zo schrijft E.H. Hondius, «heeft een ieder te maken die wel eens per tram, bus, trein, schip of vliegtuig reist, die een bankrekening opent of een verzekering afsluit, die een overhemd laat wassen of een bankstel koopt, die zijn huis laat verbouwen of er een hypotheek op verleent. Kortom: iedereen die op normale wijze deelneemt aan het maatschappelijk verkeer. In nog sterkere mate is dit het geval in de handel, in het bijzonder de internationale handel ... Minutieus opgestelde standaardcontracten regelen vrijwel alle transacties van A tot Z»⁷⁷.

change of goods between equals can be brought about by means of a contract even if there is no freedom to contract, the intention is fictitious, or the conclusion is required by a legal obligation provided only that at least a formal correspondence of intentions exists. This is borne out by the very similar consequences attached to contracts made under compulsion and to contracts made 'freely': in both cases the rules found are those characteristic of the exchange of commodities with regard to performance, breach of contract, etc... Western jurists are on the verge of perceiving this proposition but are prevented by their philosophy from accepting it» EÖRSI, G., *Comparative civil (private) law. Law types, law groups, the reads of legal development*, Budapest, 1979, p. 325-326.

⁷⁵ Zie NIEUWENHUIS, J.H., *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, p. 15; STEIN, P. en SHAND, J., *Legal values in Western society*, Edinburgh, 1974, p. 230; FRIED, C., *Contract as promise*, Harvard, 1981.

⁷⁶ HONDIUS, E.H., in *Contractenrecht* (red. BLOEMBERGEN, A.R. en KLEYN, W.M.), Deventer, losbladig, VII, nrs. 1 e.v.

⁷⁷ HONDIUS, E.H., *ibid.*, nr. 1.

Dat standaardcontracten aan een maatschappelijke behoefte beantwoorden, kan niet worden ontkend. Zij maken een inkorting van de onderhandelingsfase mogelijk, zodat meer overeenkomsten in minder tijd kunnen worden gesloten; zij maken het de partijen mogelijk hun rechten en plichten duidelijker te omschrijven dat in de vaak verouderde en leemten vertonende suppletieve wetsbepalingen het geval is; de algemene bedingen zijn dikwijls minutieus uitgewerkt, aan een lange ervaring getoetst en worden bij elke rechtsontwikkeling aangepast; deze overeenkomsten bieden de mogelijkheid rekening te houden met de specifieke noden en behoeften van de betrokken handels- of beroepssector. Kortom, de door deze algemene bedingen verwezenlijkte standardisering en precisering van de verdeling der economische risico's laten een betere kostprijsberekening toe en kunnen een belangrijke kostenbesparing betekenen door inkorting van de onderhandelingsfase en verkleining van het procesrisico. Een tweede factor die ten grondslag ligt aan de uitzonderlijke ontwikkeling van de standaardcontracten, is het verwerven door de opsteller van het contract van een bevoorrechte rechtspositie. Aldus worden in zeer veel adhesiecontracten strenge boetebedingen en ontbindingsbedingen opgenomen voor het geval dat de toetredende partij zijn verbintenissen niet nakomt, en gelden verregaande exonerationclausules m.b.t. de verbintenissen van de opsteller van de algemene voorwaarden. Misbruiken zijn hier dan ook niet uitzonderlijk.

Hoe dan ook, de contractsvrijheid van de toetredende partij in adhesiecontracten is zeer klein geworden. In de meeste gevallen is zijn keuze beperkt tot het aanvaarden van het contract in zijn geheel of helemaal niet contracteren. En wanneer de opsteller van het toetredingscontract over een monopoliepositie beschikt en de aangeboden goederen of diensten in een levensbehoefte voorzien — men denke met name aan de openbare nutsbedrijven —, dan heeft de toetredende partij zelfs die vrijheid niet. Het is dan ook niet verwonderlijk dat heel wat rechtsgeleerden, zoals Saleilles, Duguit en Hauriou, beweerd hebben dat toetredingscontracten geen overeenkomsten zijn in de zin van art. 1101 B.W., maar eenzijdige rechtshandelingen van een particuliere overheid die gelijkgeschakeld behoren te worden met reglementen of beschikkingen uitgaande van een publieke overheid⁷⁸. Indien deze stelling de overhand zou gehaald hebben, zou ik geneigd zijn geweest om de «contract is dood»-theorie grotendeels te aanvaarden. De heersende rechtsleer en rechtspraak hebben deze opvatting echter verworpen. Het hoofdargument daarbij is — naast het feit dat wij geen behoefte hebben aan private wetgevers — dat door tot het contract toe te treden, de wederpartij zijn toestemming geeft, m.a.w. dat hij het gedane aanbod aanvaard. «Adhérer», aldus Ripert en Boulanger, «c'est consentir»⁷⁹. Het feit dat niet over elk der contractsbedin-

gen door partijen is onderhandeld, is geen bezwaar. Niet het onderhandelen, maar het toestemmen is een geldigheidsvereiste van de overeenkomst. Het gevolg is geweest — en dat is wél voor kritiek vatbaar — dat de heersende rechtspraak en rechtsleer elke bijzondere juridische betekenis zijn gaan ontzeggen aan de standaard- en toetredingscontracten. «Le contrat d'adhésion», zo schrijft De Page, «n'a, strictement parlant, qu'une existence et une valeur doctrinales»⁸⁰. «En réalité», zo lezen we bij A. Rieg, «le problème du contrat d'adhésion ne se situe pas au plan des concepts juridiques mais au plan moral et social»⁸¹. «Les civilistes», aldus leest men in het handboek van Planiol, Ripert en Esmein, «tout en reconnaissant les abus auxquels les contrats d'adhésion peuvent donner lieu, se sont refusés à reconnaître en eux une catégorie juridique distincte, faute de trouver des traits assez précis pour la distinguer»⁸².

13. Ook het beginsel van de *bindende kracht der overeenkomst* heeft klappen gekregen.

Het ter discussie stellen van de theorie van de wilsautonomie heeft geleid tot een wijziging van de *grondslag* van de regel *pacta sunt servanda*. Hierboven werd reeds op dit probleem ingegaan. We kwamen daar tot het besluit dat het beginsel overeenkomst-wet niet zozeer stoelt op de wil van de partijen, maar op de wil van de wetgever: de wetgever sanctioneert deze regel op rechtspolitieke gronden⁸³. Hier moet nog even op die gronden worden ingegaan. Veronderstel bv. dat A aan B een schilderij verkoopt tegen de prijs van 100.000 BF en dat B een voorschot betaalt van 35.000 BF. Indien dit contract A niet bindt, dan zou hij ongestraft met B's 35.000 BF aan de haal kunnen gaan. Het contract moet partijen dus binden om deze *ongegrunde vermogensverschuiving* te verhinderen. Maar er zijn andere redenen. Veronderstel dat B het schilderij een week later in Parijs mag komen afhalen. Wanneer hij daar aankomt, krijgt hij echter van A te horen dat de koop niet doorgaat. Indien we zouden beslissen dat een contract niet bindt, dan zou B dus nodeloos tijd en geld verspilld hebben door naar Parijs te reizen. Deze uitgaven zijn *in casu* A weliswaar niet ten goede gekomen, maar zijn toch aan hem te wijten daar hij het *vertrouwen* gewekt heeft dat de koop zou doorgaan. Het contract moet partijen hier dus binden om te verhinderen dat het aan de schuld van A door B geleden *verlies* onvergoed zou blijven. Maar ook dit is geen volledige verklaring. Veronderstel dat B geen voorschot heeft betaald en ook geen reis- of andere kosten heeft gemaakt, waarom bindt het contract partijen dan? Het antwoord hierop is dat partijen door hun wederzijdse beloften bij elkaar de

de négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat pré-rédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment où ce dernier a donné son consentement» (o.c., p. 148).

⁸⁰ DE PAGE, H., o.c., II, nr. 551, p. 537.

⁸¹ RIEG, A., «Contrat-type et contrat d'adhésion», in *Etudes de droit contemporain. Contributions françaises au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Parijs, 1970, p. 11 en de verwijzingen.

⁸² PLANIOL, M., RIPERT, G., en ESMEIN, P., *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, 1952, nr. 223, p. 138. Zie ook DE HARVEN, P., *Liberté et sécurité contractuelles*, Brussel, 1945, p. 30.

⁸³ *Supra*, nr. 7.

⁷⁸ SALEILLES, R., *La déclaration de volonté*, Parijs, 1901, p. 229-230; DUGUIT, L., *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Parijs, 1901, p. 55 en 432; *id.*, *Les transformations du droit privé*, Parijs, 1912, p. 115 e.v.; HAURIOU, M., noot, S., 1908, 3, 17; S., 1909, 3, 137; *id.*, *Principes de droit public*, Parijs, 1910, p. 211-213.

⁷⁹ RIPERT G., en BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, II, Parijs, 1957, nr. 53. In dezelfde zin J. GHESTIN: «Malgré l'absence

verwachting hebben gewekt dat de overeenkomst effectief zal worden nagekomen en dat de daaraan voor ieder van hen verhoopte voordelen gerealiseerd zullen worden. Welnu, wanneer men — zoals in de westerse landen het geval is — de kanalisatie van de goederen- en dienstenstroom in hoofdzaak of in belangrijke mate langs het contractsmechanisme wil realiseren⁸⁴, dan is het evident dat de overheid ervoor moet waken dat die goederen- en dienstenstroom ook effectief kan plaatshebben en dat impliceert noodzakelijkerwijze dat de gedane beloften en de daardoor gewekte verwachtingen waargemaakt moeten kunnen worden, m.a.w. dat de nakoming van contracten afgedwongen kan worden⁸⁵. Deze functionele, pragmatische benadering van

⁸⁴ In de meeste Oosteuropese socialistische landen is dat anders. Daar gaat men uit van het beginsel dat het contractsmechanisme niet het meest doelmatige en rechtvaardige systeem van allocatie van goederen en diensten is. In die landen heeft de collectivisering van de produktiemiddelen ertoe geleid dat de economische en sociale ordening in de eerste plaats geschiedt op grond van besluiten en richtlijnen van centrale plannings- en gezagsorganen. Beslissingen zoals wie wat waar zal produceren, wie de geproduceerde goederen zal vervoeren en verdelen, wie gerechtigd is tot het gebruik of verbruik van deze waren, enz. worden dus vooral getroffen door de bevoegde overheidsorganen op grond van de geldende wetten, reglementen en plannen. Toch is het zo dat men in de Sovjet-Unie en de andere socialistische staten thans een niet onbelangrijke plaats voor het contract heeft ingeruimd. De redenen daarvoor zijn van tweeërlei aard. De eerste is dat de zaken bestemd voor het persoonlijk gebruik van de burgers (o.m. één woning, één personenwagen, uitrusting voor de uitoefening van een beroep) hun persoonlijke eigendom zijn en dus het voorwerp van private contracten mogen uitmaken. Deze overeenkomsten vertonen grote gelijkenissen met de contracten in de westerse landen (zie EORSI, G., o.c., p. 327). In de tweede plaats zijn er de contracten in de gesocialiseerde sectoren. Contracten worden hier door de Staat gebruikt als instrumenten om het Plan te verwezenlijken. Partijen zijn de staatsondernemingen die een bepaalde bestuurlijke en boekhoudkundige autonomie verworven hebben. De contracten die zij sluiten zijn vaak niet meer dan een «vertaling» of een uitwerking op horizontaal vlak — d.i. tussen de ondernemingen — van de bindende richtlijnen die de betrokken ondernemingen van hogerhand — m.a.w. op verticaal vlak — in het raam van het Plan hebben ontvangen (EORSI, G., o.c., p. 328). Soms echter sluiten groepen van ondernemingen («combines» of «unions») onder elkaar overeenkomsten vooraleer het Plan is vastgesteld. Deze overeenkomsten kunnen dan gezien worden als een voorbereiding van het Plan en — zo ze worden goedgekeurd — eveneens als een middel om dat Plan uit te voeren (*ibid.*, p. 328-329). Onontbeerlijk is in al deze gevallen de toestemming der partijen, zij het dat zij vaak wettelijk verplicht zijn om die te geven. Men stelt zich dan tevreden met een *geformaliseerde toestemming* (*ibid.*, p. 325; zie ook *supra*, voetnoot 74). Essentieel is ook dat de algemene regels van het contractenrecht — bv. inzake niet-nakoming — op deze overeenkomsten toepasselijk zijn (*ibid.*). Zie ter zake ook TUNG, A., «La possibilité de comparer le contrat dans des systèmes juridiques à structures économiques différentes», *Rabels Zeitschrift*, 1962, 480 e.v.; HAZARD, J.N., *Communists and their law. A search for the common core of the legal systems of the Marxian Socialist States*, Chicago, 1969, p. 311 e.v.; *Encyclopedia of Soviet Law* (red. F.J.M. FELDBRUGGE et al.), Dordrecht, 1985, v° «Contracts», p. 169 e.v.

⁸⁵ Zie o.m. ATIYAH, P.S., o.c., p. 1 e.v.; TREITEL, G.H., *An outline of the law of contract*, 1984, p. 5. De opvatting is diep ingeworteld in het Angelsaksische recht. Voor een bespreking, zie

het probleem brengt mee dat de regel overeenkomst-wet niet op een fetisjistische wijze — zoals in de theorie van de wilsautonomie — geïnterpreteerd en toegepast wordt. Dit kan bv. leiden tot een versoepeling van de regel bij langdurige overeenkomsten waar de samenwerkingsverplichting tussen partijen centraal staat⁸⁶, of zelfs tot het ter zijde stellen van de regel in gevallen waarin dit sociaal of economisch wenselijk wordt geacht, m.n. omdat toepassing ervan tot onrechtvaardige toestanden zou leiden of een ontreding van het economisch verkeer zou teweegbrengen (ik denk bv. aan een ineenstorting van de munt).

14. In het vorige nummer hebben we gezien dat overeenkomsten binden omdat anders een onrechtmatige verrijking plaats kan hebben, schade kan worden berokkend door een foutieve schending van het gewekte vertrouwen en omdat de door partijen in het leven geroepen verwachtingen gehonoreerd moeten worden. De vraag rijst of de grondslag van de contractuele verbintenis derhalve niet het vergoeden van schade is die op onzorgvuldige wijze veroorzaakt is? *M.a.w. wordt het contract niet geabsorbeerd door de leer van de onrechtmatige daad?* Is de contractuele zorgvuldigheid in feite niet de zorg die in het maatschappelijk verkeer jegens de medecontractant in acht genomen moet worden?

Voor al in het Angelsaksische recht wint deze opvatting de jongste tijd veld. Ik verwijs hier met name naar de studies van G. Gilmore en P.S. Atiyah⁸⁷. Ook in Nederland is de opvatting blijkbaar niet onbekend. Schreef J. Eggens immers niet dat wanprestatie in wezen een onrechtmatige daad is?⁸⁸ En meer dan honderd jaar geleden meende de Duitse schrijver B.S. Schlossmann dat het contract als begrip «völlig werthlos» is, «ein juristisches Nichts», daar het door schuld niet nakomen van een contractuele belofte een

VAN DUNNÉ, J.M., *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, 1971, (hierna: *Normatieve uitleg*), p. 362 e.v. Zie ook LANGEMEIJER, G.E., o.c., p. 31 («Wat echter is het argument van gerechtigheid ... Het is dat elk van de partijen willens en wetens bij de ander de verwachting heeft opgewekt de afspraak te zullen nakomen. De schade die ontstaat als hij — behoudens overmacht — die verwachting niet gestand doet is door hem en door hem alleen veroorzaakt»). Er zijn wellicht nog andere redenen die de wetgever tot de erkenning en sanctiëring van genoemde regel bewegen, zoals het morele beginsel «belofte maakt schuld» en de mogelijkheid om door contracten tussen partijen aan «risico-allocatie» te doen. Zie en vgl. over dit alles VON MEHREN, A., «A general view of contract», in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, *Contracts in general*, 1980, nrs. 21-29.

⁸⁶ Zie vooral VAN GERVEN, W., «Langdurige overeenkomsten. Prijsbepaling, aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden, conflictregeling», in *Hulde René Dekkers*, Brussel, 1982, p. 377 e.v.; zie ook DELIÈGE, A., «Pour un contrat évolutif», *Rev. Not.* B., 1982, 278 e.v.

⁸⁷ GILMORE, G., *The death of contract*, Columbus, 1974, 87 («Speaking descriptively, we might say that what is happening is that 'contract' is being reabsorbed into the mainstream of 'tort'»); ATIYAH, P.S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, p. 713 e.v. en 711 e.v.; Id., *Promises, Morals and Law*, Oxford, 1981, p. 184 e.v. Voor een bespreking, zie VAN DUNNÉ, J.M., o.c., N.J.B., 1980, 668-669 en 677-678; RAZ, J., «Promises in morality and law», *Harvard Law Review*, 1982, 916 e.v. in het bijzonder 922 e.v.

⁸⁸ EGGENS, J., *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Alphen aan de Rijn, 1959, 244.

miskening is van andermans gerechtvaardigd vertrouwen en dus een onrechtmatig handelen⁸⁹.

Dat er tussen contract en onrechtmatige daad raakvlakken bestaan, kan niet ontkend worden. Ik hoef hier maar te verwijzen naar het gelijklopen op veel punten van de regels inzake contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid⁹⁰, naar de zo omstreden samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid en naar de in ons land veelal op de artikelen 1382 en 1383 B.W. stoelende precontractuele en postcontractuele aansprakelijkheid⁹¹.

Het zwakke punt in de redenering dat het contractenrecht eigenlijk geabsorbeerd wordt door het recht inzake onrechtmatige daad, is echter dat het contract gereduceerd wordt tot een probleem van niet-nakoming, van contractuele aansprakelijkheid, van schadeloosstelling. Miskend wordt daarmee dat een contract en de daaruit voortvloeiende verplichtingen ontstaan op het ogenblik dat partijen toezeggen, d.w.z. *beloven*; de nadruk ligt m.a.w. te veel op de schade en te weinig op de belofte die verwachtingen schept⁹². Van Dunné zegt het als volgt: «Het is mij te enen male niet duidelijk wat er tegen is om vóór er van presteren of wanpresteren sprake is, van een verbintenis te spreken, en wel gegrond op de toezegging. ... (H)et heeft voordelen om het ontstaan van rechtsgevolgen een stadium eerder aan te nemen ... Indien de toezeggende partij niet aan nakomen toekomt ten gevolge van bv. haar dood ..., gaat de verplichting tot presteren over op zijn rechtsverkrijgers ... Indien wél normaal nagekomen wordt, ... dan miskent schr. (Schlossmann) dat het rechtens van belang kan zijn om te weten of een vermogensverschuiving op een toezegging berust (en of daar weer een andere toezegging tegenover stond) of niet (een bloot feitelijk gebeuren, vgl. 'onverschuldigde betaling', *derelictio*, etc.)»⁹³.

15. Wat er ook van zij, het lijdt geen twijfel dat op het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomsten reeds heel wat uitzonderingen bestaan.

Soms worden contracten door de *wet* zelf gewijzigd. Zo bepalen veel wetten dat bepaalde contractuele bedingen voor niet geschreven moeten worden gehouden. Deze «amputatie» impliceert noodzakelijkerwijze een wijziging van de overeenkomst. Als voorbeeld kan hier art. 24, eerste lid, Pachtwet vermeld worden: «Alle bedingen die de vrijheid van de pachter omtrent de wijze van bebouwing van de gepachte grond of omtrent de beschikking over de producten van de hoeve beperken, worden voor niet bestaande

gehouden.» Daarnaast bepalen wetten vaak dat bepaalde clausules niettegenstaande ieder strijdig beding van rechtswege deel uitmaken van de overeenkomst. Ook dit komt neer op een wijziging of minstens een aanvulling van de oorspronkelijke overeenkomst door de wet. Als voorbeeld kan hier art. 4, eerste lid, Pachtwet aangehaald worden: «De pachtijd wordt vastgesteld door de partijen; hij mag niet korter zijn dan negen jaar. Is een kortere tijd bedongen, dan wordt hij van rechtswege op negen jaar gebracht.» Het komt ten slotte wel voor dat een wet bestaande rechtsgeldige overeenkomsten wijzigt. Zo bepalen heel wat wetten dat zij ook toepasselijk zijn op bestaande contracten. Als voorbeeld kunnen hier de tijdelijke huurwetten worden vermeld.

Er zijn heel wat wettelijke beschikkingen in de loop der jaren uitgevaardigd die aan de *rechter* de bevoegdheid verlenen om overeenkomsten te wijzigen of aan te passen. In dit verband kan bv. verwezen worden naar art. 1244, tweede lid, B.W. (termijnen van respijt); naar de wet van 9 juli 1957 nopens de verkoop op afbetaling en zijn financiering, waarin bepaald wordt dat overdreven bevonden boetebedingen en lastenpercentages door de rechter mogen verminderd worden (artt. 17, 19, § 2, 19*quinquies*, 19*octies*, § 2); en naar art. 302, § 3, B.W. dat de vrederechter machtigt overeenkomsten tussen echtgenoten i.v.m. onderhoudsuitkeringen in geval van echtscheiding op grond van bepaalde feiten te veranderen of aan te passen, o.m. indien zich ingrijpende wijzigingen in de toestand van de uitkeringsgerechtigde of de uitkeringsplichtige hebben voorgedaan.

In deze en soortgelijke gevallen gaat het om specifieke wetsbepalingen die de rechter uitdrukkelijk in bepaalde materies of in bepaalde omstandigheden de bevoegdheid verlenen om overeenkomsten te wijzigen of aan te passen. Maar is dat ook in andere gevallen mogelijk? Vastgesteld moet worden dat de rechtspraak in ons land tot op heden weinig geneigd schijnt deze vraag bevestigend te beantwoorden. Ongetwijfeld erkent het Hof van Cassatie sinds lang dat de feitenrechter de bevoegdheid bezit — op grond van een traditionele regel die door het Burgerlijk Wetboek, althans volgens het Hof, niet werd afgeschaft — het loon van de lasthebber te verminderen, indien hij vaststelt dat het overeengekomen loon buiten verhouding staat tot de belangrijkheid van de bewezen diensten^{93a}. Voorts is er de regel die de rechter de mogelijkheid biedt om de nietigheid te beperken tot het onwettige beding — bv. een boetebeding of een exonerationclausule — zodat het aldus «geamputeerde» contract partijen blijft binden. Ook hier gaat het echter om *specifieke regels*. Een *algemeen marginaal toetsingsrecht* van de rechter — bv. gebaseerd op de regel dat overeenkomsten door partijen te goeder trouwe moeten worden uitgevoerd — heeft het Hof van Cassatie tot op heden niet erkend. Wél heeft het Hof van Cassatie in een recent arrest van 19 september 1983 uitdrukkelijk de visie bekrachtigd dat het misbruik maken van contractuele rechten door art. 1134, derde lid, B.W. beteugeld wordt⁹⁴, maar — zoals A.

⁸⁹ SCHLOSSMANN, B.S., *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, aangehaald door VAN DUNNÉ, J.M., *Normatieve uitleg*, p. 393 e.v.

⁹⁰ Het valt moeilijk te loochenen dat de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid in ons land zo'n uitbreiding heeft genomen dat zij de theorie van de wilsgebreken dreigt te overvleugelen. Zie KRUTHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 528 e.v., en de verwijzingen. Wat de postcontractuele aansprakelijkheid betreft, zie FONTAINE, M., «Les obligations 'survivant au contrat' dans les contrats internationaux», *D.P.C.I.*, 1984, 7-27.

⁹¹ In beide gevallen steunt aansprakelijkheid in beginsel op fout, schade en oorzakelijk verband tussen fout en schade.

⁹² Cf. FRIED, C., *o.c.*, p. 4.

⁹³ VAN DUNNÉ, J.M., *Normatieve uitleg*, p. 398-399. Voor andere argumenten, zie o.m. COHEN, M.R., *Law and the social order*, 1967, p. 95-98; VON MEHREN, A., *o.c.*, nrs. 2 en 3.

^{93a} Cass., 6 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 842, en *R.C.J.B.*, 1982, 519, noot E. DIRIX.

⁹⁴ *R.W.*, 1983-84, 1480.

Van Oevelen en E. Dirix hebben aangetoond⁹⁵ — houdt dat niet noodzakelijk de erkenning in van de stelling dat de rechter de algemene bevoegdheid bezit om in uitzonderlijke omstandigheden bepaalde contractsbedingen opzij te schuiven. In dit verband dient ook te worden onderstreept dat ons Hof van Cassatie — daarin gevolgd door het grootste deel van de lagere rechtbanken — tot nu toe weerstaan heeft aan de verleiding om de imprevisieleer te aanvaarden⁹⁶. Zoals men weet, gaat volgens de imprevisieleer een overeenkomst teniet of mag deze door de rechter worden aangepast, indien na het tot stand komen van het contract zich abnormale en onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan die de nakoming van de verbintenis van een der partijen in zeer belangrijke mate verzwaren, zij het niet onmogelijk maken. Te denken valt aan een ernstige verstoring van het contractuele evenwicht door o.m. een oorlogs- of aanverwante toestand of een plotselinge en belangrijke devaluatie of opwaardering van de munteenheid.

16. Hierboven werd reeds de stelling verdedigd dat de *toestemming* van de contracterende partijen nog steeds een wezenselement is van het moderne contract⁹⁷. We hebben echter ook gezien dat het hier in een aantal gevallen om een in belangrijke mate geformaliseerde wil gaat. Het feit dat één of zelfs beide partijen wettelijk of feitelijk verplicht zijn om hun toestemming te geven of om een bepaalde contractsinhoud te accepteren, verhindert immers geenszins dat toegestemd wordt in de juridische betekenis van het woord⁹⁸.

Het recht vermag echter af te wijken van deze regel en tot het bestaan van een contract besluiten ondanks het ontbreken van toestemming van één of zelfs beide partijen⁹⁹. De voornaamste toepassing van deze uitzonderingsregel is de zgn. *vertrouwensleer*. Het gaat hier meer in het bijzonder om de vraag of bij de contractsvorming de werkelijke wil al dan niet voorrang moet hebben op de uitgedrukte wil. Zoals gezegd, lijdt het volgens de theorie van de wilsautonomie geen twijfel dat de werkelijke wil de wilsverklaring moet primeren. Deze visie schept echter grote prakti-

sche problemen wanneer een der partijen een verklaring heeft afgelegd die door de wederpartij als toestemming is begrepen, maar die niet zo bedoeld was. In zo'n geval wordt thans vrij algemeen erkend dat de wilsleer gecorrigeerd moet worden door de vertrouwensleer. De vertrouwensleer houdt hier in dat onder omstandigheden als toestemming geldt niet alleen de verklaring die met de werkelijke wil overeenstemt, maar ook de verklaring die bij de wederpartij het vertrouwen of de schijn heeft gewekt dat toestemming werd gegeven. Over de grondslag en de draagwijdte van deze leer bestaan bij ons echter nog steeds ernstige meningsverschillen. Volgens de meer traditioneel georiënteerde rechtspraak en rechtsleer dient deze theorie gegrond te worden op de fout van de schijnschepper, m.a.w. op een *culpa in contrahendo* gesanctioneerd door de artikelen 1382 en 1383 B.W.: wanneer de werkelijke wil niet overeenstemt met de uitgedrukte wil en deze discrepantie veroorzaakt is door de fout van de partij die de verklaring heeft afgelegd, dan bestaat de meest aangepaste vorm van schadevergoeding in de handhaving van het schijncontract¹⁰⁰. W. Van Gerven meent echter dat een rechtsorde, wil zij de naam van een ontwikkelde rechtsorde waardig zijn, geen omweg moet maken langs de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid, maar de rechte weg moet kiezen en zonder meer de vertrouwensleer als aanvulling van de wilsleer dient te aanvaarden¹⁰¹. Deze laatste oplossing biedt het voordeel om ook tot een contract te besluiten in het geval dat de schijn niet door de fout van de wederpartij werd gewekt, maar wel aan diens gedrag te wijten was.

17. Er zijn tijdens de jongste decennia ook beperkingen op het beginsel van het *consensualisme* vast te stellen, zij het in mindere mate dan t.a.v. het principe van de contractsvrijheid. Zo is er sprake van een *beperkte herleving van het formalisme*. Het aantal gevallen waarin de geldigheid van de rechtshandeling afhankelijk wordt gesteld van het in acht nemen van bepaalde vormvereisten, neemt inderdaad toe. De gronden voor het invoeren van deze vormvereisten lopen nogal uiteen: bescherming van een partij tegen overijling of tegen het overwicht van de wederpartij; bescherming van derden; bevorderen van de rechtszekerheid; enz. Ziehier enkele voorbeelden van deze ontwikkeling:

— *Wet van 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en van zijn financiering*. Deze wet eist de opstelling van een akte waarin een hele reeks gegevens moet worden opgenomen. Daarenboven is een verkoop op afbetaling niet voltrokken zolang er geen voorschot betaald is van ten minste 15% van de contante koopprijs. Indien de koop gesloten wordt buiten het bedrijf van de verkoper, is de koop eerst voltrokken na verloop van een termijn van zeven dagen met ingang van de dag na die waarop het voorschot is betaald. Tijdens deze bedenktijd heeft de koper het recht om de verkoper bij aangetekende brief te laten weten dat hij afziet van de koop. De koper kan van dit recht niet afzien (zie de artt. 3 e.v. van de wet).

⁹⁵ VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-86, 92 e.v.

⁹⁶ Zie DE PAGE, o.c., II, nrs. 467 C en 573 e.v. en de talrijke verwijzingen aldaar.

⁹⁷ *Supra*, nr. 11. De — overigens zeer interessante — vraag of een contract een meerzijdige rechtshandeling is of uiteenvalt — zoals J.M. Van Dunné verdedigt — in twee eenzijdige rechtshandelingen, nl. aanbod en aanvaarding, laat ik hier buiten beschouwing. Zie VAN DUNNÉ, J.M., *Normatieve uitleg*, 478 p. Blijkbaar werd Van Dunné's stelling reeds in 1965 door M. Rouhette verdedigd in diens proefschrift *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Parijs, 2 dln. Zie GHESTIN, J., o.c., p. 125. De aanvaarding door ons Hof van Cassatie van de stelling dat een aanbod een verbintenis door eenzijdige wilsuiging is (Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1132 en 1139) — m.a.w. een eenzijdige rechtshandeling — wijst misschien in de richting van een zekere erkenning van deze leer.

⁹⁸ *Supra*, nr. 11.

⁹⁹ «Ne peut-on considérer», zo schrijft M. Rouhette, «que du moment que la volonté, lorsqu'elle existe est un simple élément objectif parmi d'autres qui sont déterminés par le Droit, il peut dépendre précisément du Droit de ne pas en requérir l'existence...» (o.c., § 114, p. 411-412, aangehaald door GHESTIN, J., o.c., p. 127).

¹⁰⁰ Zie DE PAGE, H., o.c., I, nr. 32, en II, nrs. 555 e.v.

¹⁰¹ VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Antwerpen, 1969, p. 305-306.

— *Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen.* Deze wet legt eveneens de vervulling op van een reeks pleegvormen, waaronder de verplichte ondertekening van een schriftelijke akte, die aan tal van voorwaarden dient te beantwoorden (zie o.m. de artt. 7 e.v. van de wet).

— Art. 4, § 4, *Handelspraktijkenwet* bepaalt: «Iedere handelaar of ambachtsman is gehouden een bestelbon af te geven wanneer de levering van het produkt of het verlenen van de dienst wordt uitgesteld en een voorschot wordt betaald door de verbruiker.»

— Overeenkomsten tussen de werknemer die het slachtoffer is geworden van een arbeidsongeval en de arbeidsongevallenverzekeraar betreffende de verschuldigde vergoedingen (zgn. kwijtingen per saldo van rekening) zijn slechts geldig na homologatie door de bevoegde Arbeidsrechtbank (art. 65 *Arbeidsongevallenwet*).

Ook hier gaat het om beperkingen van de theorie van de wilsautonomie, maar is vooralsnog geen sprake van een werkelijke breuk met het verleden. Niemand zal trouwens ontkennen dat ook plechtige contracten overeenkomsten zijn in de juridische betekenis van het woord. In deze ontwikkeling kan dus geen argument ter ondersteuning van de «contract is dood»-stelling worden gevonden.

Hetzelfde geldt trouwens voor *andere beperkingen van de wilsleer*, zoals de rechtspraak die de aanvaarding van standaardbedingen afleidt uit de omstandigheid dat de medecontractant van die bedingen kennis heeft genomen of heeft kunnen nemen en er niet uitdrukkelijk of stilzwijgend tegen heeft geprotesteerd. Met het feit dat de wederpartij deze algemene bedingen niet gelezen heeft of de draagwijdte ervan niet goed heeft begrepen, wordt in de regel geen rekening gehouden¹⁰³. In dit verband kan ook de tendens vermeld worden van de rechtspraak om standaardbedingen — ik denk bv. aan de modelpolis van de WAM-verzekering — op uniforme wijze te interpreteren¹⁰⁴.

18. Een laatste punt dat ik in dit verband kort zou willen bespreken is het *principe van de relativiteit der overeenkomsten*. Ook deze regel — die wezenlijk verbonden is met de theorie van de wilsautonomie — heeft men niet volledig kunnen handhaven.

In 1909 erkende het Hof van Cassatie voor het eerst dat ter zake een onderscheid moet worden gemaakt tussen het «louter bestaan» van het contract en de «innerlijke uitwerkingen» van de overeenkomst: de innerlijke uitwerkingen, d.z. de rechten en verplichtingen die uit de overeenkomst voortspuiten, binden uitsluitend de contracterende

partijen; het louter bestaan van het contract, daarentegen, is een feit dat zich aan derden opdringt en dat door derden ook aan de contractspartijen mag worden tegengeworpen¹⁰⁵. Dit onderscheid heeft o.m. geleid tot de erkenning van de *theorie van de medepligtigheid aan andermans contractbreuk*. Lange tijd werd een veroordeling van de derde-medepligtige op grond van art. 1382 B.W. beperkt tot de gevallen waarin de derde aan andermans contractbreuk heeft deelgenomen met de bedoeling de benadeelde schuldeiser te schaden of is opgetreden met de bedoeling de schuldenaar te helpen contractbreuk te plegen¹⁰⁶. Sinds het arrest van 22 april 1983 van het Hof van Cassatie staat vast dat de derde ook onrechtmatig handelt wanneer hij welbewust deelneemt aan andermans contractbreuk of behoorde te weten dat hij zijn medewerking aan die wanprestatie verleende¹⁰⁷.

Maar er zijn nog andere uitzonderingen gekomen op artikel 1165 B.W. Ik noem hier bv. de *rechtstreekse vordering*. Dit is de vordering die een schuldeiser in eigen naam en voor eigen rekening mag instellen tegen de schuldenaar van zijn schuldenaar, m.a.w. tegen de onderschuldenaar. De wetgever en de rechtspraak hebben heel wat van dit soort vorderingen erkend in de loop der jaren. Ik vermeld als voorbeelden: de rechtstreekse vordering van het slachtoffer van een autoöngeval tegen de verzekeraar van de voor dat ongeval aansprakelijke dader¹⁰⁸, de rechtstreekse vordering van het slachtoffer van een arbeidsongeval tegen de arbeidsongevallenverzekeraar¹⁰⁹ en de rechtstreekse vordering van kopers van een produkt tegen de opeenvolgende verkopers van dat goed wegens niet-nakoming van de wettelijke vrijwaringsverplichting voor verborgen gebreken¹¹⁰.

Ik noem hier ten slotte nog als nieuwe uitzonderingen op art. 1165 B.W. de collectieve arbeidsovereenkomsten die bij koninklijk besluit algemeen verbindend zijn verklaard¹¹¹ en de algemeenverbindendverklaring, op grond van het koninklijk besluit nr. 62 van 13 januari 1935, van economische reglementeringen die reeds vrijwillig aanvaard werden door een ontegensprekelijke meerderheid van de voortbrengers of verdelers van de betrokken sector.

Het spreekt vanzelf dat door al deze regels het contract als rechtsfenomeen niet bedreigd wordt, maar er juist een grotere draagwijdte aan wordt toegekend.

III. DEREGULERINGSBEWEGING

19. Uit het voorgaande blijkt dat door de vermaatschappelijking van ons contractenrecht wél de theorie van de wilsautonomie klappen, en zelfs rake klappen heeft gekregen, maar dat de rol en de betekenis van het contract in onze samenleving er niet of niet ernstig door in het gedrang zijn gekomen.

Maar daarmee is dit verhaal niet ten einde. In de jongste

¹⁰² Zie in deze zin Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht*, II (door HARTKAMP, A.S.), Zwolle, 1985, p. 88.

¹⁰³ Zie KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 459; KRUITHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, 539 e.v., en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Men kan deze leemte in de wilsleer zo nodig opvangen met behulp van de vertrouwensleer: men is gebonden aan de uiterlijk tot stand gekomen overeenkomst. Zoals gezegd (*supra*, nr. 11), kan men niet beweren dat de wilsleer hier helemaal geen rol meer speelt: de toetredende partij moet nog steeds «toetreden», d.i. zijn toestemming geven.

¹⁰⁴ Zie KRUITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., o.c., p. 499-500.

¹⁰⁵ Cass., 27 mei 1909, *Pas.*, 1909, I, 272.

¹⁰⁶ Cass., 24 november 1932, *Pas.*, 1933, I, 19.

¹⁰⁷ Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427, noot E. DIRIX.

¹⁰⁸ Art. 6 W.A.M.

¹⁰⁹ Art. 42 *Arbeidsongevallenwet*.

¹¹⁰ Zie COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, 1978, p. 257.

¹¹¹ Artt. 28 e.v. C.A.O.-Wet.

jaren is er immers een beweging op gang gekomen die de overheidsreglementering van contracten sterk ter discussie stelt. Ik bedoel uiteraard de *dereguleringsbeweging*. De vraag rijst of dit vroeg of laat zal leiden tot een heropleving van het volledig op de wilsautonomie gebaseerde contract.

De dereguleringsbeweging kan — op gevaar af van oversimplificatie — ingedeeld worden in twee groepen. De eerste groep streeft naar het verminderen of vereenvoudigen van rechtsregels onder handhaving van de bestaande maatschappelijke doelstellingen. Men spreekt in dit verband ook wel van *delegislation*. De tweede groep beoogt eveneens een vermindering van rechtsregels maar dan op grond van een verandering van de maatschappelijke doelstellingen. De eerste groep legt de nadruk op de wetgevings-technische aspecten van het probleem, de tweede op de wetgevingspolitieke¹¹². De eerste benaderingswijze heeft o.m. in Nederland succes¹¹³ en vindt men bij ons terug in artikelen van H. Vandenberghe en W. Van Gerven¹¹⁴. De kampioenen van de tweede opvatting zijn vooral te zoeken in de Verenigde Staten van Noord-Amerika, meer bepaald in de bekende *Chicago School of Law and Economics*. Ook in West-Europa groeit echter de belangstelling voor deze laatste zienswijze. Ik vermeld in dit verband de *European Association of Law and Economics*, waarvan een Belgische afdeling o.l.v. prof. Roger Van den Bergh onlangs actief is geworden¹¹⁵.

20. De eerste strekking gaat ervan uit dat de sterke uitbreiding en intensivering van de overheidsbemoeiing in de laatste honderd jaar berust op een brede maatschappelijke consensus en dat dit noodzakelijk gepaard gaat met wat men «regelverdichting» noemt¹¹⁶. Maar in de loop der jaren zijn de vele wettelijke maatregelen in bepaalde gebieden tot een weinig overzichtelijke, slecht gecoördineerde normenvloed uitgegroeid, een normenvloed waarvan de toepassing de gemeenschap bijzonder hoge uitgaven oplegt en die desondanks vaak niet erg doelmatig is. Vooral tijdens de laatste decennia zijn heel wat wetten uitgevaar-

digd die uit technisch oogpunt van bedenkelijke kwaliteit zijn. Het kenmerk van die wetgeving is dat ze incidenteel tot stand komt en beantwoordt aan onmiddellijke politieke noden. Aan het inpassen van deze regels in het bestaande wetsapparaat wordt weinig aandacht besteed. Een typisch voorbeeld hiervan zijn de zgn. begrotings- en herstelwetten, waarbij in één wet allerlei problemen overhaast worden geregeld. In dit verband kunnen ook de tijdelijke huurwetten — de laatste vervat in de Sociale Herstellwet — vermeld worden. Een meerderheid van onze bevolking is wellicht voorstander van een (tijdelijke?) reglementering van de huurprijzen, maar de wijze waarop dat de jongste jaren is gebeurd, is zo ingewikkeld, zo onoverzichtelijk en zo onbegrijpelijk voor de rechtstreeks betrokkenen — ja, gespecialiseerde juristen hebben er zelfs grote moeite mee —, dat de daadwerkelijke toepassing van die wetgeving erdoor in het gedrang dreigt te komen. Een ander punt is dat oudere wetten vaak niet meer aangepast zijn. Sommige hebben hun oorspronkelijke bestaansreden verloren en zijn in onbruik geraakt. Andere worden nog toegepast, maar — ten gevolge van een veranderde juridische of economische context — in een totaal gewijzigde perspectief. Onze kartel- en prijzenwetgeving zijn daar voorbeelden van¹¹⁷. Voorts wordt erop gewezen dat de toepassing van een aantal wetten zo veel uitgaven vergt dat de totale kosten de baten van die wetgeving overtreffen of dreigen te overtreffen. Het komt zelfs voor dat de overheid de nodige middelen mist om een minimale toepassing van bepaalde wetten te verzekeren, zodat massale wetsovertredingen vroeg of laat onvermijdelijk worden. De eerbied van de burgers voor recht en wet verslapt daardoor en zo houdt een wezenlijk gevaar voor de rechtsstaat in. Zoals W. Van Gerven terecht vaststelt, leidt dit alles uiteindelijk «tot de neergang en de devaluatie van het recht zelf, en dit vooral ten koste van de zwakkere burgers en de kleine ondernemingen, voor wie de veelvuldige reglementeringen, waarvan zij vaak niet eens het bestaan vermoeden, niet langer een leidraad maar een risico zijn geworden waarmee zij onverwacht in botsing kunnen komen. Sterkere burgers en grotere ondernemingen kunnen zich daartegen beter wapenen»¹¹⁸.

Hoe dat verhelpen? Gestreefd moet worden naar een grotere overzichtelijkheid, toegankelijkheid, bestendigheid en zekerheid van het recht, merkt H. Vandenberghe op¹¹⁹. Codificatie van deelgebieden van het recht is daar een van de middelen toe. «Codificatie», zo schrijft de zojuist genoemde auteur, «dwingt de wetgever ertoe om vraagstukken met elkaar in verband te brengen. De wetgeving wordt er overzichtelijker en dus ook toegankelijker door. Verder geeft codificatie, zodra ze tot stand is gekomen, een belangrijke impuls om ook in de toekomst meer op de samenhang te letten»¹²⁰. Maar er zijn natuurlijk nog andere «herijkingen»-technieken. Daarop ingaan zou ons hier te ver voeren. Ik moge volstaan met daarvoor te verwijzen naar de dertien toetsingspunten voor een «sober en terughoudend wetgevingsbeleid» van de Nederlandse Commissie-Geelhoed en naar de reeds genoemde studies van W. Van

¹¹² Het onderscheid werd ontleend aan SLOT, P.J. «Economische deregulering?», *S.E.W.*, 1984, 674 e.v. Zie ook SLOT, P.J., *Regelen en ontregelen. Over deregulering en economisch recht*, Deventer, 1983, 33 p.; SOETENHORST-DE SAVORNIN LOHMAN, *Deregulering, Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging*, 1984, p. 22.

¹¹³ «Deregulering is allereerst gericht op de wijzen van taakuitoefening en niet op het entameren van taken zelf.» Tot deze slotsom kwam de Commissie-Geelhoed (Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen) in haar *Eindbericht*, dat op 8 maart 1984 werd uitgebracht en waarvan een samenvatting te vinden is in de *Nederlandse Staatscourant* van 9 maart 1984. Voor een overzicht zie SLOT, P.J., o.c., *S.E.W.*, 1984, 670 e.v.; NICAISE, «Deregulering (I)», *Ars Aequi*, 1984, 407-412; HEIDA, «Deregulering (II)», *Ars Aequi*, 1984, 410-417.

¹¹⁴ VANDENBERGHE, H., «Tussen hamer en aambeeld — Justitia en morgen?», *R.W.*, 1983-84, 2523-2538; VAN GERVEN, W., «Herijken van economische wetgeving (over reguleren en dereguleren)», *R.W.*, 1985-86, 289-308.

¹¹⁵ PEETERS, B., «Verslag van de werkvergadering 'recht en economie' te Antwerpen», *R.W.*, 1985-86, 1324-1328; zie ook BOUCKAERT, B., *Recht op zoek naar economie?*, Gent, 1984, 49 p.

¹¹⁶ Eindbericht Commissie-Geelhoed, *Nederlandse Staatscourant*, 9 maart 1984.

¹¹⁷ Zie VAN GERVEN, W., o.c., *R.W.*, 1985-86, 295-298.

¹¹⁸ *Ibid.*, 301.

¹¹⁹ O.c., *R.W.*, 1983-84, 2534.

¹²⁰ *Ibid.*, 2534.

Gerven en H. Vandenberghe¹²¹. Van Gerven merkt echter terecht op dat het zonder meer afschaffen van wetten en besluiten gevaarlijk kan zijn, daar deregulering tot ernstige kortsluitingen kan leiden in het maatschappelijk verkeer¹²².

Zoals gezegd, wordt door deze dereguleringsbeweging de fundamentele taakverdeling tussen overheid en particulieren niet ter discussie gesteld. Het gaat om een «herijking» van de wetgeving met behoud van de doelstellingen van de welvaarts- en verzorgingsstaat. Het moderne contract als rechtsfenomeen wordt er dan ook geenszins door in het gedrang gebracht.

21. Geheel anders is de houding van een gedeelte van de beoefenaars van de vooral in de jaren zeventig in de Verenigde Staten van Noord-Amerika op gang gekomen *Law and Economics*-beweging¹²³. Door hen worden gegevens uit de economische wetenschap aangewend, niet alleen bij het onderzoeken en verklaren van rechtsregels, maar ook voor een kritische en normatieve analyse van de werking van het recht. Ongetwijfeld geschiedde die aanpak reeds veel vroeger voor het economisch recht — men denke bv. aan het mededingingsrecht waar marktanalyses steeds een belangrijke rol hebben gespeeld —, maar de *Law and Economics*-beweging — men spreekt ook wel van *New Law and Economics* — heeft die economische analyse en evaluatie uitgebreid tot alle rechtstakken. Het contractenrecht is een gebied waarop heel wat van hun onderzoekswerk zich de jongste jaren heeft toegespitst.

Het is niet mijn bedoeling hier alle economische analyses van het contractenrecht de «revue te laten passeren»¹²⁴. Ik beperk mij tot de zgn. *Chicago School of Law and Economics* en meer in het bijzonder tot Richard Posner, die de meest gezaghebbende vertegenwoordiger van deze school is¹²⁵. Zijn opvattingen steunen op het Neo-Klassiek Economisch Model. Dit model gaat uit van het gedrag van het individu in een marktsituatie waar volkomen mededinging bestaat. Voorondersteld wordt dat het individu een wezen is dat over alle nuttige informatie beschikt en zich rationeel gedraagt. Dit individu, zo gaat men verder, streeft alleen zijn eigenbelang na en neemt dus die beslissingen die hem

in de gegeven omstandigheden, het grootste voordeel opleveren («utility and profit maximization») ¹²⁶. Zijn beslissingen worden als «efficiënt» ¹²⁷ getypeerd, daar verondersteld wordt dat ieder individu de beste beoordelaar is van wat voor hem goed of slecht is ¹²⁸. Het gedrag van een groep wordt in deze visie herleid tot de som van de beslissingen van de individuen die deel uitmaken van die groep. Als de individuele leden van een groep dus «efficiënte» beslissingen nemen, dan is dat ook voor de groep de best mogelijke oplossing. Uiteindelijk betekent dit dat de «utility and profit maximization» van de individuen leidt tot de «maximization of wealth» van de samenleving, d.i. tot welvaarts-maximalisatie.

De gelijkenis van deze theorie met de opvattingen verdedigd door Adam Smith in zijn boek *The Wealth of Nations* en meer in het algemeen met de 19e-eeuwse liberale economische en sociale opvattingen zal niemand ontgaan. Niet voor niets spreekt men hier dan ook van Neo-Klassieke Economie.

Volgens Posner biedt het Neo-Klassiek Economische Model de mogelijkheid om na te gaan in welke mate bestaande rechtsregels aan het criterium van «economische efficiëntie» beantwoorden. Hij spreekt in dit verband van de *positieve economische analyse van het recht*. Daarnaast kan de analyse ook beleidsbepalend aangewend worden, m.n. door rechtsregels in te voeren of opnieuw in te voeren die tot een «maximization of wealth» leiden en door deregulering, d.i. het afschaffen van wetten en besluiten die «inefficiënt» zijn. Dit wordt de *normatieve economische analyse* genoemd¹²⁹.

De toepassing van deze theorie op het contractenrecht houdt een volledige herwaardering in van de theorie van de wilsautonomie¹³⁰, en meer in het bijzonder van het beginsel van de individuele contractsvrijheid. «Where resources are shifted pursuant to a voluntary transaction», zo schrijft Posner, «we can be reasonably confident that the shift involves a net increase in efficiency. The transaction would not have occurred if both parties had not expected it to make them better off»¹³¹. Contractsvrijheid draagt aldus wezenlijk bij tot een optimale allocatie van Ressourcen¹³².

Beperkingen van die contractsvrijheid en meer in het algemeen overheidsreglementering van het contract worden — in Posner's visie — slechts aanvaardbaar geacht in de mate dat zij het vrije contractsmechanisme vergemakkelijken of de rechtmatige belangen van derden beschermen¹³³.

¹²¹ Zie *Nederlandse Staatscourant*, 9 maart 1984. Voor de volledige tekst van het *Eindbericht van de Commissie Geelhoed*: Tweede Kamer, zitting 1983-84, stuk 17931, nr. 9; zie ook VAN GERVEN, W., o.c., *R.W.*, 1985-86, 302 e.v.

¹²² *Ibid.*, 201. Zie ook SLOT, P.J., *Regelen en ontregelen*, Deventer, 1983, p. 10.

¹²³ Over deze beweging is reeds zeer veel geschreven. Voor een kritisch overzicht van de verschillende strekkingen en de voornaamste onderzoeksresultaten, zie VELJANOVSKI, C.G., *The New Law-And-Economics. A Research Review*, Oxford, 1982. Zie ook OGUS, A.I., en VELJANOVSKI, C.G., *Readings in the economics of law and regulation*, Oxford, 1984; cf. JACQUEMIN, A. en SCHRANS, G., *Le droit économique* Parijs, 1984, p. 84 e.v.

¹²⁴ Bijzonder interessant zijn o.m. de studies van O. Williamson («Contract analysis: the transaction cost approach», in BURROWS, P. en VELJANOVSKI, C.G., *The economic approach to law*, Londen, 1981, p. 39 e.v.) en I.R. Macneil («Economic analysis of contractual relations», in BURROWS, P. en VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 61 e.v.).

¹²⁵ Zie o.m. POSNER, R.A., *Economic analysis of law*, Boston, 1981; KRONMAN, A.T. en POSNER, R.A., *The economics of contract law*, Boston, 1979.

¹²⁶ «Man is a rational maximizer of his ends in life.» POSNER, R.A., o.c., p. 3.

¹²⁷ Vanuit economisch perspectief bekeken betekent *efficiency* of effectiviteit hier het gebruik van schaarse Ressourcen op een wijze die aan individuen de grootste waarde — gemeten in de bereidheid tot betalen — oplevert. Zie POSNER, R.A., o.c., p. 10.

¹²⁸ «The third basic economic concept is the tendency of resources to gravitate toward their most valuable uses if voluntary exchange — a market — is permitted.» POSNER, R.A., o.c., p. 9.

¹²⁹ POSNER, R.A., o.c., p. 17-19.

¹³⁰ Cf. FRIED, C., *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Harvard, 1981, 162 p.

¹³¹ O.c., p. 11.

¹³² *Supra*, noot 128.

¹³³ «If a particular limitation is imposed in order to reduce the costs of the bargaining process ..., or to protect the interests of

Zo zijn de rechtsregels inzake de wilsgebreken verantwoord daar alleen werkelijk vrijwillig afgesloten overeenkomsten «efficiënt» zijn. Evenzo vinden de talrijke suppletieve rechtsregels in het verbintenissenrecht hun rechtvaardiging in het feit dat zij het vrijwillig contractsmechanisme bevorderen. En in sommige gevallen kan het wenselijk zijn een geschrift als geldigheidsvereiste te stellen, m.n. om de misverstanden en betwistingen te vermijden waartoe mondelinge overeenkomsten tussen partijen kunnen leiden of om de belangen van derden te beschermen¹³⁴. Beperkingen van de contractsvrijheid die tot doel hebben de zwakken en misdeelden te beschermen, worden echter als «paternalistisch» van de hand gewezen¹³⁵. Op die grond wordt bv. de theorie van de gekwalificeerde benadeling scherp bekritiseerd door Posner¹³⁶ en stelt hij de in de V.S.A. bestaande beperkingen op de geldigheid van boetebedingen ter discussie¹³⁷. Voorts meent Posner dat het marktmechanisme van dien aard is dat het de zgn. misbruiken inzake toetredingscontracten zal voorkomen of doen ophouden¹³⁸.

Het zwakke punt in heel deze theorie is het Neo-Klassiek Economisch Model. Dit model is immers in heel wat opzichten wereld- en werkelijkheidsvreemd. De zuiver individualistische aanpak van de economie miskent het feit dat een mens niet alleen een individu is maar ook een sociaal wezen en dat sociale groepen en structuren daarom in onze maatschappij een wezenlijke rol spelen. Uiterst dubieus zijn ook de vooronderstellingen dat ieder individu enkel zijn eigenbelang nastreeft, dat elk individu zelf de beste beoor-

delers is van zijn eigenbelang, dat elk mens zich rationeel gedraagt of tenminste consistente keuzen maakt, enz.¹³⁹. Daar komt nog bij dat uitgegaan wordt van een stelsel van volkomen mededinging op de markt. Dat impliceert dat het aantal vragers en aanbieders op de markt zo groot is dat geen van hen als enkeling invloed op de prijs kan uitoefenen, dat het op de markt aangeboden produkt «homogeen» is, dat alle marktdeelnemers volledig geïnformeerd zijn over de marktvoorwaarden, dat nieuwkomers gemakkelijk tot de markt kunnen doordringen, enz. Ook dat komt in de praktijk uiteraard zelden of nooit voor. Uit het voorgaande volgt dat de premissen van Posner's theorie niet met de werkelijkheid overeenstemmen, en dat dus ook aan zijn conclusies niet al te veel waarde mag worden gehecht. Wanneer Posner bv. beweert dat misbruiken bij toetredingscontracten door het marktmechanisme onmogelijk worden gemaakt, dan gaat hij er ten onrechte van uit dat de *bestaande marktsituatie* beantwoordt aan de voorwaarden van het Neo-Klassiek Economisch Model. In werkelijkheid hebben we echter meestal met een oligopolie te maken of met een marktsituatie die als monopolistische concurrentie omschreven kan worden. Of in die omstandigheden het marktmechanisme misbruiken bij toetredingscontracten toelaat, onderzoekt Posner niet. Evenzo rijst de vraag of men zo'n wereld- en werkelijkheidsvreemd model zomaar tot economische norm, ja tot maatschappelijke richtsnoer mag verheffen. Op welke argumenten grondt men die stelling?

De reactie van Posner en anderen op dit soort kritiek is dat toegegeven wordt dat «the assumptions of economic theory are to some extent oversimplified and unrealistic as descriptions of human behavior»¹⁴⁰, maar dat «the true test of a theory is its utility in predicting or explaining reality»¹⁴¹. En hij vervolgt: «Judged by this criterion, economic theory, despite (because of?) the unrealism of its assumptions, may be judged a success»¹⁴². Ik vind dit een uiterst bevreemdende redenering: men geeft toe dat men niet wetenschappelijk te werk gaat, maar toch zouden de eindresultaten van dat onwetenschappelijke onderzoek juist zijn! Nu staat er wel in de Bijbel dat men soms met een kromme stok recht kan slaan en dat zal ook wel zo zijn, maar in het merendeel der gevallen is het toch zo dat met een kromme stok *niet* recht wordt geslagen.

Maar er is meer. We hebben gezien dat tijdens de 19e eeuw het Klassiek Economisch Model van A. Smith e.a. tot norm werd verheven en dat de resultaten daarvan niet onverdeeld gunstig waren; erger nog, het stelsel bleek noch politiek, noch economisch, noch sociaal houdbaar te zijn¹⁴³. Waarom zou de toepassing van het Neo-Klassiek

third parties, it can be justified on nonpaternalistic economic grounds» (KRONMAN, A.T., en POSNER, R.A., o.c., p. 254).

¹³⁴ Posner's vaststelling dat heel wat *Common Law*-regels inzake contractenrecht beantwoorden aan het «efficiency»-vereiste (POSNER, R.A., o.c., p. 65 e.v.; KRONMAN, A.T., en POSNER, R.A., o.c., p. 5) hoeft helemaal niet te verwonderen. Immers, de meeste van die regels — zoals de *Code Napoléon* — kwamen tot stand aan het einde van de 18e of gedurende de 19e eeuw, m.a.w. in de periode dat het Klassiek Economisch Model — waarmee het Neo-Klassiek Economisch Model grote gelijkenis vertoont — als norm gold. Cf. VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 95.

¹³⁵ «However, while many limitations on freedom of contract may be consistent with even the strongest conception of individual autonomy, at least one class of limitations is not. These are limitations which may be called paternalistic. As we use the term, a limitation on an individual's freedom of contract is paternalistic if the sole justification for imposing it is to promote or protect the individual's own welfare (or happiness or good)» (*Ibid.*).

¹³⁶ POSNER, R.A., o.c., p. 87.

¹³⁷ KRONMAN, A.T. en POSNER, R.A., o.c., p. 260-261.

¹³⁸ «Many contracts (insurance contracts are a good example) are offered on a take-it-or-leave-it basis ... There are two possible explanations of why a seller might adopt a take-it-or-leave-it policy, and only one is sinister. The innocent explanation is that he wishes to avoid the costs involved in negotiating and drafting a separate agreement with each purchaser. The sinister explanation is that the seller refuses to negotiate terms with each purchaser because the purchaser has no choice but to accept his terms. The sinister explanation is in general implausible because it assumes the absence of competition. If one seller offers unattractive terms to a purchaser, a competing seller, desiring to obtain the sale for himself, will offer more attractive terms. The process should continue until the terms are optimal from the purchaser's standpoint» (POSNER, R.A., o.c., p. 85).

¹³⁹ De Nederlandse auteur H.L. Drucker zei het reeds in 1889: «Wanneer men in elken burger, die contracteert, ook in den kleinen pachter en den handwerksman, een geslepen man van zaken ziet, die aan alle feitelijke mogelijkheden en aan alle rechtsmiddelen denkt ... dan miskent men de eischen van het maatschappelijk verkeer, dan stelt men den regel en het begrip boven de werkelijkheid» (DRUCKER, H.L., *Begrip en dogma in de rechtswetenschap*, Leiden, 1889, p. 22).

¹⁴⁰ POSNER, R.A., o.c., p. 12.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 13. Cf. VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 20.

¹⁴² O.c., p. 13.

¹⁴³ *Supra*, nr. 7.

Economisch Model nu ineens wél efficiënt blijken te zijn? Waarom onderzoekt Posner de desbetreffende historische gegevens niet? Waarom berekent hij de «social cost» van zijn stelsel niet? Daar op deze vragen geen antwoord wordt gegeven, dringt de conclusie zich op dat Posner het wetenschappelijk bewijs van zijn stellingen schuldig blijft¹⁴⁴. Het is daarom m.i. twijfelachtig of deze dereguleringsbeweging blijvend succes zal oogsten. Mocht dat toch het geval zijn, dan zou dat uiteraard leiden tot een belangrijke heropleving van de theorie van de wilsautonomie in het contractenrecht.

Het voorgaande is zeker niet bedoeld als kritiek op de economische analyse van het recht als dusdanig. Integendeel, een economische kosten- en batenanalyse van rechtsregels en rechtsinstituten kan — zoals een sociologische, anthropologische of politicologische benadering van het rechtsfenomeen — ongetwijfeld zeer nuttig zijn¹⁴⁵.

BESLUIT

22. Velen hebben de dood van het contract voorspeld, maar hun profetieën zijn niet bewaarheid geworden. Het contract is niet geabsorbeerd geworden door de theorie van de onrechtmatige daad. De toenemende overheidsinterventie in het maatschappelijk verkeer heeft wel geleid tot een veranderde, maar niet tot een verminderde functionering

¹⁴⁴ Deze opvatting wint veld in de *Law and Economics*-beweging zelf. Zie VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 13-16, 20, 38-39, 42, 99-100, 126 e.v.; cf. MACKAAY, E., *Economics of information and law*, Boston, s.d., p. 16 e.v., 31 e.v.

¹⁴⁵ Zeer veel waardering voor andere wetenschappelijke benaderingen van het rechtsfenomeen dan de economische kan R.A. Posner niet opbrengen: «While anthropologists, sociologists, psychologists, political scientists besides economist, also make positive analyses of the legal system, their work is thus far insufficiently

van het contractsmechanisme. De economische en sociale betrekkingen hebben zo'n geweldige uitbreiding genomen dat het jaarlijks aantal gesloten contracten gewoonweg niet meer te tellen valt. Naast de traditionele benoemde contracten hebben zich op nationaal en internationaal vlak talloze nieuwe contractsvormen ontwikkeld. Ook het publiek recht ondergaat een zekere contractualisering. De woorden uitgesproken in 1937 door de Franse auteur L. Josserand «Nous vivons de plus en plus contractuellement»¹⁴⁶, gelden daarom thans meer dan ooit.

In ons moderne contractsbegrip vindt men elementen van het Romeinse recht, het Canonieke recht, de School van het Natuurrecht en van de theorie van de wilsautonomie. In de laatste honderd jaar is het contract in belangrijke mate vermaatschappelijkt. Al deze ontwikkelingen hebben het contract als rechtsfenomeen verrijkt, niet verarmd. Toch zijn er problemen. Heel wat overheidsreglementeringen inzake contracten zijn gebrekkig of verouderd. In bepaalde gevallen is een zekere vorm van deregulering gewenst. Voorzichtigheid is hier echter geboden, willen wij niet in de fouten van de 19e eeuw hervallen.

Robert KRUIITHOF

Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen (UIA)

Buitengewoon docent

Vrije Universiteit Brussel

rich in theoretical and empirical content to afford serious competition to the economists» (POSNER, R.A., o.c., p. 20). Zijn economische visie leidt immers tot een hoogstaande algemene rechtsleer: «I believe that the economic norm I shall call 'wealth maximization' provides a firmer basis for a normative theory of law than does utilitarianism», (POSNER, R.A., «Utilitarianism, economics and legal theory», *Journal of Legal Studies*, 1979, 103).

¹⁴⁶ JOSSERAND, L., o.c., *Rev. trim. dr. civ.*, 1937, 7.

VERSLAG VAN HET XXXIIe RECHTSCONGRES VAN DE VLAAMSE JURISTENVERENIGING TE ANTWERPEN

Op zaterdag 26 april 1986 hield de Vlaamse Juristenvereniging haar tweejaarlijks rechtscongres dat was voorbereid door prof. dr. J. Gijssels, congresvoorzitter en Mr. J. Velaers, congressecretaris.

Dit rechtscongres is reeds het XXXIIe in de geschiedenis van de vereniging, het eerste ook na de feestelijke viering van haar honderdjarig bestaan op 18 oktober 1985.

Donkere wolken verzamelden zich boven de Scheldestad toen menig congresdeelnemer in de Rodestraat de gebouwen opzocht van de Universitaire Faculteiten Sint-Ignatius te Antwerpen (Ufsia).

Zeer vlug zorgden koffie en een warm onthaal voor de gemoedelijke en vriendschappelijke stemming die zo kenmerkend is voor de samenkomsten van de Vlaamse Juristenvereniging.

De opkomst was bijzonder groot, en opvallend de aanwezigheid van zovele jonge juristen.

Bestaat er een betere beloning voor de inspanningen die de Vlaamse Juristenvereniging, onder impuls van haar

gewoon hoogleraar Van de Heuvel, prof. Hans van Houtvoorzitter prof. M. Storme, zich getroost om alle Vlaamse juristen, ongeacht hun rang, leeftijd, beroepsoriëntering, universitaire binding of geografische herkomst, te groeperen rond de vernieuwde doelstellingen die zij wil realiseren?

Te 10.00 uur heette congresvoorzitter, prof. J. Gijssels, allen enthousiast en hartelijk welkom.

Hij dankte de Universiteit Antwerpen, en meer bepaald de Ufsia, voor de onschatbare steun die zij hadden geboden bij de organisatie van het congres.

In zijn openingstoespraak belichtte prof. J. Gijssels tevens het congressthema: «De Overeenkomst».

Niet de wet, maar de overeenkomst beschouwde hij als de meest fundamentele en oorspronkelijke bron van recht. Vanuit deze gedachte verdedigde hij de actuele waarde van de overeenkomst als instrument van rechtsvernieuwing en democratisering.

Na het boeiend betoog van de congresvoorzitter verwelkomde rector L. Van Bladel s.j. als gastheer op zijn beurt de aanwezigen, en hij wenste hun bijeenkomst een eervolle plaats toe in de geschiedenis van de Vlaamse Juristenvereniging.

Toen was het aan de toehoorders om zelf aan het werk te gaan. Aan de hand van vooraf in het *Rechtskundig Weekblad* gepubliceerde preadviezen werden in vijf sectievergaderingen de volgende capita selecta uit het domein van «De Overeenkomst» besproken:

- contractbreuk en derden-medeplichtigheid (sectie 1);
- de verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiek recht (sectie 2);
- gentlemen's agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen (sectie 3);
- de vervoerovereenkomst (sectie 4);
- het gebruik ontstaan uit contract of verdrag (sectie 5).

De gedachtenwisseling binnen de verscheidene secties verliep bijzonder levendig en diepgaand. Eens te meer bleek hoe vruchtbaar het kan zijn juristen uit alle geledingen van de Vlaamse rechtswereld te verenigen. Ook de inbreng van de Nederlandse deelnemers verleende aan de discussie vaak een bijkomende dimensie.

Na de sectievergaderingen haastten de congresgangers zich onder een gietende regen door de oude binnenstad heen naar het universitair restaurant «Ten Prinsenhove» waar een stevige lunch werd opgediend.

Te 15.15 uur kwamen zij opnieuw samen voor de plenaire en academische zitting. Deze vond plaats in het sfeervolle auditorium van het Torengebouw van de Kredietbank. Naast de heer J. Huyghebaert, voorzitter van deze financiële instelling, vereerden vele vooraanstaande vertegenwoordigers van administratieve en gerechtelijke instanties de vergadering met hun persoonlijke aanwezigheid.

Zonder volledigheid te betrachten, vermelden we hier in het bijzonder J. Delva, voorzitter van het Arbitragehof, E. Krings, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, F. Grootjans, voorzitter van de Vlaamse Raad, R. Janssens, president van het Benelux-Gerechtshof, J. De Meyer, rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, W. Van Assche, auditeur-generaal bij de Raad van State, P. Vermeulen, voorzitter van de Raad van State, die 's morgens zo bereidwillig was om in laatste instantie prof. G. Schrans te vervangen als voorzitter van de tweede sectievergadering, A. Roevens, eerste voorzitter van het Hof van Beroep te Antwerpen, M. Van Bever, eerste voorzitter van het Hof van Beroep te Gent, M. Van Coppenolle, eerste voorzitter van het Arbeidshof te Antwerpen, G. Verhegge, procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent, J. Mer-

tens de Wilmars, oud-voorzitter van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.

Na de verwelkoming door prof. J. Gijssels kwamen achtereenvolgens de verslaggevers van de vijf sectievergaderingen aan het woord. Hun synthese getuigde telkens van het vruchtbare werk dat in de verschillende groepen was geleverd.

Het blokfluitensemble «Vier op een rij», bracht de gepaste verstrooiing met gewaardeerde vertolkingen van A. Scarlatti's Sonate in F en A. Vivaldi's Concerto in C.

Een wetenschappelijk hoogtepunt vormde de feestrede van prof. R. Kruithof over «Leven en dood van het contract». Zonder zich blind te tonen voor de problemen die voortkomen uit de toenemende overheidsinterventie in het maatschappelijk verkeer, waarschuwde prof. R. Kruithof voor een deregulering die tegelijkertijd de verworvenheden zou tenietdoen van een eeuwenlange rechtsontwikkeling. Tot besluit van zijn indrukwekkende uiteenzetting toonde de feestredenaar zich optimistisch over de rol en de toekomst van het contract.

Het programma vermeldde eveneens een toespraak door eerste minister Martens. Wegens het begrotingsberaad kon de regeringsleider evenwel niet aanwezig zijn. De krachtlijnen van zijn toespraak werden daarom kort samengevat door prof. M. Storme, die daaropvolgend de slotrede hield.

Met trots wees prof. M. Storme op het hoge peil dat de Vlaamse rechtswetenschap door de jaren heen heeft weten te bereiken, alsook op de unieke plaats die Vlaanderen inneemt op het kruispunt van meerdere rechtsculturen. Hij bepleitte vurig een nauwe samenwerking met de Nederlandse zustervereniging en stelde ter verwezenlijking van de objectieven van de Vlaamse Juristenvereniging zijn hoop op de jonge Vlaamse juristen.

Op de academische zitting volgde een receptie, aangeboden door de Kredietbank.

De dag werd feestelijk beëindigd met het traditionele banket in het stijlvolle Osterriethuis aan de Meir te Antwerpen.

Prof. J. Gijssels dankte bij die gelegenheid zijn naaste medewerkers, die hem maandenlang met raad en daad hadden bijgestaan.

Met veel plezier zullen de aanwezigen terugdenken aan de gevatte tafelredes van prof. M. Storme, prof. C.J.H. Brunner, bestuurslid van de Nederlandse Juristenvereniging, prof F. De Pauw en mr. G. Franck.

Het eerste congres van de tweede eeuw in het bestaan van de Vlaamse Juristenvereniging was een succes op alle gebied. De opkomst en de respons van de deelnemers sterkt de overtuiging dat voor de Vlaamse Juristenvereniging een nieuwe lente is aangebroken.

Mary C. KEMPEN

Toespraak door de congresvoorzitter, prof. dr. Jan Gijssels, bij de opening van het congres.

Met vreugde, met grote vreugde, open ik dit rechtscongres, het XXXIIste in de geschiedenis van onze honderdjarige Vereniging.

Gedurende een eeuw heeft de Vlaamse Juristenvereniging zich tegelijk ingezet voor een politiek doel en voor een

wetenschappelijk doel: de vervlaamsing van het Belgisch rechtsleven en het op gang brengen van een doctrinale bedrijvigheid in het Nederlands. Op beide vlakken kan de Vereniging zich op succes beroepen. Mede dank zij haar is in dit land van trauma's het klimaat veranderd. Het «Ver-

driet van België» is er nog, maar het vloeit in andere bedingen. Daarom is de opdracht die de Vlaamse Juristenvereniging als de hare beschouwt, óók enigszins anders georiënteerd en de sfeer op haar bijeenkomsten van een andere toonaard. Maar de rol van de Vereniging is niet uitgespeeld. Uw aanwezigheid bewijst dat. Dat haar rol niet is uitgespeeld, blijkt ook uit de luister waarmee vorig jaar haar honderdste verjaardag is gevierd te Gent, uit het succes van het colloquium over het taalgebruik in het rechtsleven, uit de weerklank die onze brochure¹ over de opgaven die in onze tijd zijn gesteld bij het handhaven van een democratische rechtsstaat, uit de stichting van een nieuw tijdschrift *Vlaams Jurist Vandaag*, uit de verslaggeving in de media en uit talrijke refertes aan onze teksten en activiteiten. De Vlaamse Juristenvereniging heeft de wind in de zeilen en met onze dynamische voorzitter Marcel Storme aan het stuur, loeven we op naar de toekomst van een tweede eeuw, naar 2085 en verder reiken onze ambities voorlopig niet.

Vorig jaar is een boek gepubliceerd over de eerste eeuw. Wij weten dus dat over honderd jaar een vervolgverhaal zal worden geschreven door een nieuwe Herman van Goethem en een nieuwe Geert Baert². Dit congres wordt het eerste hoofdstuk in dat nieuwe boek. Daarom hebben uw congressecretaris en ikzelf er grote zorg aan besteed om een goed figuur te slaan bij uw en onze nazaten en om van dit congres te maken, ik citeer dezelfde Jan Velaers, «een hoogdag van wetenschap en vriendschap» en met veel volk.

Met een blij gemoed hebben we dit congres voorbereid. Het was voor mij een grote eer, allicht, maar het was ook een hele opgave in deze functie congresvoorzitters op te volgen als prof. Storme, onze vice-voorzitter prof. Frans De Pauw, prof. Dillemans, rector magnificus van de KUL, prof. Krings, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie. Indien ik in deze reeks congresvoorzitters mijn UFSIA-collega prof. Derine als laatste noem, dan is dat om met nog méér nadruk hulde te brengen aan zijn grote verdiensten bij het organiseren van de heuglijke congressen te Antwerpen in 1970 en 1978 en om hem oprecht, als vriend, te danken voor de grootmoedigheid die hij heeft betoond toen mij die taak werd opgedragen.

Dit congres wordt vereerd met de aanwezigheid van talrijke vooraanstaande leden en vertegenwoordigers van onze instellingen en beroepsmilieus. In naam van allen betuig ik U mijn dank voor uw deelname aan dit congres. Uw aanwezigheid betekent een grote aanmoediging voor onze Vereniging en biedt grote garanties voor haar toekomst.

Ik heet ook welkom U magistraten, notarissen, advocaten, professoren, wetenschappelijke medewerkers van onze universiteiten, U allen zonder onderscheid van functie, status, specialiteit of leeftijd, en ook U studenten, met een bijzonder woord van dank voor de studenten van de UFSIA die geholpen hebben bij het onthaal van onze gasten.

En ten slotte de juristen uit de privé-sector en uit de openbare besturen. Van de contacten die ik tijdens de voor-

bereiding van dit congres heb gehad met vele instellingen en ondernemingen, heb ik gebruik gemaakt om hen op ons congres uit te nodigen. Men situeert deze juristen door te zeggen wat zij niet zijn: zij zijn geen magistraat, geen notaris, geen advocaat. Zij zijn lang onbenoemde juristen gebleven. Men noemt ze nu bedrijfsjuristen. Traditioneel zijn zij in onze Vereniging te weinig vertegenwoordigd. Dat is jammer. Want zij zijn de juristen in de diaspora. Zij bewerken ruwe grondstof tot recht. Magistraten, notarissen en in zekere mate ook advocaten, werken met problemen die meestal reeds in juridische termen zijn gesteld. Zij, de bedrijfsjuristen, zijn «eerste lijn»-juristen, die met politieke, sociale, economische, financiële, technische en mercantiele materies hebben te maken. Zij worden geacht het juridisch geweten te zijn en het licht te brengen in de duisternis: wettigheid, rechtlijnigheid en ordening in het interdisciplinaire kluwen waarmee zij dagelijks werken. Zij zijn vandaag talrijk aanwezig. Ik hoop dat dit congres de deur wijder voor hen open heeft gezet naar onze Vereniging en ik dank meer bepaald Rik Muller, vice-voorzitter en binnenkort voorzitter van de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen, voor de prettige samenwerking die ongetwijfeld zal leiden tot een betere integratie.

Het thema van dit congres is «de overeenkomst». Het neemt zijn plaats in in een soort programmatie die in 1981 is vastgelegd: achter elkaar zouden de belangrijkste pijlers van het recht op onze congressen aan de orde komen, het gezin te Gent in 1982, de eigendom te Leuven in 1984, vandaag de overeenkomst, wellicht de aansprakelijkheid in 1988 te Brussel.

De overeenkomst is een fundamenteel en actueel thema. Staat U me toe hieraan, in mijn persoonlijke naam, een paar overwegingen te wijden.

Als rechtsbron wordt de overeenkomst nogal veronachtzaamd. In vele handboeken van initiatie in het recht, gaat de aandacht overwegend en alleszins in de eerste plaats, naar de norm, vooral naar de wet, naar de regel die van bovenuit door een overheid wordt opgelegd aan een collectiviteit. Het recht wordt er a.h.w. vereenzelvigd met de wet. De Staat, maker van de wetten, staat helemaal vooraan. Hij wordt voorgesteld als de eerste rechtschepper, in beide betekenissen van het woord, als de meest oorspronkelijke en als de belangrijkste.

Vele initiaties perverteren jonge ongerepte geesten. Ook die, want zij is verderfelijk etatistisch. Zij vertekent het beeld van recht en rechtsvorming, zij vervalst het perspectief, het historische én wellicht het ontologische. Zij zet de zaken op hun kop.

Want er moet toch eerst een koopovereenkomst zijn gesloten, vóór een overheid bij wet de koop-verkoop regelde. Niet één overeenkomst, maar ontelbare, gedurende eeuwen interindividueel verkeer van miljoenen kleine mensen, rechtsgenoten. Eeuwen huurovereenkomsten vóór de eerste huurwet tot stand kwam, eeuwen verzekeringspraktijk vóór de eerste verzekeringswet herhaalde wat iedereen reeds wist en wat iedereen reeds deed. En, mag ik het zeggen, eeuwen huwelijken³ voor de eerste wettelijke regeling zegde hoe het

¹ Opgaven ter verbetering van de werking onzer instellingen in een democratische rechtsstaat, Story Scientia Recht, 1985, en *Vlaams Jurist Vandaag*, eerste kwartaal 1985.

² 100 jaar *Vlaams Rechtsleven*, 1885-1985, hoofdredactie Herman Van Goethem, Story Scientia, 1985.

³ JEAN VAN HOUTTE, «Het huwelijk in rechtssociologisch perspectief», *R.W.*, 1980-81, 295.

eraan toe moest gaan. En wat zijn gewoonten, de normatieve voorlopers van de wetten, anders dan ontelbare malen herhaalde microscopische gedragswijzen die bij consensus van alle genoten, als goed, passend en billijk, als harmonie-scheppend en conflictwerend worden erkend en derhalve bindend worden geacht?

Het ligt dus allesbehalve voor de hand de wet zonder meer als de eerste vorm van rechtscreatie te beschouwen. De primaire rechtsvorming, de belangrijkste, vaak geniale rechtsconstructies en rechtsinstituten, lijken veeleer te zijn ontstaan in de sfeer van het vrije verkeer, waar de rechtsgenoten onder elkaar, op voet van gelijkheid, met grote vindingrijkheid hebben gezocht naar de beste regelingen die hun respectieve belangen konden bevorderen en beschermen (en lang niet alleen hun materiële belangen, maar ook de morele, de geestelijke en sociale belangen) of om doelmatig hun kleine en grote sociale plannen en projecten te verwezenlijken met telkens ad hoc aangepaste middelen, in een horizontale maatschapsverhouding, contract na contract hun afspraken verbeterend en verfijnd, met «trial and error», tot die algemeen goed werden en soms uit eigen kracht een bijna normatieve inhoud kregen en een solide grondstof boden voor een niet steeds onontbeerlijke codificatie.

Uit deze oude vaststellingen die geen ideologie behoeven, put de overeenkomst haar actueel karakter. In een snel evoluerende tijd met de enorme uitdagingen die hij meebrengt, biedt de overeenkomst een uitstekend instrument van juridische technologie, om vlug en soepel, met een groot bijstuuringsvermogen in te spelen op die nieuwe eisen, nationaal en internationaal. De overeenkomst is het pakje op maat, dat voor ieder probleem apart kan worden gesneden, de wet veeleer het uniform dat aan de lopende band wordt gefabriceerd in een niet zo goed beheerde fabriek van normen.

Er zullen vanzelfsprekend steeds wetten moeten zijn. Ik ben geen anarchist en zelfs geen polemist. Maar de Staat heeft het moeilijk. Hij kan niet aan, wat hij zou willen aankunnen. Hij lijdt aan zelfoverschatting en wordt zich daarvan bewust. De chaotische besluitvorming op overheidsniveau, het oerwoud van de overregulering, de impasse van de overheidsfinanciën doen luider de vraag klinken om meer eenvoud, transparantie en ordentelijkheid. Maar méér dan dat: er wordt meer ruimte gevraagd voor het vrije vermogen van zijn mondige en verantwoordelijke burgers, die niet alleen onderdanen willen zijn maar partners, die minder onderschikking en meer samenwerking wensen, minder systeem en meer spontane bezorgdheid. Daarom worden opnieuw grotere verwachtingen gesteld in het eigen doen, in de vrije ondernemingsgeest in alle sectoren van het menselijk verkeer, niet alleen in handel en nijverheid maar ook in het wetenschappelijk onderzoek, de artistieke en culturele animatie, in de sociale solidariteit, in de ontwikkelingsamenwerking. De grote vernieuwingen in het recht zijn voortgevloeid uit de vindingrijkheid en de verbeeldingskracht van vrije rechtsgenoten. Dat zal zo nu nog moeten zijn. De vorm waarin deze vindingrijkheid haar uiting kan vinden is het overleg dat uitmondt in de overeenkomst.

En, wat het publiek recht betreft, leven we niet nog steeds van de overtuiging dat elk gezag om legitiem te zijn, moet steunen op de consensus van de hele groep, d.i. op

een collectieve overeenstemming over wat de opdracht van de overheid moet zijn, de relatie met de burgers, de beperking van en de controle op het gezag? Het bekleden van een mens of van een orgaan, met het gezag om in naam en ten behoeve van allen op te treden, de veiligheid te waarborgen, recht te spreken en uiteindelijk regels te bepalen, wordt niet anders gerechtvaardigd dan als een moment van consensus, als een fundamenteel pact, het constitutioneel recht. De geschiedkundigen⁴ leren ons dat de grote middeleeuwse charters en keuren, voorafbeeldingen van onze grondwetten, pacts waren die de vorsten met hun onderdanen sloten. Ik blijf dus nog een voorstander te zijn van het «contractsdenken». Zeker vandaag. Hoe zou het anders kunnen. Of het historisch echt zo is geschied, vooral of het toen echt zo existentieel is beleefd, doet er eigenlijk niet toe. Het mag wel een theoretische constructie zijn, maar een constructie die wij, democraten en voorstanders van de rechtsstaat, nodig hebben als fundament voor de beste gemeenschapsvorm die voor onze landen kan gelden. Dat fundament is een overeenkomst, een vrij uitgedrukte instemming met wat is en wat moet zijn. Het «contrat social» is hoe dan ook, heden nog steeds méér dan louter mythologie.

Derhalve: «In den beginne, was de overeenkomst»; zowel in de interindividuele maatschapsrelatie als bij het grondvesten van onze gemeenschapsordening.

Ik zou nog verder kunnen terugblikken, ik zou nog hoger kunnen mikken. U herinnert zich dat de fundamentele relatie tussen de mens en zijn opperwezen — en dat is toch het begin van alles —, tussen Jahweh en Israël, is vastgesteld in een overeenkomst, in een Verbond. Eerst na de zondvloed, dan op de Sinaï en herhaalde malen nadien⁵. Dat Verbond was een hoogst merkwaardig contract, al was het maar wegens de verheven status van één van de overeenkomstsluitende partijen. Veeleer een toetredingscontract, als u het mij vraagt, maar toch een contract, leonisch allicht, maar niet eenzijdig, wél met wederkerige verplichtingen: want in ruil voor het naleven van zijn geboden, nam Jahweh op zich de verplichting de vrouwen voor miskramen en onvruchtbaarheid te behoeden en hij beloofde horzels uit te zenden om de Chiwwieten, Kanaänieten en Chittieten voor Israël op te jagen. En hij beloofde nog veel meer⁶.

De overeenkomst heeft dus een verre herkomst en zij heeft een verre toekomst. Net als de Vlaamse Juristenvereniging. Het komt dus goed uit dat wij aan de overeenkomst vandaag onze aandacht wijden.

Niet het ABC van de overeenkomst is aan de orde, maar diverse onderwerpen binnen dit thema. Vooraanstaande kenners hebben die voor u voorbereid: prof. Merchiers, mr. Bosmans, rechter en docent Dirix, stafhouder, buitengewoon hoogleraar Van de Heuvel, prof. Hans van Houtte. Indien dit congres ooit een bijzondere vermelding zou verdienen, dan zullen we dat aan de preadviseurs danken. Want zie: niet alleen zijn hun preadviezen stuk voor stuk boeiende leerstukken, maar zij zijn bovendien alle binnen

⁴ Jan VAN DEN BROECK, *De Rechten van de Mens omstreeks 1789 in de Oostenrijkse Nederlanden*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1986, p. 27.

⁵ Gen 9:8-17; Ex 19, 20 en 24; Jozua 24:7-28; 2 Kon 23:2-3.

⁶ Ex 23:25 en 28.

de afgesproken termijn bezorgd, aan een eerst bezorgd maar weldra gerustgesteld congresvoorzitter. Dat is zo uitzonderlijk dat het oprechte dank en een applaus verdient. Wij gaan ons zo dadelijk laven aan de bronnen die zij voor ons zo rijkelijk hebben doen vloeien.

Veel dank ben ik verschuldigd aan allen die bijgedragen hebben tot het slagen van deze bijeenkomst. Ik ga mijn dankbetuigingen spreiden, maar ik wil, nu meteen en in de eerste plaats, de Universiteit Antwerpen en meer bepaald de UFSIA danken en vooral mijn rector, professor Van Bladel. Op het nieuws dat UFSIA was uitgenodigd om dit congres te organiseren, heeft hij meteen met vreugde en

met enthousiasme gereageerd. Dat was in augustus 1984. Zijn reactie was voor mij een grote aanmoediging. De steun van de Instelling die hij me toen toezegde, heb ik daadwerkelijk gekregen, moreel en materieel, beide zeer ruim, met een groot hart en een breed gebaar. Bij deze dank betrek ik de dekanen van onze Rechtsfaculteiten, prof. Fernand Van Neste en prof. Rik Swennen. Ik heb ze zo weinig mogelijk lastig gevallen, maar ik wist dat ik op hen kon rekenen en zij hebben mij steun en kostbare raad verstrekt.

Het past dan ook dat, in naam van de Universiteit Antwerpen, rector Van Bladel u als eerste toespreekt.

Verwelkoming door prof. L. Van Bladel S.J. Rector van de U.F.S.I.A.

Mijnheer de Congresvoorzitter, waarde collega Gijssels, alvorens de hele vergadering toe te spreken wil ik allereerst u zelf feliciteren en danken. Dat u er in geslaagd bent zoveel leden van de Vlaamse Juristenvereniging hier vandaag bijeen te brengen is op zich al een succesrijke bekroning van de moeite die u zich hebt getroost en de vaardigheid die u aan de dag hebt gelegd bij de voorbereiding van dit congres. Ik dank u natuurlijk heel speciaal voor het feit dat u voor de werkvergaderingen van dit congres de UFSIA als ontmoetingsplaats hebt uitgekozen. Vanzelfsprekend — een woord dat u zelf graag gebruikt — vanzelfsprekend betrek ik in mijn dank en mijn gelukwensen ook collega Velaers die u bij die voorbereiding met raad en daad heeft bijgestaan.

Mijnheer de Voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging, Dames en Heren Congresleden, in naam van de Universiteit Antwerpen, meer speciaal in naam van de hele UFSIA-gemeenschap heet ik u van harte welkom en wens ik u veel succes toe in uw studiewerk deze voormiddag in dit studiehuis.

Uw talrijke opkomst vereert en stimuleert ons. Met uw aanwezigheid vereert u de inspanningen die aan de UFSIA sinds 25 jaar geleverd worden om vaardige en waardige juristen op te leiden met het oog op de verdediging, het herstel of hier en daar misschien nog wel de opbouw van een rechtvaardig en doelmatig rechtsbestel. Al kunnen wij hier alleen maar zorgen voor de kandidaturen, meen ik toch te mogen zeggen dat de naam die we verworven hebben en met name het voortdurend toenemend aantal studenten waarover wij ons hebben mogen verheugen — in de laatste vier jaar steeg dat aantal van 745 tot 846 — dit jaar tellen wij 584 eerstejaarsstudenten in de Rechtsfaculteit — meen ik toch te mogen zeggen dat dat niet alleen te danken is aan de toffe buurt waarin wij zijn gevestigd of aan het feit dat het weer een kwestie van Jezuïeten is, maar aan de deskun-

digheid en de toewijding waarmee onze professoren en assistenten in hun opleidingswerk een synthese beogen tussen juridische vakkennis, maatschappelijke verantwoordelijkheidszin, historisch inzicht en wijsgerige diepgang.

Met uw talrijke aanwezigheid honoreert u echter niet alleen wat wij tot hiertoe hebben geprobeerd te doen. Uw aanwezigheid stimuleert ons ook om actieve leden te blijven en nog meer te worden van uw Vlaamse Juristenvereniging. Al werken wij hier, wat het onderwijs betreft, alleen maar op kandidatuurniveau, wij proberen ook waardige en vaardige leden van uw vereniging te blijven door ook op het gebied van het wetenschappelijk onderzoek vruchtbare bijdragen te leveren tot de rechtsgeschiedenis, de rechtstheorie en de rechtssociologie. Misschien interesseert het u te vernemen dat vanaf dit jaar de twee onderzoekscentra, het centrum Rechtsgeschiedenis onder de leiding van prof. J. Van den Broeck, en het centrum Rechtstheorie onder de leiding van prof. J. Gijssels, samengevoegd werden tot één groter «Centrum Grondslagen van het Recht», waarin zowel Rechtsgeschiedenis als Rechtstheorie en Rechtsfilosofie aan bod zullen komen. Daarnaast wordt aan onze Instelling onder de leiding van prof. J. Van Houtte, veel aan rechtssociologisch onderzoek gedaan. In antwoord op de stimulans die u ons hier vandaag komt bieden, verzekeren wij u graag dat wij zullen blijven studeren en publiceren.

Dames en Heren, een van onze jonge assistenten was hoofdredacteur van het Gedenkboek dat werd uitgegeven ter gelegenheid van het eeuwfeest van uw vereniging. Ik wens u toe dat de auteur die het vervolg zal moeten schrijven op de geschiedenis van 100 jaar Vlaams Rechtsleven, in ieder geval een vleiend hoofdstuk zal moeten wijden aan het eerste congres van de tweede eeuw van uw vereniging, het congres waarvoor u hier vandaag bent samengekomen.

Ik heet u welkom en wens u veel succes toe.

VERSLAGEN VAN DE SECTIES

Sectie 1. Contractbreuk en derde-medeplichtigheid

De sectie beluisterde vooreerst een samenvatting door prof. Y. Merchiers van haar boeiend en grondig preadvies (verschenen in het *R.W.* van 5 april 1986, 2085 e.v.).

Het grootste deel van de navolgende bespreking werd

gewijd aan de toepassingen van de theorie der medeplichtigheid van derden aan wanprestatie van een schuldenaar. Op verwante gevallen die niet onder deze theorie vallen werd in mindere mate ingegaan.

De meest aangehaalde type-gevallen van de aangegeven theorie waren brouwerij- en andere uitsluitende-afname-verbintenissen, wettelijk voorkooprecht en overeengekomen verkoop- of hypotheekbeloften, concurrentiebedingen, niet-vervreemdingsverplichtingen van o.m. niet afbetaalde zaken, en verbintenissen tot toekenning van verkoopmonopolies in merkartikelen (de eerst- en laatstgenoemde verbintenissen gaan dikwijls samen).

In verband met deze (buitencontractuele) aansprakelijkheid wegens medeplichtigheid aan wanprestatie besprak de sectie vooral de volgende vraagpunten.

1. De gelding van verplichtingen niet te contracteren, en andere verplichtingen waarvan de niet-nakoming typisch geschiedt met medewerking van een derde

Enerzijds werden de gestelde perken aan de gelding van dergelijke verplichtingen besproken, m.n. de beperking van concurrentiebedingen in ruimte en tijd, de beperking van brouwerijverplichtingen, en de in art. 85.2 EEG-Verdrag bepaalde nietigheid van bedingen in strijd met art. 85.1 die niet onder een vrijstelling als bedoeld in art. 85.3 vallen.

Anderzijds werd gewezen op de dwingende — en niet noodzakelijk steeds contractuele — aard van verbintenissen, zoals het voorkooprecht van de pachter.

2. De van de derde vereiste kwade trouw bij zijn medewerking aan de wanprestatie van de schuldenaar.

Er werd gezocht naar criteria voor het door het Hof van Cassatie (22 april 1983) met de woorden «kennis had of diende te hebben» aangegeven vereiste van kwade trouw. Daartoe werden de volgende elementen aangebracht.

— Een onderzoeksplicht zou op een ieder rusten in geval van wettelijke verbintenissen, zoals het reeds genoemde voorkooprecht van de pachter, verbintenissen waaraan wettelijke openbaarheid is gegeven, zoals verkoopbeloften in overgeschreven huurovereenkomsten, en verbintenissen die in de omgeving van de derde algemeen bekend zijn, zoals brouwerijverplichtingen. Daarbij werd ook verwezen naar het begrip kwade trouw (vs. goede trouw in subjectieve zin) gebruikt in het zakenrecht m.b.t. de derde-bezitter en de actio Pauliana.

— Een zwaardere onderzoeksplicht kan aangenomen worden voor de «professioneel» m.b.t. handelingen binnen zijn beroepssfeer. Als voorbeelden werden aangehaald de onderzoeksplicht van de opkoper van een gebruikte wagen t.a.v. het reeds afbetaald zijn van de wagen, en nogmaals de brouwer t.a.v. het verlopen zijn van de vorige brouwerijverplichtingen. Een standaardbeding in een overeenkomst tussen wanpresteerder en derde waarbij de eerste verklaart vrij te zijn van dergelijke verbintenissen, zou in bepaalde gevallen zelfs op kwade trouw van de derde kunnen wijzen. Ook werd voor de aansprakelijkheid van de «professioneel» verwezen naar de aansprakelijkheidsregeling inzake verborgen gebreken. Anderzijds kan ook van hem geen volledige follow-up van de uitvoering door de schuldenaar van diens verbintenissen verwacht worden.

— Meerdere deelnemers drukten de wens uit dat preciezere criteria voor de vereiste kwade trouw zouden worden verwoord, waarbij de rechtsleer zich niet achter een zogezegd onderscheid tussen rechts- en feitenvraag zou verschuilen om de praktijzin verdere wijzing te onthouden.

3. De onzorgvuldigheid van de derde die bovenop de in 2 besproken kwade trouw vereist is opdat er bij hem van (buitencontractuele) fout sprake kan zijn

Het bleek bijzonder moeilijk de kenmerken aan te geven waaraan de gedraging van de derde te kwader trouw moet beantwoorden om ook een fout uit te maken — een verwijtbare schending van de algemene verkeers- en zorgvuldigheidsplicht — jegens de schuldeiser. Is opzet niet vereist, kennis alleen zou onvoldoende zijn voor een vordering tot schadevergoeding. In welke mate er initiatief moet uitgaan van de aangesproken derde is niet duidelijk.

4. De remedies

De voornaamste bedoeling van een vordering tegen de derde blijkt herstel in natura te zijn. Deze kan bereikt worden door een vordering tot staken, een vernietiging van de overeenkomst tussen schuldenaar en derde (ongeoorloofde oorzaak), een niet-tegenwerpelijheid aan de schuldeiser van een vervreemding door de schuldenaar aan een derde, een gebondenheid van de derde-overnemer aan de brouwerijverplichtingen. Volstaat hiertoe niet de kwade trouw, zoals voor de Pauliana?

Wanneer het echter om schadevergoeding gaat, rijzen meer problemen. De vraag werd gesteld of verdere schade bij de schuldeiser geen onvoorzienbare schade uitmaakt waarvoor de derde behoudens opzet niet kan worden aangesproken. Betwistingen bleven door de paradox dat van de derde een grotere vergoeding zou kunnen worden gevorderd dan van de schuldenaar zelf — ook in die gevallen waarin fout en voorzienbaarheid van de schade gelijkliggen. Anderzijds zou de schuldeiser tegenover de derde noch gehouden zijn door noch een beroep kunnen doen op een schadebeding overeengekomen met zijn schuldenaar.

Naast deze problemen in verband met de aansprakelijkheid wegens medeplichtigheid aan wanprestatie besprak de sectie ook verwante gedragingen van derden in gevallen waarin er geen wanprestatie is van de schuldenaar doch «miskennis van een contractueel recht» zonder meer, zoals bij het breken van prijsbinding of van een verkoopmonopolie door het betrekken van goederen bij een vierde. Criteria voor een buitencontractuele fout in dergelijke gevallen blijken nog niet te zijn uitgewerkt en er kon een vrij algemene terughoudendheid vastgesteld worden tegenover verdere beperkingen van de vrijheid van handel door toekenning van een vordering tot staken en/of tot schadevergoeding in dergelijke gevallen.

Matthias-Edward STORME
Aspirant NFWO

Sectie 2. De verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiek recht

In dit preadvies tracht mr. Bosmans te onderzoeken of er in de verhouding particulier/overheid al dan niet een speciaal administratief contractenrecht voorhanden is. Daarbij rijst dan ook de vraag welke principes hier toepasselijk zijn: dient men te steunen op de beginselen van het verbintenissenrecht, dan wel op de beginselen van het administratief recht of worden beide simultaan toegepast. Het resultaat van dit onderzoek komt volgens de auteur erop neer dat in dit domein de jurist aangewezen is op nogal vage constructies van een reeks sui generis contracten.

In zijn mondelinge toelichting benadrukte de preadviseur dat hij bij zijn onderzoek zijn aandacht heeft toegespitst op bepaalde soorten overeenkomsten. Hij maakte daarbij een onderscheid tussen enerzijds de contracten ter uitvoering van het overheidsbeleid en anderzijds de beleids-overeenkomsten. Tot de eerste categorie behoren o.m. de organieke wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de concessies van openbare diensten en de contracten waarbij een privaat gebruiksrecht door de overheid op haar goederen wordt verleend. Tot de tweede categorie behoren o.m. de programmaovereenkomsten en de verschillende contracten zoals zij voorkomen in de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie, zoals daar zijn de vooruitgangcontracten, de contracten ter bevordering van het ondernemingsbeheer, reconversiecontracten e.d.

Tijdens de discussie werd door verscheidene deelnemers de door de auteur voorgestelde indeling tussen overeenkomsten ter uitvoering van het overheidsbeleid en beleids-overeenkomsten op de korrel genomen. Dit gehanteerde onderscheid stuitte vooral op bezwaren wanneer gesteld werd dat beleidsovereenkomsten wettelijk geregeld zijn. Wat doet men in een dergelijke optiek dan met de concessieregeling?

Uit de discussie m.b.t. dit gehanteerde onderscheid kwam echter de volgende belangrijke conclusie. Wanneer men geconfronteerd wordt met overeenkomsten die geslo-

ten zijn door de overheid ter uitvoering van haar beleid, dienen de desbetreffende rechtsregelen in eerste instantie een aanknopingspunt te vinden in het zuivere contractenrecht. Wanneer men echter staat voor zogenaamde beleids-overeenkomsten, zal men, aangezien hun inhoud in grote mate gedetermineerd wordt door overwegingen van politieke en van beleidsmatige aard, zich veel eerder dienen te baseren op de beginselen inherent aan het administratief recht (zie o.m. de regelen van behoorlijk bestuur).

Bij het sluiten van een overeenkomst door de overheid met een privaat persoon dient men een onderscheid te maken tussen de regelen die de totstandkoming zelf van de overeenkomst beheersen en de regelen die verband houden met de uitvoering van de overeenkomst. In het eerste geval zal men rekening dienen te houden met rechtsregelen die meer specifiek verband houden met het administratief recht, zoals de regelen van behoorlijk bestuur, de vraag naar het eventueel bestaan van machtsmisbruik. In het tweede geval (de uitvoering van de overeenkomst) bestaat de tendens om zich te richten naar de regelen eigen aan het verbintenissenrecht.

Tot slot een belangrijke bedenking die gerezen is bij het standpunt van de preadviseur waarbij gesteld werd dat, wanneer de overheid op een rechtmatige wijze een einde maakt aan bv. een concessie, er volgens hem geen schadevergoeding zal kunnen worden geëist. Met deze stellingname werd door bepaalde deelnemers niet ten volle ingestemd. Uit de gedachtenwisseling dienaangaande is vooral het volgende te onthouden: wanneer de overheid op grond van overwegingen ingegeven door het algemeen belang een einde maakt aan een overeenkomst waarbij zij partij is, kan een eis tot schadevergoeding in bepaalde omstandigheden wel gerechtvaardigd zijn, indien de benadeelde partij zou kunnen steunen op schending van het zogenaamde gelijkheidsbeginsel.

Cathy VAN ACKER
Werkleider R.U.G.

Sectie 3. «Gentlemen's agreements» en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen

De pre-adviseur, prof. Eric Dirix, behandelde in thema's:

1. Afspraken die de rechtsorde niet aanbelangen;
2. Rechtens vrijblijvende afspraken of gentlemen's agreements;
3. Precontractuele verhoudingen;
4. Enige andere gevallen.

De sectie concentreerde zich vooral op twee thema's:

1. De afspraken die de rechtsorde niet aanbelangen.

Hierbij werd eerst de principiële vraag gesteld of het wel zo is dat het recht zelf bepaalt wat het aanbelangt en wat

niet. Kunnen partijen met andere woorden niet via de wilsautonomie eigenlijk alles binnen de rechtssfeer brengen wat niet indruist tegen de openbare orde en de goede zeden.

De pre-adviseur voorzag deze principiële mogelijkheid inderdaad, maar vestigde de aandacht op de noodzaak om in hoofde van partijen een rechtens relevante oorzaak te kunnen onderkennen als geldigheidsvoorwaarde voor het tot stand komen van een geldig contract.

Overigens was de sectie geïnteresseerd in afspraken in de sfeer van de sport, waarbij gesteld werd dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen professionele sport en amateurssport. Aangezien de professionele sport als bedoeling heeft geld of een inkomen te verzekeren aan haar beoefenaars, kan hiervan wellicht afgeweken worden van de

eigenlijke sportieve doelstellingen die de amateursport kenmerken.

Ook de vormen van samenwonen buiten het huwelijk waren een aandachtspunt. Een inbreng vanwege een Nederlandse deelnemer ging in de richting van het erkennen van een sui generis-contract. De pre-adviseur sprak een grote huiver uit om toestanden te gaan juridiseren die niet als dusdanig ab initio door de partijen werden bedoeld.

Als conclusie van deze discussies tekende zich een brede stroming af binnen de sectie om na te gaan of bepaalde gebieden van het menselijk handelen die traditioneel niet onmiddellijk binnen de rechtsorde werden gezien, toch niet gaandeweg een grote maatschappelijke relevantie gaan vertonen.

Zulks kan gebeuren door bv. vast te stellen dat zich een groot aantal incidenten voordoet waarbij ofwel veel rechts-onderhorigen betrokken zijn, ofwel grote publieke belangstelling optreedt.

Ook de economische belangen die in het spel zijn of de mogelijke tewerkstelling (in de sportwereld) kunnen een dergelijke relevantie aanduiden.

Wanneer deze laatste eenmaal is vastgesteld, werd de wenselijkheid aangevoeld om dit domein in de rechtsorde te brengen ofwel door wetgevende initiatieven, ofwel door rechterlijke controle en rechtsschepping over het bindend karakter van afspraken.

2. *Rechtens vrijblijvende afspraken of gentlemen's agreements.*

De sectie erkende het bestaan van afspraken tussen partijen, die aan deze afspraken elk obligatoor karakter willen ontfangen. Met deze definitie was de duidelijkheid meteen afgelopen, want daarna werd een lang debat gewijd aan een juist begrip of omschrijving en analyse van dit fenomeen.

Aldus kwamen ter sprake:

- de afdwingbaarheid van een gentlemen's agreement ondanks de wil van de partijen;
- de mogelijkheid voor derden om zich erop te beroepen of zich ertegen te verzetten;

- de verschillende nuances tussen pre-contractuele verhoudingen enerzijds en gentlemen's agreements anderzijds;

De sectie kwam tot de conclusie dat er grote schemervelden bestaan tussen onrechtmatige daad, geldige verbintenis en afdwingbare verbintenis enerzijds evenals bij de interpretatie van de overeenkomsten achteraf anderzijds.

Men had het gevoel dat de zeer genuanceerde verhoudingen tussen goed geïnformeerde en deskundige partijen slechts met grote omzichtheid mogen worden omgezet in soms rudimentaire juridische qualificaties. Toch voelde men vanuit een litigieuze praktijkervaring en een gevoel van billijkheid, grote nood aan, om op een andere manier afdwingbaarheid te creëren waar die aanvankelijk niet gewenst was. Aldus suggereerde men het gebruik van de techniek van de onrechtmatige daad en een verhoogde zorgvuldigheidsplicht van de «gentlemen», die een agreement aangaan.

In de marge van de discussie werd nog een ander thema aan de orde gesteld met name de vraag of de afdwingbaarheid meteen ook het behalen van het beoogde rechtsgevolg garandeert.

Voor al in het economisch verkeer zijn bepaalde doelstellingen die men beoogt, wars van elke procesgang en dus van de mate waarin iets kan afgedwongen worden.

Aldus kan gedacht worden aan confidentialiteit waarvan Richelieu getuigde: «Le secret est l'âme des affaires.» en die in het economisch verkeer inderdaad als zeer belangrijk worden ervaren.

Een andere zeer belangrijke doelstelling of modaliteit die partijen vaak beogen met miskenning van juridische formaliteit, is de snelheid waarmee sommige zeer complexe projecten moeten worden gerealiseerd.

Tenslotte zijn sommige materies zo gespecialiseerd dat meningsverschillen door een niet ingewijde rechter niet zodanig kunnen worden opgelost dat de beoogde rechtsgevolgen gerealiseerd worden.

In al deze gevallen zal de afdwingbaarheid van partijen dus gezocht worden buiten de procesgang in niet-juridische sancties, zoals bv. het uitsluiten in de toekomst van verdere samenwerking.

R. MULLER

Sectie 4. De vervoerovereenkomst

Prof. J. Van den Heuvel maakte bij het begin van zijn preadvies duidelijk dat de verscheidenheid in het vervoerrecht het moeilijk maakt algemene regels op te stellen. De preadviseur opteerde dan ook voor de grondige behandeling van enkele specifieke problemen in dit domein.

Eerst en vooral besprak hij de resultaatverbintenis van de vervoerder:

— ten opzichte van de afzender houdt deze verbintenis in dat de vervoerder dient af te geven wat hij ontvangen heeft;

— ten opzichte van de derde houder van een verhandelbare titel wordt de inhoud van deze resultaatverbintenis bepaald door de vermeldingen van deze titel.

Vervolgens behandelde de preadviseur het probleem van de verdeling van de bewijslast tussen de vervoerder en zijn

medecontractant en wees hij op het belang van de vervoerdocumenten als bewijsmiddel.

Ten slotte werden de moeilijkheden uiteengezet, die ontstaan door het gebruik van nieuwe technieken zoals containers.

De discussies die op dit preadvies volgden, werden geleid door ereleden G. Franck.

Een deelnemer van de vergadering stelde voor om te evolueren naar een systeem van objectieve aansprakelijkheid van de vervoerder.

In ruil voor de mogelijkheid zijn aansprakelijkheid te beperken, zou de vervoerder aansprakelijk geacht worden voor schade en/of verlies zonder dat een fout aan zijn kant bewezen dient te worden.

De vergadering kwam tot het besluit dat er juridisch geen

enkel bezwaar is om te evolueren naar een dergelijk systeem, doch dat dit uiteindelijk een commercieel probleem is. De vervoerder zal zich hiervoor immers dienen te verzekeren, waardoor de prijs voor het vervoer duurder zal worden. De vraag is, wil de medecontractant van de vervoerder deze prijs betalen?

Een volgende probleem dat ter sprake kwam, was de geldigheid van de formule «said to contain».

De preadviseur stelde dat een beoordeling in concreto zich opdringt om de geldigheid van het onbekendheidsvoorbehoud na te gaan. De rechtbanken dienen in concreto te beoordelen of de vervoerder op redelijke wijze de hoeveelheid en de staat van de te vervoeren goederen kon vaststellen. Is dit het geval, dan is het onbekendheidsbeding ongeldig. Dit zal steeds het geval zijn wanneer het gaat om vervoer in containers als de container ingeladen is door de vervoerder of een uitvoeringsagent van hem. Dan kent de vervoerder immers de inhoud van de container en is er geen enkele reden om betreffende die inhoud geen bewijskrachtige vermeldingen op te nemen in het cognossement.

Hierbij aansluitend werd de vraag gesteld wat de afzender dient te doen indien hij de reserves die door de vervoerder op het cognossement aangebracht zijn, betwist. De afzender kan dagvaarden voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel in kort geding teneinde een gerechtsdeskundige te doen aanstellen. In maritieme zaken kan immers gedagvaard worden van uur tot uur. Indien de deskundige tot de bevinding komt dat het cognossement ten onrechte geclausuleerd is, en indien de vervoerder weigert het cognossement aan te passen, heeft de afzender de volgende mogelijkheden:

- hij kan zijn goederen van boord halen;
 - hij kan dagvaarden voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel in kort geding teneinde te doen zeggen dat de vervoerder een schoon cognossement dient af te geven onder verbeurte van een dwangsom;
 - in de praktijk wordt dikwijls een waarborgbrief gegeven door de verlader in ruil voor een schoon cognossement.
- Dit bracht de discussie op het probleem van de geldigheid van een dergelijke waarborgbrief. De vergadering was het

erover eens dat zo'n waarborgbrief een valsheid in geschrift uitmaakt en nooit geldig is ten opzichte van de derde houder van het cognossement. De derde houder kan dus steunen op de bepalingen van het cognossement om aan te tonen dat de goederen zuiver ingescheept werden.

Ten slotte besteedde de vergadering aandacht aan de bevoegdheidsclausules in het cognossement en dit in het licht van de arresten in de zaak van de Tilly Russ (Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 19 juni 1984, *R.W.* 1984-85, 109 en 1767; *E.T.L.*, 1985, 4; Cass., 25 januari 1985, *E.T.L.*, 1985, 73).

Het Hof van Justitie oordeelde dat in de verhouding vervoerder/afzender het bevoegdheidsbeding onder welbepaalde voorwaarden voldoet aan het vereiste van art. 17 Executieverdrag en dus geldig is. In de verhouding vervoerder/derde houder van het cognossement ligt het probleem moeilijker. Het Hof van Justitie verwijst immers naar het nationale recht om uit te wijzen of deze derde houder de afzender in diens rechten en verplichtingen opvolgt, of over autonome rechten beschikt.

Het Hof van Beroep te Gent oordeelde in zijn arrest 24 juni 1985 (*E.T.L.*, 1985, 548) dat de derde houder van het cognossement in de rechten treedt van de inlader.

Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen heeft de derde houder een autonoom recht en betekent dus de geldigheid van de bevoegdheidsclausule ten opzichte van de afzender, niet automatisch de geldigheid van deze clausule ten opzichte van de derde houder (arrest van 26 februari 1986, niet gepubliceerd).

De preadviseur is geneigd de stelling van het Hof van Beroep te Antwerpen te volgen. Hij wees erop dat de derde houder zelfs betere rechten heeft dan de afzender. Immers is het tegenbewijs tegen de inhoud van het cognossement niet mogelijk tegen de derde houder doch wel tegen de afzender.

Uiteindelijk besloot de vergadering dat het Hof van Cassatie zou dienen tussen te komen om uitspraak te doen in de ene of de andere richting en dit in het belang van de rechtszekerheid.

Ingrid VERBERGT

Sectie 5. Het gebruik ontstaan uit een overeenkomst of een verdrag

De preadviseur, professor H. van Houtte, benaderde het onderwerp in zijn schriftelijk verslag vanuit drie verschillende invalshoeken: het Belgisch positief recht, het a-nationaal recht van de internationale handel, met name de *lex mercatoria*, alsook het internationaal recht.

Tijdens de mondelinge uiteenzetting legde de preadviseur de nadruk op het nationale vlak. De daaropvolgende discussie volgde deze trend, zodat hoofdzakelijk het nationaal aspect van deze problematiek werd behandeld. Het hoofdthema van het referaat kan gehaald worden uit de stelling van de preadviseur dat de gebruiken en gewoonten (termen die voor de gelegenheid gelijk werden gesteld) in het Belgisch recht een ruimere rol toebedeeld zouden moeten krijgen, buiten het kader van de veronderstelde partijwil. De nadruk werd gelegd op de strenge vereisten die in ons recht

ter zake gelden: om als gebruik erkend te worden dient een regel onder meer algemeen aanvaard te zijn en is een lange gistingstijd vereist, problemen die in het internationaal recht adequaat worden opgelost. Meer plaats dus voor de vrije rechtsvorming buiten de nationale wet, stelde de preadviseur, gebaseerd op de gebruikelijke handelwijze tussen partijen.

De discussie over de handelsgebruiken leidde zeer vlug tot het onderwerp van de handelsarbitrage. De deelnemers waren van mening dat de wet aangaande de handelsarbitrage van 4 juli 1972, ter uitvoering van het Verdrag van Straatsburg van 20 januari 1966, al verouderd is, zodat een wetswijziging wenselijk blijkt. De aanwezigen waren ook akkoord dat de arbitrage in het algemeen zeer los en soepel verloopt en weinig hinder ondervindt van het wettelijke

keurslijf. Zo specificeren de partijen bijvoorbeeld zelden de normen die van toepassing zijn. De arbiters passen in de praktijk dan de gebruiken en gewoonten toe zoals menig arbitragereglement het voorschrijft (Internationale Kamer van Koophandel, UNCITRAL...). Bovendien hechten de partijen vaak weinig belang aan het nationaal recht dat van toepassing is op het geschil, zodat ook hier de arbiter een ruime beoordelingsmacht toegemeten krijgt. Evenwel werd erop gewezen dat gebruiken en billijkheid (of nog «ex aequo et bono») niet mogen worden vermengd.

Een tweede groot thema van deze besprekingen vormde de mogelijke concrete toepassing van de handelsgebruiken. Voorgesteld werd «blanco normen» van het Belgisch recht (zoals bijvoorbeeld artikel 1382 BW) op te vullen door gedragscodes, uitgevaardigd door de bedrijfsorganisaties, die handelsgebruiken codificeren.

Tenslotte werd het bewijs der gebruiksvorming besproken. Dit stelt geen al te grote moeilijkheden bij arbitrage. Zo beroept de arbiter zich in de meeste gevallen op de praktijken, aangevoerd door partijen. Soms wordt de arbiter juist gekozen uit een bepaald milieu, omdat hij geacht wordt op de hoogte te zijn van de *in casu* toe te passen gebruiken. Daarnaast staat het hem trouwens vrij eigen initiatieven dienaangaande te ontwikkelen, en de vermeende praktijken te achterhalen of te verifiëren.

Rechters daarentegen zijn gebonden door de veel strictere regels van het Gerechtelijk Wetboek. Trouwens de eed die de rechter aflegt bij de ambtsaanvaarding verplicht niet tot de eerbiediging van het gebruik. Uitgaande van dit ver-

trekpunt werd naar alternatieven gezocht. zo werd voorgesteld dat de rechter niettemin ambtshalve de handelsgebruiken zou moeten kunnen toepassen. Hier stuit men echter op het dispositiebeginsel, dat slechts enge marges toelaat, zelfs aan consulaire rechters. Misschien kan het Gerechtelijk Wetboek zelf, en meer bepaald artikel 877, hieraan verhelpen daar het aan de rechter toelaat een vermoed document op te vragen. Vaak echter wordt aan dergelijke verzoeken geen gevolg geven, iets wat trouwens oogluikend door de wet wordt geduld daar geen sancties bepaald zijn. Ook zou het deskundigenonderzoek in dit opzicht een belangrijke rol kunnen vervullen, maar de hoge kosten die er doorgaans mee gepaard gaan ondermijnen de efficiëntie van dit middel. Ten slotte werd in de groep voorgesteld dat een handelsrechtbank van het voorgelegd geschil zou kunnen worden samengesteld. Doch dit stuit op praktische bezwaren aangezien handelsrechters niet steeds vrij zijn om in het proces ingeschakeld te worden.

Een ruime toepassing van handelsgebruiken zou eventueel kunnen leiden tot het ontstaan van nieuwe handelscorporatisme. Het te vlot aanvaarden van gebruiken, zoals aangehaald door leden van een bepaalde sectoriële groep, zou buitenstaanders kunnen benadelen. Dit verklaart dat de rechter dan ook eerder teruggrijpt naar de vermoede partijwil of de wet, eerder dan naar de handelsgebruiken van het milieu. Opdat handelsgebruiken hun rol zouden kunnen vervullen is het derhalve nodig dat ze geen instrument worden van een nieuw soort corporatisme.

Erik FRANCKX

Slotrede uitgesproken door prof. dr. M. Storme, Voorzitter Vlaamse Juristenvereniging

Op 24 juni 1900 werd het eerste Vlaams Rechtskundig Congres van de toenmalige Bond der Vlaamsche rechtsgeleerden te Antwerpen gehouden. Er waren 168 ingeschreven en 162 waren inderdaad aanwezig (Van Goethem, H., *Honderd jaar Vlaams rechtsleven*, Gent, 1985, bl. 60 e.v.). Het eerste congres van de tweede eeuw V.J.V. wordt opnieuw te Antwerpen gehouden.

Dat wij na een dalende aanwezigheidstrend op de twee voorgaande congressen thans uitgerekend te Antwerpen opnieuw een bijzonder opmerkelijke renouveau meemaken, is eigenlijk niet zo verrassend.

Antwerpen is immers de stad van mijn achtbare voorganger Ridder René Victor, maar het congres werd bovendien georganiseerd door een voorzitter en een secretaris, die resp. uit Brabant en Limburg afkomstig zijn. Zij hebben er sinds twee jaar een erezaak van gemaakt om het eerste congres van de tweede eeuw V.J.V. tot een succes te laten uitgroeien. Graag betuig ik aan Jan Gijsels en aan Jan Velaers de dank van de Vereniging en van het congres en in hen dank ik de gastheren, alle medewerkers en sponsors die dit gebeuren mogelijk maakten in de lijn van de traditie geschapen door de eerste Antwerpse congresvoorzitter Raymond Derine.

Wij beschikten bovendien over voortreffelijke preadviezen, die tijdig werden gepubliceerd door het R.W., waarvan ik graag als het vertrouwde huisorgaan van onze Vereniging in de persoon van stafhouder E. Boonen een dankbare hulde wil brengen.

De preadviseurs werden gemodereerd en gestimuleerd door een schare uitmuntende voorzitters, terwijl de debatten daarnet kernachtig werden samengevat door jonge juristen, die bewezen hebben dat zij onze traditie van hoge wetenschappelijke standing zullen weten voort te zetten.

Aan allen onze hartelijke dank.

De eerste minister had aanvaard om hier het woord te voeren, doch hij heeft zich om begrijpelijke redenen laten verontschuldigen wegens het begrotingsconclaaf in de St.-Annapriorij. Hopelijk zal men van de resultaten niet zeggen dat «er iets van St.-Anna onder loopt», want volgens Van Dale betekent dit dat er iets onbehoorlijks in zit.

In zijn rede zou de premier verwezen hebben naar een vakbekwame en creatieve juridische inbreng bij het verder welslagen van de staatshervorming, en hierbij meteen de verantwoordelijkheid van de V.J.V. hebben onderstreept.

Lering halend uit meer dan vijf jaar staatshervorming, zou hij eveneens in expliciete aansluiting bij ons manifest van 15 juni 1985, onderstreept hebben hoezeer de huidige bevoegdheidsproblematiek om nieuwe oplossingen vraagt.

Ten slotte zou de premier in het kader van het congres-thema «De overeenkomst» met klem onderstreept hebben hoezeer een contractueel en federaal samenlevingsverband in dit land ook een bepaalde getrouwheid vereist naar analogie van het principe van de goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten.

In mijn antwoord had ik hem graag aan enkele bekom-

mernissen van de V.J.V. willen herinneren. Ook mijn antwoord wil ik slechts samenvatten:

1. Wij maken ons zorgen om de ebbe van het parlementaire regime in dit land. In ons manifest van 15 juni 1985 hebben wij gepleit voor het scheppen van klaarheid in de verdeling van de normatieve functie tussen Parlement en Koning. Hierbij willen wij inderdaad ook rekening houden met het feit dat de spelregels dateren van de XIXe eeuw, terwijl alles wat bestuurd wordt, veranderd is.

2. Bij het zoeken naar nieuwe evenwichten in de huidige institutionele chaos hebben wij een aantal krachtlijnen in gemeld manifest uitgestippeld ten einde de werking van onze instellingen in een democratische rechtsstaat te verbeteren.

Het is derhalve onze uitdrukkelijke wens bij het opstellen van een blauwdruk voor een nieuwe Grondwet van deze Staat, als geëigende gesprekspartner voor juridisch Vlaanderen direct betrokken te worden.

3. Wij zijn ten slotte ook bekommerd om het respect voor de «rule of law» in dit land. Wanneer de overheid zelf de wetten overtreedt, wanneer er parlementairen zijn die pogingen ondernemen om de uitspraken van het Arbitragehof ongedaan te maken, wanneer het Parlement wetten aanneemt ten einde een uitspraak van het Hof van Justitie te omzeilen¹, wanneer resp. zeven en vier jaar gewacht wordt om veroordelende arresten van Straatsburg² en Luxemburg³ uit te voeren, of wanneer parastatalen schaamteloos publiciteit voeren voor de financiering bij aankoop van een wagen onder de slogan «Koop hem nu, betaal hem nooit», hoe kan men dan nog van de burger in dit land enig respect voor de rechtsstaat afdwingen?

Het tweejaarlijks congres is voor uw voorzitter meteen de gelegenheid om verantwoording te brengen over het beleid van onze Vereniging, een beleid waarvan ik niet meer de krachtlijnen in herinnering zal brengen, daar dit reeds gebeurde ter gelegenheid van het eeuwfeest te Gent op 18 oktober 1985.

Dank zij de inzet van het bestuur, waaraan ik vandaag graag een oprechte hulde wil brengen — in het bijzonder aan mevrouw Magda Claesen, onze toegewijde secretaris, die voor de eerste maal niet aanwezig kan zijn —, dank zij dit bestuur hebben wij gemeend een grotere wervings- en slagkracht aan de V.J.V. te kunnen geven door de oprichting van veertien arrondissementale cellen, waar uiteindelijk de actualiteitsvragen van de Vlaamse Juristen zouden moeten worden gesteld. Op die wijze wordt de Vereniging van onderuit gestuwd en vernieuwd in plaats van van bovenuit versterkt en gedomineerd te worden. Ik doe een oproep tot alle aanwezigen om hun belangstelling voor deze cellenwerking aan te melden bij de cellarii, zoals ondervoorzitter F. De Pauw ze ooit omschreef, de celverantwoordelijken die ik hier wens te danken voor hun bereidwilligheid en inzet, alsook de coördinator, mr. K. Van Hoorebeke.

En een zelfde oproep zou ik willen richten m.b.t. ons sinds september 1985 gestarte ledenblad, Vlaams Jurist Vandaag, dat dank zij de goede zorgen van de uitgeverij Story-Scientia aan 8.000 juristen wordt verzonden en reeds aan zijn derde nummer toe is. Hoofdredacteur J.M. Berkvens zoekt juristen die ideeën, suggesties en pennevruchten willen bezorgen, opdat dit een echt ledenblad wordt, voor en van de leden van de V.J.V.

Wij willen ook een compleet bestand maken van alle Vlaamse juristen, waar zij zich professioneel of territoriaal ook mogen bevinden, ten einde aldus de hele juristenfamilie echt representatief te kunnen vertegenwoordigen. Dit bestand wordt thans voorbereid o.l.v. het Antwerps secretariaatsteam, Magda Claesen, Jan Van Bael en Tony Verstreken, door een jonge juriste, mevrouw Van de Mussele-Van den Bosch, aan wie ik graag dank wil zeggen, doch in wier naam ik ook een dringende oproep tot medewerking en mededeling van gegevens moge doen.

En ten slotte werden de nodige contacten gelegd met de politieke en maatschappelijke gezagdragers om gezamenlijk bepaalde standpunten in te nemen of om de laatste resten van ons ontvoogdingsproces op te ruimen. Ik moge hierbij verwijzen naar ons colloquium, eveneens van 18 oktober 1985, over de taalwetgeving in rechtszaken.

Wij hebben als Vereniging een strijd van honderd jaar achter de rug, doch thans moet het triomfalisme van ons eeuwfeest⁴ plaats ruimen voor een reeks nuchtere vragen.

Hebben wij in het cultuur-autonome Vlaanderen de verdere opgang van de Nederlandse cultuur in woord, taal en specifieke scheppingskracht niet laten afremmen door de zelfvoldane nieuwe heersers, door een vernauwing van de Vlaamse horizon en door een vanzelfsprekende onverschilligheid tegenover alles wat het materiële overstijgt?

Hebben wij in Vlaanderen de tolerantie, de openheid, de dialoog bevorderd ten einde in de eigen gemeenschap een consensus over fundamentele maatschappelijke problemen tot stand te brengen? Er is immers geen normering mogelijk zonder deze consensus.

En hebben wij t.a.v. de jeugdwerkloosheid in Vlaanderen iets meer gedaan dan deze goeddeels toe te schrijven aan intern-communautaire tegenstellingen in plaats van ons te bezinnen over de betekenis van de arbeid voor de mens en dienovereenkomstige structuren te scheppen?

Hebben wij ons in Vlaanderen niet blindgestaard op de show van een Flanders' Technology, terwijl wij Vlaanderen Anders hadden gedroomd o.m. in de non-profit-sector, waarbij kan worden aangestipt dat de rechtsbescherming door de dienst van het gerecht wellicht tot de minst productieve overheidsdiensten behoort en tevens tot de meest noodzakelijke.

En zo keren wij terug naar de V.J.V. en haar specifieke opdracht.

Paul Snoek dichtte:

«Ik moet bekennen dat ik gek ben van het water. Want in het water adem ik water, in het water word ik een schepper die zijn schepping omhelst, en in het water kan men nooit geheel alleen zijn en toch nog eenzaam blijven.»

¹ Recentelijk de wet van 21 juni 1985 om aan de gevolgen van het arrest Gravier van 13 februari 1985 te ontsnappen.

² Arrest Marckx 13 juni 1979.

³ Milieu-arresten 2 februari 1982.

⁴ R.W., 1985-86, 1121 e.v.

In deze stad mag ik er dan ook aan herinneren dat Vlaanderen stroom is, een stroom die een brede bedding heeft. Er zijn er die immers Vlaanderen tot een beek in een natuurreservaat willen reduceren.

Wij hebben aan het recht in dit hele land een eigen gelaat gegeven, waarbij stilaan duidelijk wordt dat ons rechtssysteem niet meer het adoptief kind gebleven is van de Napoleontische codificatie. Men hoeft maar de meeste rapporten voor dit congres door te nemen om te beseffen hoezeer wij ons bevinden op het kruispunt van de Germaanse en Latijnse civil law-cultuur alsmede van de Angelsaksische common law-cultuur. Dat nieuwe gelaat hebben wij, Vlaamse Juristen, geboetseerd, zoals ook wij de eersten waren om alhier aandacht te besteden aan het positieve fenomeen van de «judge-made law» en aan de betekenis van de doctrine voor de ontwikkeling van wetgeving en rechtspraak.

Omdat wij de meerderheid in dit land zijn, hebben wij de rechtmatige pretentie om de komende rechtsstructuren van onze Staat fundamenteel te beïnvloeden. Ik denk hierbij aan de noodzaak van de grondwettigheidscontrole⁵, aan een in verhouding tot werklust opgebouwd magistratenbestand in het Hof van Cassatie, aan een totale aanpak van de achterstand van het gerecht i.p.v. «réformes ponctuelles», aan een daadwerkelijke aanpak van de depolitisering van het openbaar ambt ... Of moeten wij wachten tot er eindelijk op Justitie en Binnenlandse Zaken weer full-time-ministers zullen komen?

Ik druk in de stad, waar de zetel van het V.E.V. is gelegen, uitdrukkelijk de wens uit dat wij ons gezamenlijk, economen én juristen, beraden over de aangepaste structuren, die onze Vlaamse gemeenschap en de Belgische Staat op een behoorlijke wijze kunnen omkaderen om opnieuw welvaart en welzijn ter beschikking te stellen van alle burgers zonder enig onderscheid. Want wij zijn het die aan deze gemeenschap en aan deze Staat een nieuwe gestalte kunnen en moeten geven.

Maar de brede bedding betekent ook de Nederlandse taal- en cultuurgemeenschap en Benelux. Ik begroet graag in dit verband professor Chris Brunner, die hier de Nederlandse Juristenvereniging vertegenwoordigt.

Laten wij ervoor waken dat onze ontmoetingen niet worden tot een gezellige theevisite van een beleefde tante aan haar jongere neef. Wij kunnen — maar willen wij het nog wel? — met onze beide Verenigingen aan de Taalunie ook een juridische draagwijdte geven; wij kunnen aan

beide zijden van onze staatsgrens, de enige die ons scheidt, de strijd aanbinden tegen een ambtelijk cultuurespotisme dat onze Nederlandse cultuur in zijn verscheidene uitingsvormen dreigt te verstikken; wij kunnen gezamenlijke standpunten innemen ten aanzien van het behoud van onze culturele eigenheid in een geestdodende satellisering van de mediawereld; wij kunnen ten slotte in de eenwording van Europa een eigensoortige juridische inbreng doen, die anders is dan wat de Duitse, de Franse en de Angelsaksische rechtsculturen ons in hun geestelijk imperialisme willen opdringen.

Want uiteindelijk Dames en Heren, is Europa onze echte bedding, een bedding die ons zal bergen, maar ook een bedding die aan de stroom Vlaanderen opnieuw de kracht van een vloed zal geven, zoals het was ten tijde van het Boergondische Rijk en van de Verenigde Nederlanden.

Vlaamse Juristen,

Het fenomeen van het recht is nooit in een afgelijnd en algemeen-aanvaard begrippenstelsel gedefinieerd. Soms is men geneigd te onderschrijven dat «law is what the lawyers do». Maar de «lawyers» dat zijn wij, juristen uit de rechtspraktijk en de rechtswetenschap, juristen in het bedrijfsleven en in overheidsdienst, juristen in het internationale gebeuren, wij zijn het die het recht van de toekomst voorbereiden.

Ook de V.J.V. is slechts een bedding, waarin de stroom en de vloed door de juristen zelf worden voortgestuwd.

Het zijn Vlaamse Juristen die de hoogste ambten in dit land bekleden en wij zijn vereerd en verheugd zovelen onder hen vandaag in ons midden te zien. Maar deze eminente gezagdragers zullen het mij niet ten kwade duiden zo ik stel dat wij ook vandaag, zoals in de moeilijkste jaren van onze geschiedenis, het jonge juridisch voetvolk broodnodig hebben, de belangloze wroeters die soms eenzaam en in stilte de korst van de dagdagelijkse sleur moeten breken en in het recht als norm en als verwachting blijven geloven. De aanwezigheid van zoveel jonge juristen bewijst dat we op de goede weg zijn.

Wij hebben behoefte aan vrouwen en mannen, die in Vlaanderen recht bedrijven, waar ze ook staan en die door hun bedrijvigheid bijdragen tot de «due process of law», opdat de burger zich door het recht beschermd weet, opdat de machten aan het recht onderworpen worden en de machtelozen zich aan het recht kunnen koesteren.

Of zoals Adriaan Roland Holst het dichtte: «Wees altijd zacht voor hen die eenzaam staan omdat zij groter zijn dan die hen tarten.»

Zo wij deze stroom verder mogen voeden en dragen, zal ook de Vlaamse Juristenvereniging tijdens haar tweede eeuw zin en betekenis behouden. Daarvoor rekenen wij op u allen; u moogt verder op ons blijven rekenen. Lang leve de Vlaamse Juristenvereniging!

⁵ Met ontsteltenis leest men in dit verband dat een grondwettelijk hof enkel bestaat in landen waar men een heropleving van het fascisme vreest (sic H. Van Impe, «Is het wenselijk in België een Grondwettelijk Hof op te richten?», *T.B.P.*, 1986, 112 e.v., 115), alsof de U.S.A.-Supreme Court bedoeld was om het fascisme tegen te gaan!

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 30 SEPTEMBER 1985

Eerste-voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Bruyn en Bützler

1. Sociale zekerheid werknemers — Toepassingsfeer — Bijdrageplicht — Arbeidsovereenkomst — Interimair apotheker — 2. Arbeidsovereenkomst — Interimair apotheker — Bewijs.

1.-2. Ten deze heeft de feitenrechter op grond van de door de R.M.Z. voorgelegde gegevens, nl. de nauwkeurige omschrijving van de te verrichten taken, het bepalen van plaats en uur, de financiële en technische onafhankelijkheid van de interimair en de aangevoerde omstandigheid dat het gebrek aan continuïteit de gezagsverhouding niet belet, wettig kunnen beslissen dat het bewijs dat een interimair apotheker niet aan een arbeidsovereenkomst met de eigenlijke apotheker was gebonden.

R.S.Z. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 januari 1983 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, § 1, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en 97 van de Grondwet,

doordat

het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de vordering van eiser tot betaling door verweerster van bijdragen aan de sociale zekerheid voor tewerkstelling van een interimair apotheker afwijst, en zulks op de volgende gronden: «Wat de eerste vraag betreft, dient te worden onderstreept dat de wet van 27 juni 1969 krachtens haar artikel 1 toepasselijk is op werkgevers en werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst, hetgeen ter zake niet het geval is. Dat de plaatsvervangende apotheker de taak waarneemt bij afwezigheid van de gewone titularis, is vanzelfsprekend; dit bewijst nochtans niet dat er tussen beiden een band van ondergeschiktheid bestaat. Andere elementen zijn daarvoor noodzakelijk, onder meer richtlijnen waarvan niet afgeweken mag worden, maar die blijken ter zake afwezig. Het feit dat (verweerster) met de heer W., met het oog op zijn vervangingsprestaties, telkens is overeengekomen dat laatstgenoemde de gebruikelijke openings- en sluitingsuren zou naleven, acht het hof in elk geval onvoldoende om uit te maken of de heer W. als ondergeschikt werknemer van (verweerster) zou hebben gepresteerd, daar ook de helper van een zelfstandig apotheker in de zin van het K.B. nr. 38 tijdens de afwezigheid van laatstgenoemde zich redelijkerwijze zal dienen te houden aan de gebruikelijke

openings- en sluitingsuren; trouwens het zou volkomen onredelijk zijn geweest voor die kortstondige vervangingsperiodes af te wijken van die gebruikelijke uurregeling. Daarenboven en gelet op de beperkte duur van zijn aanwezigheid in de apotheek D. (78 dagen in 1975; 7 dagen in 1976, 4 dagen in 1977), is het bijna vanzelfsprekend dat de heer W. niet verantwoordelijk was en kan zijn voor het technisch en financieel beheer van de apotheek, des te meer daar ook de helper van een zelfstandige in de gegeven omstandigheden zijn beroepsbezigheid uitoefent zonder zich te moeten inlaten met vorenbedoelde beleidsverantwoordelijkheden. Ten slotte mag worden aangenomen dat indien het gebrek aan continuïteit geen hinderpaal betekent om het behoud te waarborgen van een gezagsverhouding, dan moet tevens onderstreept worden dat die factor al evenmin een bewijs inhoudt dat de betwiste gezagsverhouding inderdaad aanwezig is. Kortom, alle argumenten die (eiser) aanhaalt om de band van ondergeschiktheid te bewijzen blijken onvoldoende om het vooropgestelde doel te bereiken; derhalve moet het hoger beroep verworpen worden».

terwijl (...)

Overwegende dat het arrest, zonder op dit punt te zijn aangevochten, oordeelt dat eiser het bewijs moet leveren dat ten deze «de elementen van een arbeidsovereenkomst aanwezig waren»; dat het vaststelt dat eiser daartoe doet gelden: de nauwkeurige omschrijving van de te verrichten taak, het bepalen van plaats en uur door verweerster, de financiële en technische afhankelijkheid van de interimair en de omstandigheid dat het «gebrek aan continuïteit» het behoud van de gezagsverhouding niet belet;

Overwegende dat het arrest vermelde gegevens één voor één onderzoekt; dat het op grond van de aangevochten redengeving wettig heeft kunnen beslissen dat die gegevens het vereiste bewijs niet opleveren;

(...)

NOOT—1. Zie ook Arbh. Gent, 25 sept. 1984, *R.W.*, 1984-85, 1715.

2. Door de wet van 10 maart 1980 werd de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten aangevuld met een art. 3bis luidende als volgt: «Iedere apotheker die beroepsarbeid verricht in een voor het publiek opengestelde apotheek, wordt geacht 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 wordt bewezen.»

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 28 OKTOBER 1985

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Dienstplicht — Keuringscriteria — Beoordeling door de herkeuringsraad.

Behoudens afwijkende aanwijzing in de tabel van lichaamsgebreken en ziekten oordeelt de herkeuringsraad niet vrij of het gebrek of de ziekte ongeschiktheid voor de dienst tot gevolg heeft.

D.

Gelet op de bestreden beslissing, op 29 augustus 1985 door de Herkeuringsraad van de provincie West-Vlaanderen gewezen;

Over het eerste middel, (...)

Overwegende dat de beslissing vaststelt: «dat de door eiser ingeroepen kwaal of letsel, die evenwel voorkomt in de tabel gevoegd bij het koninklijk besluit van 5 november 1971, niet van aard is dat zij kan aanleiding geven tot vrijstelling van militaire dienst»; dat uit de daaraan voorafgaande beslissing van 27 maart 1985, waarbij de inobservatiestelling van eiser werd bevolen, en uit het deskundigenverslag waarnaar de bestreden beslissing verwijst, blijkt dat eiser zich had beroepen op een kwaal of letsel onder rubriek 1214;

Overwegende dat artikel 1 van het koninklijk besluit tot vaststelling van de keuringscriteria inzake lichamelijke geschiktheid voor de militaire dienst van de dienstplichtigen evenals voor de dienst van de andere militairen en van het personeel van de rijkswacht, als, samen met het opschrift van dat koninklijk besluit, gewijzigd bij koninklijk besluit van 16 mei 1978, bepaalt: «Onverminderd de bijzondere bepalingen betreffende de vereiste lichamelijke geschiktheid om bepaalde functies te mogen uitoefenen in de schoot van de krijgsmacht, worden de ziekten en lichaamsgebreken die aanleiding geven tot ongeschiktheid (...) vastgesteld in de tabel in bijlage bij dit besluit; dat volgens deel «I, Algemeenheden» van de genoemde tabel, onder lid 3, de aandacht van de geneesheren wordt gevestigd op het gebiedend karakter, zowel van de inhoud van de tabel zelf als van de bijkomende preciseringen en onderrichtingen, en onder lid 5 wordt bepaald dat een kruis in kolom 7 duidt op ongeschiktheid volgens de aanwijzingen in kolom 4; dat in kolom 7 van rubriek 1214, een kruis voorkomt, hetgeen, bij gebreke van afwijkende aanwijzingen in kolom 4, betekent dat de bedoelde kwalen of letsels een ongeschiktheid tot gevolg hebben waarover de herkeuringsraad niet vrij kan oordelen;

Overwegende dat de beslissing derhalve niet zonder schending van de voormelde bepalingen en van artikel 14, § 3, van de Dienstplichtwet, beslist dat eiser, hoewel lijdend aan een kwaal of letsel als vermeld onder rubriek 1214, toch geschikt is voor de dienst;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 11 MAART 1986

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. De Baets

Advocaat-generaal: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Convents

Strafvordering — Verstek — Verdere behandeling in afwezigheid van beklaagde — Nieuwe verschijning van beklaagde.

Geen wettelijke bepaling verbiedt de zaak in voortzetting te stellen op een latere datum wanneer de beklaagde niet verschijnt op de datum die in de dagvaarding is vermeld.

Wanneer de beklaagde op de volgende terechtzitting wel verschijnt, zijn verdediging voordraagt en aanwezig is bij de vordering van het openbaar ministerie, is het vonnis dat op een latere zitting wordt uitgesproken niet bij verstek maar op tegenspraak geveld, indien ondertussen in afwezigheid van de beklaagde geen bijkomende vorderingen zijn genomen, geen onderzoeksdaeden zijn verricht of geen stukken zijn neergelegd die hem aanbelangen.

P.

Gelet op het arrest op 18 december 1985 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op het hoger beroep tegen het vonnis van 6 november 1985:

A. In zoverre het beslist op het verzet tegen de onmiddellijke aanhouding van eiser:

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

B. in zoverre het beslist over het verzet tegen het vonnis van 5 december 1984:

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 153 en 186 van het Wetboek van Strafvordering, (...)

tweede onderdeel, doordat de appelrechters de mening zijn toegedaan dat eiser verscheen en er bijgevolg geen verstek tegen hem kon worden uitgesproken,

terwijl eiser enkel en alleen aanwezig was op de zitting van 24 oktober 1984, doch niet op de eerste zitting van 17 oktober 1984, noch op de derde zitting van 31 oktober 1984; allereerst al kan worden vastgesteld dat, wanneer de beklaagde, die regelmatig gedagvaard werd — hetgeen in casu gebeurde — niet ter terechtzitting verschijnt, zijn zaak niet rechtsgeldig kan worden behandeld zonder nieuwe dagvaarding tegen de zitting waarnaar de zaak verdaagd werd; eiser niet verscheen op de zitting van 17 oktober 1984 (hetgeen ook zo vermeld staat op het zittingsblad) en de zaak dan ook niet ten aanzien van hem rechtsgeldig kon worden behandeld op de zitting van 24 oktober 1984, tenzij een veroordeling bij verstek zou worden uitgesproken; voorts, indien het Hof van oordeel zou zijn dat de zaak toch rechtsgeldig ten aanzien van eiser kon worden behandeld op de terechtzitting van 24 oktober 1984, hij weliswaar — zoals trouwens ook gebeurde voor de 65 andere beklaagden — gehoord werd in zijn uiteenzetting omtrent de feiten, maar hij geenszins kon antwoorden op de naderhand geformuleerde (zware) vorderingen van het openbaar ministerie; het vonnis van 5 december 1984 ten aanzien van eiser dan ook moet worden aangemerkt als een verstekvonnis:

(...)

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat geen wettelijke bepaling verbiedt de

zaak in voortzetting te stellen op een latere datum wanneer de beklaagde niet verschijnt op de datum die in de dagvaarding is vermeld; dat wanneer, zoals ten deze, de beklaagde op die volgende terechtzitting wel verschijnt, zijn verdediging voordraagt en aanwezig is bij de vordering van het openbaar ministerie, het vonnis, dat op een latere zitting wordt uitgesproken, niet bij verstek maar op tegenspraak gewezen wordt indien ondertussen in afwezigheid van de beklaagde geen bijkomende vorderingen werden genomen, geen onderzoeksdaeden werden verricht of geen stukken werden neergelegd die hem aanbelangen, wat ten deze niet blijkt;

Overwegende dat de appelrechters derhalve wettig beslissen dat het vonnis van 5 december 1984 op tegenspraak werd gewezen en niet vatbaar was voor verzet;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—De behandeling van het verstek in strafzaken

1. Indien de gedaagde niet verschijnt op de dag en het uur in de dagvaarding bepaald, kan hij niet beweren dat hij verrast is wanneer hij verneemt dat hij bij verstek is gevonden. Hij dient te weten dat de strafrechter gehouden is overeenkomstig de artikelen 149 en 186 Sv. bij verstek te vonnissen.

2. Wanneer wordt vastgesteld dat een procespartij regelmatig is gedagvaard en er geen redenen van overmacht voorhanden blijken, heeft de strafrechter de keuze: ofwel behandelt hij onmiddellijk de zaak bij verstek, ofwel stelt hij de behandeling geheel of ten dele uit tot een latere datum, in overleg met het openbaar ministerie.

3. De tegenspraak was van oordeel dat de behandeling van de zaak niet bij verstek kon worden verdaagd naar een latere zitting, zonder nieuwe dagvaarding (Hof Luik, 8 maart 1902, *Jur. Liège*, 1902, 147; Hof Gent, 30 juni 1983, *R. W.*, 1983-84, 2108, met noot van A. Vandeplas).

De strafrechter wenste de verstekdoende partij alsnog een kans te gunnen om bij de behandeling van de zaak tegenspraak te voeren.

4. Het lijkt geen twijfel dat deze bezorgdheid voor de rechten van de verstekdoende partij ernstige bezwaren meebracht wanneer een belangrijke zaak verscheidene achtereenvolgende zittingen in beslag nam, ook al had R. Declercq voorgesteld in één exploit te dagvaarden voor verschillende dagen (R. Declercq, «De rechtspleging bij verstek in strafzaken», p. 11 in *Strafrecht voor rechtspractici*).

5. In het onderhavige arrest heeft het Hof van Cassatie zich uitgesproken voor een praktische regeling: als de beklaagde regelmatig is gedagvaard, wordt de zaak verder behandeld zonder nieuwe dagvaarding, hetzij de behandeling volledig wordt uitgesteld, hetzij de behandeling wordt voortgezet. Is eenmaal verstek verleend, dan mag de zaak verder bij verstek worden behandeld zonder nieuwe dagvaarding.

Deze oplossing zal ongetwijfeld een vereenvoudiging van de strafrechtspleging meebrengen evenals een vermindering van de gerechtskosten.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 24 MAART 1986

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordiger — Uitwinningsvergoeding — Voorwaarden — Aanbreng van cliënteel — Begrip.

Ingevolge art. 101 W.A.O. moet de handelsvertegenwoordiger, om aanspraak te kunnen maken op uitwinningsvergoeding, een cliënteel hebben aangebracht.

Niet vereist is dat de aangebrachte cliënteel aanzienlijk is.

P.V.B.A. A. t/ De B.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

In het eerste onderdeel voert eiseres aan dat de aangebrachte cliënteel aanzienlijk moet zijn om recht op een uitwinningsvergoeding te hebben.

Die voorwaarde stelt artikel 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet echter niet.

Eiseres beroept zich op Colens, volgens wie uit de parlementaire voorbereiding zou blijken dat de cliënteel aanzienlijk moet zijn¹.

In de Senaatsvergadering van 4 juni 1963 is die kwestie besproken door de Senatoren Rolin, Houben en verslaggever Troclet², Colens haalt alleen de verklaring van Rolin aan. Veel duidelijker is echter Houben die uitdrukkelijk stelt: «Il appartiendra au représentant de prouver que le développement était notable... Le bon sens exige que le développement soit important.» Conclusie van deze bespreking was echter niet dat de wet, naar het oordeel van de senatoren, een dubbele voorwaarde stelde, m.n. dat cliënteel was aangebracht en dat bovendien die cliënteel nog aanzienlijk, belangrijk of aanmerkelijk moest zijn. Naar hun mening was de enige vraag of er van werkelijke aanbreng sprake kan zijn, wanneer deze totaal onbeduidend is — het voorbeeld van één enkele klant werd zelfs gegeven.

In het Senaatsverslag wordt in voetnoot opgemerkt dat de toevoeging «aanmerkelijk» nutteloos is, omdat «het (vanzelfsprekend schijnt) dat, indien de uitbreiding van cliënteel niet vrij aanzienlijk is, de rechter niet geneigd zal zijn om een vergoeding wegens uitwinning toe te kennen»³.

Op de vraag van een lid van de Kamercommissie wat onder «aanbreng van cliënteel» dient te worden verstaan, antwoordt de minister «dat dit een feitelijke kwestie is die, in voorkomend geval, door de rechtbanken zal moeten worden beslecht»⁴.

¹ *Le contrat d'emploi*, 1980, nr. 190.

² *Senaat*, 1962-63, *Hand.*, 4 juni 1963, blz. 1248.

³ *Senaat*, 1962-1963, *Gedr. St.*, nr. 185, blz. 78 (1).

⁴ *Kamer*, 1962-1963, *Gedr. St.*, nr. 583/2, blz. 10.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever 'als enige voorwaarde heeft willen stellen dat er *werkelijke* aanbreng van cliënteel is en dat hij het aan de rechter overlaat te oordelen of een gering aantal klanten nog als cliënteel kan worden beschouwd. Wijselijk heeft hij daarvan geen rechtswestie willen maken, maar heeft hij gemeend dat dit een louter feitelijke aangelegenheid is.

Het onderdeel faalt naar recht.

(...)

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 30 april 1985 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arrest eiseres veroordeelt om aan verweerder een uitwinningsvergoeding van 243.618 frank te betalen op grond dat: de eerste rechter, om oordeelkundige redenen, hier uitdrukkelijk als herhaald beschouwd voor zoveel als nodig, dit geschilpunt heeft opgelost; het arbeidshof deze redenen en beslissing beaamt, die tevens de middelen en conclusies in hoger beroep beantwoorden; eiseres ten onrechte stelt dat er geen cliënteel kan worden aangebracht voor zware industriële uitrusting, zoals ten deze torenkranen, een bewering die geen enkele rechtsgrond vindt in de Arbeidsovereenkomstenwet; de ratio legis, door eiseres ingeroepen, door haar niet bewezen wordt en deze ratio legis als ongegrond door het arbeidshof afgewezen wordt, eveneens als de door eiseres ingeroepen rechtspraak en rechtsleer, die ter zake niet dienend is; eiseres niet betwist dat verweerder zeven nieuwe klanten heeft aangebracht, op een relatief korte tijd van 1 januari 1980 tot 21 juni 1981, wanneer men rekening houdt met de zeer hoge aankooprij van een torenkraan, aanbreng van cliënteel die zij ten onrechte als onvoldoende bestempelt om recht te geven op een uitwinningsvergoeding; immers artikel 101 van de wet van 3 juli 1978 (voorheen artikel 15 van de wet van 30 juli 1963) in zeer algemene termen bepaalt dat een vergoeding wegens uitwinning verschuldigd is «aan de handelsvertegenwoordiger die een cliënteel heeft aangebracht»; deze bepaling niet vereist dat de aangebrachte cliënteel aanzienlijk of belangrijk is, noch dat zij blijvend is; ten deze blijkt dat verweerder aan de wettelijk gestelde vereisten voldoet, aangezien hij meer dan een jaar dienst telt bij eiseres, een cliënteel heeft aangebracht, eiseres niet bewijst dat verweerder geen nadeel heeft geleden door het ontslag en er tegen verweerder geen dringende redenen werden aangevoerd,

terwijl, eerste onderdeel, de uitwinningsvergoeding, krachtens artikel 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten enkel verschuldigd is aan de handelsvertegenwoordiger die een cliënteel heeft aangebracht; deze cliënteel aanzienlijk moet zijn en het arrest zijn beslissing niet wettelijk verantwoordt door te beslissen dat niet vereist is dat de aangebrachte cliënteel aanzienlijk of belangrijk is; immers, bij aanbreng van slechts enkele klanten, de handelsvertegenwoordiger door het beëindigen van zijn arbeidsovereenkomst geen schade lijdt en er geen reden is hem een uitwinningsvergoeding toe te kennen (schending van artikel 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet);

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten het recht op vergoeding wegens uitwinning onder meer afhankelijk maakt van de voorwaarde dat de handelsvertegenwoordiger «een cliënteel heeft aangebracht»; dat die voorwaarde niet vereist dat de aangebrachte cliënteel aanzienlijk moet zijn;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 22 JANUARI 1985

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheren: de hh. Van Gelder en Libert

Advocaat-generaal: de h. Van Walle

Advocaten: mrs. Mirdikian, Arts en Franssen

Verzekering — Rechtstreekse vordering — Artikel 20, 9°, Hypotheekwet — Strekking van deze bepaling.

Uit artikel 20, 9°, Hypotheekwet kan geen rechtstreekse vordering worden afgeleid ten gunste van het slachtoffer ten laste van de verzekeraar van de aansprakelijke. De getroffen kan slechts tegen de verzekeraar optreden indien vooraf of gelijktijdig de aansprakelijkheid van de verzekeringnemer wordt vastgesteld.

N.V. E. e.a. t/ Faillissement A. en N.V. P.

(...)

Overwegende dat appellanten, gesubrogeerd in de rechten van de schadelijdende partij, een «rechtstreekse» vordering hebben ingesteld tegen de verzekeraar (tweede geïntimeerde) van degene die zij voor het ontstaan van de schade aansprakelijk achten (eerste geïntimeerde);

Overwegende dat, in het verzekeringsrecht, de gevallen waarin een rechtstreekse vordering van het slachtoffer tegen de verzekeraar van de aansprakelijkheid van de dader (of contractueel aansprakelijke) kan worden toegelaten, beperkend door de wet worden vastgesteld (De Page, II, nrs. 721 en 723; Les Nouvelles, Droit commercial, V, *Les Assurances*, Vol. 1, p. 131, nrs. 5930 e.v.);

Overwegende dat in casu geen dergelijke tekst de rechtstreekse vordering toestaat;

Overwegende dat ook uit de tekst van art. 20, 9°, Hyp. W. geen eigenlijke rechtstreekse vordering ten gunste van het slachtoffer kan worden afgeleid;

Overwegende dat het slachtoffer t.a.v. de verzekeraar geen ander recht heeft dan om op de sommen die deze, ingevolge het verzekeringscontract, moet uitkeren aan zijn verzekerde, de uitvoering te vervolgen van zijn eigen vordering tegen de verzekerde;

Overwegende dat het slachtoffer dat nalaat zijn rechten uit te oefenen tegen de verzekerde, dader van het ongeval, niet kan optreden tegen de verzekeraar;

Overwegende dat het echter terzelfder tijd kan optreden tegen de verzekerde, om hem te horen veroordelen tot ver-

goeding van de geleden schade en tevens tegen de verzekeraar, om te verkrijgen dat deze gehouden zou zijn, binnen de perken van het verzekeringscontract, tot uitvoering van die veroordeling voor de bedragen door hem aan zijn verzekerde verschuldigd (Cass., 18 oktober 1945, *Pas.*, 1945, I, 240 en 247; Cass., 8 mei 1971, *R.W.*, 1971-72, 147; Cass., 26 februari 1960, *Pas.*, 1960, I, 749; Cass., 29 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 533; zie ook betreffende dit probleem: Heurterre, P., «Overzicht van rechtspraak, Voorrechten en hypotheeken, (1966-70)», *T.P.R.*, 1971, 135, nr. 39 en «(1971-1976)», *T.P.R.*, 1978, 1208, nr. 105; Roland, S., *R.H.A.*, 1983, 103 e.v.; De Page, VII, 1, nr. 254; Dirix, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, nrs. 170-173).

Overwegende dat in casu, de verzekeraars, gesubrogeerd in de rechten van hun verzekerde, bij dagvaarding van 22 januari 1980 de curatoren q.q. hebben gedagvaard, die de gefailleerde vertegenwoordigen;

Overwegende dat zij, in de vorm van een vraag tot opname in het passief van het faillissement — onvermijdelijk geworden ten gevolge van het faillissement — gevraagd hebben de aansprakelijkheid van A. vast te stellen, welke vraag als dusdanig werd ingewilligd;

Overwegende dat, m.a.w., op verzoek van de schadelijgende partij, de aansprakelijkheid van de verzekerde van P. werd vastgesteld ingevolge een vordering die deze tegen P. voorafging;

Overwegende dat vaststaat dat P. de verzekeraar van de burgerlijke aansprakelijkheid van A. was;

Overwegende dat, zoals hierboven uiteengezet, P. de grondstoffen of bewerkte stoffen verzekert waarvan A. geen eigenaar was maar waarvoor hij instond;

(...)

Overwegende dat de schadelijgende partij (of de in haar rechten gesubrogeerde verzekeraars) slechts tegen de verzekeraar van de aansprakelijke partij kan ageren zo vooraf of gelijktijdig, de aansprakelijkheid van die partij is vastgesteld doch het aansprakelijkheidsprobleem niet kan worden onderzocht n.a.v. een vordering die alleen tegen de verzekeraar van de aansprakelijke partij wordt ingeleid;

(...)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

13e KAMER — 18 DECEMBER 1985

Voorzitter: de h. Vossen

Raadsheren: de hh. Durant (rapporteur) en De Smedt

Advocaat-generaal: de h. Dubois

Advocaat: mr. Convents

1. Voorlopige hechtenis — Onmiddellijke aanhouding — 2. Strafvordering — Verstek.

1. *Geen wetbepaling staat de beklaagde toe het rechtsmiddel van verzet aan te wenden tegen een bevel tot onmiddellijke aanhouding, ook al is deze maatregel buiten zijn aanwezigheid uitgesproken.*

2. *Het contradictoir karakter van de behandeling van de strafzaak wordt niet gewijzigd door de afwezigheid van de beklaagde op een latere terechtzitting waarop geen nieuwe*

onderzoeksverrichtingen hebben plaatsgevonden en geen vorderingen tegen de beklaagde zijn genomen.

P.

I. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de hogere beroepen

Overwegende dat, ten deze is uitspraak te doen over: 1) het hoger beroep van beklaagde van 14 oktober 1985 tegen het vonnis dat op 5 december 1984 is gewezen door de Correctionele Rechtbank te Leuven, 2) het hoger beroep van beklaagde van 6 november 1985 tegen het vonnis dat op 6 november 1985 gewezen is door dezelfde rechtbank;

Overwegende dat het hoger beroep van 14 oktober 1985, laattijdig en derhalve onontvankelijk is om de motieven die hierna zullen worden uiteengezet bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van het verzet dat eveneens werd ingesteld tegen voornoemde beslissing van 5 december 1984;

Dat het hoger beroep van 6 november 1985 daarentegen regelmatig is naar vorm en tijd, en zodus ontvankelijk is;

II. Ten aanzien van het vonnis van 6 november 1985

Overwegende dat het vonnis is uitgesproken door rechter De P., nadat dezelfde magistraat in een beschikking van 28 oktober 1985, gewezen op grond van artikel 7 van de wet van 20 april 1874, een verzoek tot voorlopige invrijheidsstelling van beklaagde niet ontvankelijk had verklaard op grond dat «het ter zake gaat om een vonnis van 5 december 1984 op tegenspraak gewezen door de correctionele rechtbank alhier, vonnis dat thans in uitvoering is»;

Dat nu, zoals hieronder blijken zal, de betwisting waartrent de feitenrechter allereerst uitspraak had te doen in het bestreden vonnis van 6 november 1985, in wezen handelde over de vraag of het vonnis van 5 december 1984 bij verstek dan wel op tegenspraak was gewezen, het bestreden vonnis van 6 november 1985 in de concrete omstandigheden van deze zaak, is gewezen door een rechter die voorheen reeds uitspraak deed over het geschil;

Dat het aangevochten vonnis dan ook nietig is bij toepassing van artikel 6 E.V.R.M.;

Dat de zaak in staat van wijzen is;

Dat het hof zodus over de zaak zelf moet beslissen, overeenkomstig artikel 215 Sv.;

III. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de akten van verzet ingesteld tegen het vonnis van 5 december 1985

Overwegende dat het bestreden en nietige vonnis van 6 november 1985 uitspraak deed omtrent de ontvankelijkheid van twee akten van verzet die ter zake werden ingesteld, te weten: 1) een akte van verzet van 14 oktober 1985 «tegen de onmiddellijke aanhouding, die bij verstek werd uitgesproken bij het vonnis de dato 5 december 1984»; 2) een akte van verzet van 22 oktober 1985 tegen «het vonnis dat bij verstek te zijnen laste werd uitgesproken op 5 december 1984»;

Ad 1

Overwegende dat de akte van verzet van 14 oktober 1985, niet ontvankelijk is;

Dat geen wetbepaling beklaagde toestaat het rechtsmiddel van het verzet aan te wenden tegen een bevel tot onmiddellijke aanhouding, ook al is deze maatregel buiten zijn

aanwezigheid uitgesproken (zie Cass., 14 maart 1932, *Pas.*, 1932, I, 110);

Ad 2

Overwegende dat ook de akte van verzet van 22 oktober 1985 onontvankelijk is, nu dit rechtsmiddel een vonnis bestrijdt dat op *tegenspraak* is gewezen;

Overwegende dat rechtsleer en rechtspraak het ter zake eens zijn dat de vermeldingen die omtrent het karakter van de beslissing in het door verzet aangevochten vonnis zelf voorkomen, niet dienend zijn;

Overwegende dat ter zake: 1) beklaagde niet verscheen toen de strafvordering die tegen hem was ingesteld, voor het eerst werd opgeroepen ter openbare terechtzitting van 17 oktober 1984 van de Correctionele Rechtbank te Leuven; 2) beklaagde wel verscheen op de daarop volgende openbare terechtzitting van 24 oktober 1984; 3) hij toen, naar luid van het proces-verbaal van de terechtzitting, «zijn verdediging heeft voorgedragen»; 4) het openbaar ministerie, tijdens dezelfde terechtzitting en in aanwezigheid van beklaagde, «de toepassing van de wet» vorderde; 5) de zaak uiteindelijk in voortzetting werd gesteld op de openbare terechtzitting van 31 oktober 1984; 6) betrokkene op deze laatste datum opnieuw niet verscheen, noch iemand in zijn naam; 7) de zaak op 31 oktober 1984 in beraad werd genomen en uitgesteld tot 5 december 1984 voor uitspraak van het vonnis;

Overwegende dat, nu beklaagde door de voorzitter van de correctionele rechtbank is ondervraagd en hij het volledige requisitorium van het openbaar ministerie aanhoorde, het vonnis een contradictoir karakter heeft; dat dit karakter niet wordt gewijzigd door de afwezigheid van beklaagde op de openbare terechtzitting waarop hij, volgens de hem gedane mededeling, zijn antwoord zou kunnen geven; dat op deze openbare terechtzitting immers geen nieuwe onderzoeksverrichtingen meer plaatsvonden; dat er evenmin andere of nieuwe vorderingen of conclusies tegen beklaagde werden genomen; dat de aard van de gewezen beslissing evenmin beïnvloed wordt door de omstandigheid dat beklaagde niet op de hoogte is gesteld van de datum waarop het vonnis zou worden uitgesproken;

(...)

Dat gelet op het contradictoir karakter van het aangevochten vonnis, het verzet dan ook niet ontvankelijk is, terwijl — zoals reeds gezegd — het hoger beroep niet ontvankelijk is wegens laattijdigheid;

(...)

NOOT—Rechtsmiddelen tegen bevel tot onmiddellijke aanhouding?

1. Het Hof van Beroep te Brussel neemt hier de stelling over van het Hof van Cassatie van 14 maart 1932 die erop neerkomt een beklaagde het recht te ontzeggen enig rechtsmiddel aan te voeren tegen het bevel tot onmiddellijke aanhouding (*Pas.*, 1932, I, 110).

Dat een beklaagde geen rechtsmiddel tegen zijn onmiddellijke aanhouding ter beschikking staat wordt door niemand betwist, maar de rechtvaardiging van deze rechtspraak is heel wat delicaat.

2. We zijn geneigd te zeggen dat het bevel tot onmiddellijke aanhouding een modaliteit is van de strafuitvoering. We beschouwen dan artikel 21 van de wet van 20 april 1874

als de strafrechtelijke tegenhanger van artikel 1398 van het Gerechtelijk Wetboek in burgerlijke zaken.

Terwijl in civilibus de voorlopige tenuitvoerlegging geen bezwaar oplevert, mag echter in strafzaken niet worden gewaagd van een onmiddellijke strafuitvoering.

3. Het Hof van Cassatie heeft nooit willen aanvaarden dat een strafmaatregel uitvoerbaar kan worden verklaard alvorens de rechterlijke beslissing een definitief karakter heeft verworven (Cass., 12 december 1881, *Pas.*, 1882, I, 9; Cass., 5 maart 1906, *Pas.*, 1906, I, 149; Cass., 25 februari 1929, *Pas.*, 1929, I, 103).

De wetgever heeft deze stelling bekrachtigd en luidens artikel 203, § 3, van het Wetboek van Strafvordering zijn de vonnissen van veroordeling, vrijspraak en ontslag van rechtsvervolgning alsook de vonnissen over de burgerlijke rechtsvordering uitgesloten van uitvoerbaarverklaring bij voorraad niettegenstaande hoger beroep.

4. Wat in burgerlijke zaken geen probleem oplevert, mag in strafzaken om principiële redenen niet in aanmerking komen, maar alle rechtsbeginselen ten spijt, blijkt de onmiddellijke aanhouding alle kenmerken te vertonen van een uitvoeringsmodaliteit.

In hoger beroep of op verzet komt het bevel tot onmiddellijke aanhouding opnieuw ter sprake, het wordt niet beschouwd als een strafverzwaring en kan bijgevolg ook voor het eerst op het enkel beroep van de beklaagde of op verzet worden bevolen.

A. Vandeplas

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van het Departement Rechten U.I.A.

Aan het nazien van het Belgisch Staatsblad van november 1985 verleenden hun medewerking: W. Lambrechts (coördinator), M. Coene, J. Laenens, I. Opdebeek en F. Reyntjens.

Het gebruik van het Duits in gerechtszaken — Oprichting van een gerechtelijk arrondissement Eupen

De wet van 23 september 1985 (*B.S.*, 5 november 1985) regelt enerzijds het gebruik van de Duitse taal in gerechtszaken en richt anderzijds een gerechtelijk arrondissement Eupen op. Aldus kwam de wetgever tegemoet aan de rechtmatige verwachtingen van de Duitstalige rechtzoekenden (zie memorie van toelichting, *Parl. St.*, *Kamer*, 1984-85, nr. 1136/1, 1-2).

Het nieuwe gerechtelijk arrondissement omvat een rechtbank van eerste aanleg, een arbeidsrechtbank en een rechtbank van koophandel. Alleen de rechtbank van eerste aanleg krijgt een eigen personeelsformatie. De rechters in de arbeidsrechtbank en in de rechtbank van koophandel te Verviers bedienen tegelijk de rechtbanken van het arrondissement Eupen.

In een eerste stadium zullen de in de nieuwe rechtbanken van het gerechtelijk arrondissement Eupen benoemde magistraten en griffiers hun ambt voorlopig uitoefenen te Ver-

viert. De rechtbanken zullen pas effectief te Eupen werken vanaf 1 september van het jaar dat volgt op het jaar waarin vier rechters en twee griffiers in de rechtbank van eerste aanleg en twee substituten bij het parket het bewijs hebben geleverd van hun kennis van het Duits.

De in de gerechtelijke arrondissementen Verviers en Eupen benoemde notarissen en gerechtsdeurwaarders mogen hun ambt uitoefenen op het grondgebied van die arrondissementen. De gerechtsdeurwaarders van de twee arrondissementen vormen één enkel gemeenschappelijke arrondissementskamer. Er is ook slechts één enkel gemeenschappelijke tuchtkamer voor de notarissen van deze twee arrondissementen. Het nieuwe arrondissement krijgt wel een eigen Orde van de balie. Deze Duitstalige balie wordt echter in de Nationale Orde van Advocaten gevoegd bij de Franstalige balies.

Voor de gerechten van het arrondissement Eupen is het gebruik van het Duits de regel. De rechtspleging kan echter voor hetzelfde gerecht op eenstemmig verzoek van de partijen in burgerlijke zaken en op vraag van de verdachte in strafzaken voortgezet worden. Voor de gerechten van de overige gerechtelijke arrondissementen van het Rijk, met inbegrip van het nieuw arrondissement Verviers, kunnen de partijen eenstemmig — in burgerlijke zaken — en de verdachte(n) — in strafzaken — vragen dat de rechtspleging in het Duits wordt voortgezet. Alsdan wordt de zaak verwezen naar het gerecht van dezelfde rang in het gerechtelijk arrondissement Eupen.

Ten slotte regelt deze wet het gebruik van de Duitse taal voor het Hof van Cassatie, het Hof van Beroep te Luik, het Arbeidshof te Luik en de militaire gerechten.

J.L.

Uitbanning discriminatie vrouwen

België heeft als 73e land (en als zevende van de E.E.G. lid-staten) het Unoverdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen bekrachtigd (wet van 11 mei 1983 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, opgemaakt te New York op 18 december 1979). De bekrachtigingsoorkonde werd op 10 juli 1985 neergelegd op de vooravond van de Wereldconferentie ter evaluatie van het Uno-decennium van de vrouw (Nairobi 15-26 juli 1985). Dit verdrag dat reeds in werking was getreden op 3 september 1983, trad voor ons land in werking op 9 augustus 1985. De wet houdende goedkeuring dateert van 11 mei 1983 maar werd samen met de tekst van het verdrag pas gepubliceerd in het *B.S.* van 5 november 1985, na goedkeuring door de regionale raden. Dit verdrag, dat elke discriminatie op politiek, economisch, sociaal, cultureel, burgerrechtelijk of elk ander vlak wil uitbannen, werd reeds uitvoerig in dit tijdschrift besproken (zie Coene, M., «Een nieuwe Uno-conventie, het Verdrag tot afschaffing van de discriminatie ten aanzien van de vrouw», *R.W.*, 1979-80, 2739; zie ook Oschinsky, S., «Un nouvel instrument international destiné à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes: la Convention sur la discrimination à l'égard des femmes, des Nations Unies», *J.T.*, 1980, 386).

Deze ratificatie werd mogelijk gemaakt dank zij de talrijke wetten die in ons land sedert de jaren zeventig het

grootste deel van de discriminatoire wetgeving hadden afgeschaft.

Sinds de totstandkoming en in het vooruitzicht van de ratificatie van dit verdrag werden intussen ook de nog bestaande discriminaties in de wetgeving op de nationaliteit (wet van 23 juni 1984) opgeheven.

België maakte bij de bekrachtiging twee reserves. Inzake de politieke rechten werd de gebruikelijke reserve gemaakt t.a.v. de koninklijke functie (zie ook *B.S.*, 2 september 1964 t.a.v. de UNO-Conventie over de politieke rechten van de vrouw) en t.a.v. het feit dat alleen prins en op achttienjarige leeftijd van rechtswege senator worden.

Inzake burgerlijk recht werd voorbehoud gemaakt t.a.v. de tijdelijke regeling voor echtgenoten gehuwd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake het huwelijksvermogensrecht die een verklaring tot behoud van het oude stelsel hebben afgelegd.

Geen voorbehoud werd bv. gemaakt t.a.v. de discriminatoire regeling inzake de familienaam. Deze dient dus dringend te worden gewijzigd.

Voorbehouden die door de andere gebonden Staten werden gemaakt bij de ratificatie van dit verdrag, worden aan ons land meegedeeld en eveneens gepubliceerd in het *B.S.* (zie bv. *B.S.*, 27 november 1985).

M.C.

Opmaken van kiezerslijsten

Door de wet van 17 juli 1985 (*B.S.*, 7 november 1985) wordt art. 14, eerste lid, van het Kieswetboek gewijzigd. I.p.v. één maand voor de verkiezingen moet het college van burgemeester en schepenen de lijst van de kiezers nu opmaken twee maanden voor de verkiezingen. Het college moet aan deze verplichting voldoen op de eerste dag van de tweede maand vóór die waarin de gewone verkiezing moet plaatshebben. Gegroeid uit een voorstel van senator Flagothier c.s. (*Parl. St.*, *Senaat*, 1984-85, nr. 883/1) werd de nieuwe tekst eenparig en zonder discussie in de beide kamers aangenomen. Blijkens de toelichting was het doel o.m. aan de politieke partijen de kans te geven de kiezerslijsten te gebruiken om hun kiescampagne te voeren. Na de vlotte goedkeuring door het Parlement en in het licht van de vervroegde ontbinding van de kamers wekt het verwondering dat de wet pas werd gepubliceerd in het *Staatsblad* van 7 november 1985, d.i. na de verkiezingen van 13 oktober 1985 waarop zij dus niet van toepassing kon zijn.

F.R.

Verdragen: Eutelsat en Eumetsat

1. De wet van 20 juni 1985 (*B.S.*, 14 november 1985) keurt het Verdrag goed tot oprichting van de Europese organisatie voor telecommunicaties satellieten (Eutelsat) alsmede de daarbij aansluitende exploitatieovereenkomst.

Het voornaamste doel van Eutelsat is de beschikbaarstelling van de ruimtesector ten behoeve van de internationale openbare telecommunicatiediensten in Europa, maar ook ten behoeve van de gespecialiseerde diensten zoals de radio-navigatie, de radio- en telediffusie, de verbindingen, teledetectie en ruimteonderzoek. De werkingskosten zijn voor 1986 geraamd op 105 miljoen frank.

2. De wet van 2 september 1985 (*B.S.*, 20 november

1985) keurt het Verdrag goed tot oprichting van een Europese organisatie voor de exploitatie van meteorologische satellieten (Eumetsat), opgemaakt te Genève op 24 mei 1983. De Eumetsat-organisatie zorgt voor het in stand houden en beheren van een waarnemingssysteem gebaseerd op meteorologische satellieten die atmosferische gegevens opleveren. De verkregen gegevens en beelden worden niet door Eumetsat zelf bestudeerd, maar worden ter beschikking gesteld van de nationale weerkundige instituten van het Europees Centrum voor Weersvoorzichten op middellange termijn en van het Internationaal Instituut voor Meteorologie, dat theoretisch onderzoek doet over de atmosfeer.

Er werden twee satellieten gelanceerd, respectievelijk in 1977 (Meteosat I) en in 1981 (Meteosat II). Een nieuwe satelliet zal worden gelanceerd in juli 1986.

Het document *Parl. St., Senaat*, 1983-84, nr. 732/2 biedt een goed en beknopt overzicht over de internationale organisaties die ruimteactiviteiten als hoofddoel hebben. Dit zijn:

a. Op wereldvlak:

— Intelsat = Internationale Organisatie voor Telecommunicatiesatellieten, akkoord van 1971, zetel te Washington;

— Inmarsat = Internationale Organisatie voor Maritieme Telecommunicatiesatellieten, akkoord van 1978, zetel te Londen;

— I.U.T. = Internationale Unie voor Telecommunicaties, Verdrag van 1965, zetel te Genève.

b. Op Europees vlak:

— E.S.A. = Europees Ruimte-Agentschap, Verdrag van 1975, zetel te Parijs,

— Eutelsat = Europese Organisatie voor Telecommunicatiesatellieten, Verdrag van 1982, zetel te Parijs,

— Eumetsat = Europese Organisatie voor de exploitatie van meteorologische satellieten, Verdrag van 1973, zetel te Parijs.

W.L.

Verdragen: grondstoffen, jute, koffie

Sedert vele jaren worden internationale overeenkomsten gesloten ter verbetering van de stabiliteit van bepaalde grondstoffenkoersen.

De mechanismen die gewoonlijk worden aangewend zijn:

— de oplegging van exportcontingenten (internationale koffieovereenkomst),

— de interventie op de markt van een buffervoorraad die de bedoelde grondstof zal aan- of verkopen naargelang de marktprijs onder of boven een afgesproken niveau ligt (internationale overeenkomsten betreffende natuurlijk rubber, cacao en tin).

1. In het geval van het bestaan van een buffervoorraad, rijst het probleem van de financiering, die bepaald zwaar kan zijn. Daarom werd de instelling van een gemeenschappelijk fonds voor grondstoffen ingesteld dat besparingen mogelijk moet maken met een meer gecentraliseerd financieel beheer van verscheidene buffervoorraden waarvan de prijsbewegingen niet synchroon zullen verlopen. Meer nog, de stijging van het aantal voorraden vergroot de compensatiekansen tussen de behoeften en de financiële overschotten, voortvloeiend uit de aan- en verkoopoperaties voor

verscheidene produkten zodat een kleinere financiering voldoende zou zijn om doeltreffend op te treden op het geheel van de markten. Bovendien kan die politiek, in het raam van een nieuwe internationale economische orde, de economische en sociale ontwikkeling bevorderen, in het bijzonder bij de ontwikkelingslanden.

De overeenkomst tot instelling van dit gemeenschappelijk fonds voor grondstoffen, opgemaakt te Genève op 27 juni 1980 werd goedgekeurd bij de wet van 15 maart 1985 (B.S., 15 november 1985). De overeenkomst is nog niet in werking getreden.

2. De internationale koffieovereenkomst 1976, werd goedgekeurd door de Belgische wet van 15 mei 1984 (B.S., 20 november 1985).

De overeenkomst beoogt hoofdzakelijk de wereldkoffieprijzen te stabiliseren door ze zowel voor de consumerende als voor de producerende landen aantrekkelijk te maken. Zij gaat uit van de wil tot samenwerking met de tientallen producerende landen die alle ontwikkelingslanden zijn. De jaarlijkse omzetwaarde bereikt ongeveer 12 miljard US-dollar.

Na de overeenkomsten van 1962, 1968 en 1976, welke laatste nu pas door België werd goedgekeurd, is reeds een nieuwe internationale koffieovereenkomst in 1983 ondertekend. Zij werd goedgekeurd door de wet van 25 september 1984 (B.S., 3 december 1985).

3. De wet van 15 maart 1985 (B.S., 13 november 1985) houdt de goedkeuring in van de internationale overeenkomst 1982 inzake jute en juteprodukten.

Het is de eerste overeenkomst ter uitvoering van het geïntegreerd grondstoffenprogramma die niet tot doel heeft de prijzen te stabiliseren. Zij wil vooral andere maatregelen invoeren, die onder meer kunnen worden gefinancierd via de tweede rekening van het gemeenschappelijk fonds voor grondstoffen, met name het selecteren van en het vinden van de financiële middelen voor projecten die de marktstructuur, de concurrentiemogelijkheden, alsmede de kwaliteit van jute en juteprodukten verbeteren.

In tegenstelling tot de gebruikelijke overeenkomsten voor prijsstabilisatie, die alleen de grondstof zelf betreffen (koffie, cacao, tin, rubber), regelt deze overeenkomst naast jute ook juteprodukten.

W.L.

Internationale hoofdverkeerswegen

De eerste verklaring over de aanleg van internationale hoofdverkeerswegen, ondertekend te Genève in 1950 werd goedgekeurd door de Belgische wet van 1 april 1954 (B.S., 19 april 1954).

De wijzigingen in de structuur van het Europees wegnet hebben er uiteindelijk toe geleid een nieuw nummeringssysteem uit te werken, geruit systeem genoemd, bestaande uit hoofdassen die het basisnetwerk vormen en de hoofdsteden van de Staten met elkaar verbinden, uit parallelas, gelegen tussen de hoofdassen en uit complementaire reizen, gelegen in de kwadranten, gevormd door de hoofdassen.

De nieuwe Europese overeenkomst inzake internationale hoofdverkeerswegen van 15 november 1975 heeft tevens bepaald dat de wegen moeten beantwoorden aan de normen die het voorwerp uitmaken van een van de bijlagen van de

overeenkomst. Naast de voorzieningen ten behoeve van de verkeersveiligheid, worden ook maatregelen voorgeschreven met het oog op de inpassing in het landschap, en de strijd tegen geluidshinder en luchtvervuiling. De wet van 15 maart 1985, verschenen in het *B.S.* van 19 november 1985 keurt deze overeenkomst goed. De hernummering van onze wegen is volop aan de gang.

W.L.

Milieurecht: bescherming tegen niet-ioniserende straling, infrasonen en ultrasonen

Door de vooruitgang van de techniek wordt de bevolking meer en meer blootgesteld aan allerlei soorten stralingen en trillingen. In 1958 was de wetgever reeds opgetreden ter bescherming van de bevolking tegen de uit ioniserende stralingen voortspruitende gevaren (wet van 29 maart 1958, *B.S.*, 20 april 1958) en in 1973 ter bestrijding van de geluidshinder (wet van 18 juli 1973, *B.S.*, 14 september 1973), doch het probleem van de niet-ioniserende straling, de infrasonen en de ultrasonen was vooralsnog onontgonnen terrein. Deze leemte werd opgevuld door de wet van 12 juli 1985 betreffende de bescherming van de mens en van het Leefmilieu tegen de schadelijke effecten en de hinder van niet-ioniserende stralingen, infrasonen en ultrasonen (*B.S.*, 26 november 1985).

Niet-ioniserende stralingen zijn elektromagnetische golven met een lage frequentie die enkel een opwarming van de biologische weefsels tot gevolg hebben, zonder een ionisering van de atomen te veroorzaken (ultraviolet- en infraroodstralen, microgolven, radiofrequenties, netwisselstroom...). Infrasonen en ultrasonen daarentegen zijn mechanische golven die bijvoorbeeld ontstaan wanneer muziek elektronisch wordt versterkt (voor nadere toelichting zie *Parl. Hand., Kamer*, 1984-85, 23 januari 1985).

Met het oog op de bescherming van de mens en het leefmilieu tegen deze stralingen en trillingen wordt de Koning er onder meer toe gemachtigd:

1° bij een in Ministerraad overlegd besluit, op voorstel van de minister bevoegd voor het leefmilieu en na raadpleging van de Executieven van de Gewesten, de algemene normen vast te stellen voor de kwaliteitsobjecten waaraan elk milieu moet voldoen (art. 2);

2° voorwaarden vast te stellen voor de invoer, het produceren, het vervaardigen, het onder zich houden, de doorvoer, het vervoer, het te koop aanbieden, het onder bezwarende voorwaarden of kosteloos afstaan, het onderhoud en het gebruik van toestellen of inrichtingen die niet-ioniserende straling, infrasonen of ultrasonen kunnen opwekken, doorzenden of ontvangen (art. 3, § 1);

3° alle gepaste maatregelen te treffen, en meer bepaald voorwaarden op te leggen voor het opwekken, het doorzenden en het ontvangen van niet-ioniserende straling, infrasonen of ultrasonen (art. 3, § 2).

De Raad van State waarschuwde ervoor dat de Koning van deze bevoegdheden slechts gebruik kan maken met inachtneming van de bevoegdheidsoverdracht doorgevoerd door de wet van 8 augustus 1980 (*Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 761/2, 3). De bescherming van het leefmilieu is immers een gewestelijke aangelegenheid en het Rijk mag ter

zake alleen nog regelingen treffen die een algemeen of een sectorieel karakter vertonen.

I.O.

Vergoeding van de advocaten-stagiairs

De begroting van het departement van Justitie van het jaar 1985 voorzag in een bedrag van 75 miljoen frank voor de betaling van de vergoeding van de advocaten-stagiairs tot uitvoering van de artt. 455 en 455bis Ger. W. De voorwaarden van toekenning, het tarief en de wijze van uitbetaling werden vastgesteld in het K.B. 7 november 1985 (*B.S.*, 26 november 1985).

J.L.

MEDEDELINGEN

Symposium Recht en Legitimiteit

Om het vijftienjarig bestaan van het Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie te gedenken organiseert de redactie van het tijdschrift een symposium over Recht en Legitimiteit.

Het symposium wordt gehouden op vrijdag 26 september 1986 in de Katholieke Hogeschool te Tilburg. Het thema «Recht en Legitimiteit» zal belicht worden vanuit de rechtssociologische invalshoek door prof. A.J. Hoekema (Universiteit van Amsterdam); vanuit de rechtstheoretische invalshoek door R. Foqué, dr. iur. lic. phil. (Katholieke Hogeschool Tilburg), en een rechtsfilosofische inleiding zal worden verzorgd door prof. G.A. van der Wal (Erasmus Universiteit Rotterdam).

Programma

10.00 - 10.30 uur: ontvangst in de Katholieke Hogeschool met koffie
10.30 - 12.00 uur: inleiding A. Hoekema en discussie
12.00 - 13.30 uur: lunch in het restaurant van de Hogeschool
13.30 - 15.00 uur: inleiding R. Foqué en discussie
15.00 - 15.20 uur: koffiepauze
15.20 - 17.00 uur: inleiding G. van der Wal en afsluitende discussie.

U kunt zich aanmelden voor deelname aan het symposium door een brief(kaart) te sturen naar: Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, c/o mevr. E.H.L. Brugmans, secretaris van de redactie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Katholieke Hogeschool, Postbus 90153, 5000 LE Tilburg. Het inschrijfgeld bedraagt fl. 15,- inclusief koffie en lunch, per deelnemer door storting op girorekening nummer 3282515 ten name van mevr. E.H.L. Brugmans, secretaris van de redactie, Tilburg, onder vermelding van «R & R -symposium Recht en Legitimiteit».

BERICHTEN

Universitair nieuws — Doctoraat

Aan de Vrije Universiteit Brussel, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, heeft mevrouw Erna Guldix, licentiaat in de rechten, op donderdag 15 mei 1986 in het openbaar haar doctoraal proefschrift voor het verkrijgen van de graad van doctor in de rechten, wettelijke graad, verdedigd.

Het proefschrift handelde over: «De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer, en het privé-leven in hun onderling verband».

TIJDSCHRIFTEN

Nederlands Juristenblad, 1985

nr. 36, 19 oktober

Van Dorst, A.J.A., De competentie van de economische strafrechter; Aantjes-Cozijnsen, M., en Klosse, S., Aansprakelijkheidsverzekeringspolis en NBW: de verzekeringspraktijk en de aansprakelijkheidsregeling voor minderjarigen; Verheij, N., Regelgeving door ministers: een pleidooi voor duidelijkheid; Pessers, D., Confessionele homopolitiek; Wedzinga, W., Drie knelpunten in de regeling van de voorlopige hechtenis; Scheltens, D.F., M. Villey over de mensenrechten; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer en belastingkamer); X., Wetgeving: E.E.G.-recht; X., Berichten: «Grote jongens» van handel in harddrugs worden aangepakt; Adviesaanvraag strafbepalingen discriminatie; Eenvoudige echtscheidingsprocedure zonder verplichte procesvertegenwoordiging; Juridische begeleiding voorkomt problemen bij huizenverkoop; Jaarvergadering Nederlandse Orde van Advocaten; De algemene verlofregeling gedetineerden; X., Kamervragen: Voetbalvandalisme.

nr. 37, 26 oktober

De Blois, M., De Conventie tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing; Bavinck, C.B., Richtige heffing en fraus legis; Kelk, C., Beklagzaken van gedetineerden; Polak, J.M., Weigering politiedwang vanwege de kosten; Hellema, A.W., Verwarring van grondslagen bij concubinaat; Bovens, M.A.P., en Schokkenbroek, J.G.C., «Staat-Recht-Cultuur: helpt een vergelijkende benadering?»; Langemeijer, G.E., Het voorlopig nieuwste «2014»; Rechtspraak Hof van Justitie E.G. en Hoge Raad (civiele kamer en belastingkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Procureurs-Generaal, Optreden bij huisvredebreuk; Bevordering van dienstverlening als alternatieve sanctie; Gelijke behandeling, je goed recht?; E.G.-resoluties bestrijding drugsgebruik; Onroerend-goedbelastingen onduidelijk voor bewoners; Nieuw puntensysteem voor huurwoningen; Actie Amnesty International; X., Kamervragen: Reageerbuisbevruchting.

nr. 38, 2 november

Polak, J.M., Het Kroonberoep getoetst; Asser, W.D.H., e.a., Nutteloos maar belangrijk. Over de betekenis van de rechtsgeschiedenis voor de rechtspraktijk; Crijns, F.C.L.M., Het wetsontwerp tot wijziging van artikel 23 van de Grondwet; De Winter, R., Onkruit op z'n Amerikaans: een opmerkelijke strafmotivering uit het Wilde Westen; Jansen, G.J., De Eerste Kamer roert zich; Voûte, J.R., Een probleem van buitenlandse aandeelhouders van een Nederlandse vennootschap; X., Vervolgde juristen: Filipijnse advocaten; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer en strafkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Voorontwerp van wet verrekening pensioensrechten na scheiding; Deregulering PBO-verordeningen; Groot aantal commissies kan worden opgeheven; Fiscalisering van parkeerboetes; Wet voor het welzijn van dieren; Nota COC over alternatieve sancties; X., Kamervragen: Overdracht van strafvervolgning.

nr. 39, 9 november

Baauw, P.J., Afdoening van verkeersovertreedingen: afrekening met het strafrecht; Jongbloed, A.W., Requiem voor de Unificatie van het recht in Beneluxverband; Bakker, R., en Van Bers, A., Grenzen aan de verordenende bevoegdheid van de gemeente: van tweeën één; Hartkamp, A., De E.G.-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid; Van Maarseveen, H., Wie is verantwoordelijk?; Van Maarseveen, H., Opnieuw: kruisraketten en grondwet?; Polak, M.V., Verslag Asser Instituut Colloquium on European Law; Samkalden, D., Risico-aansprakelijkheid en de Wet bodembescherming (met naschrift van Desain, H.J.M.); Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer, strafkamer en belastingkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Algemene regels van bestuursrecht; Minderhedenbeleid 1986; De bevoegdheden van de staatssecretaris van Financiën m.b.t. de aanslagregeling; Provincie Flevoland: rechtspraak en politie; X., Kamervragen: Individuele huursubsidie in Alkmaar.

nr. 40, 16 november 1985

Themanummer «De bedrijfsjurist»; Swinkels, J.W.F.M., De bedrijfsjurist: terugblik en perspectief; Kolvenbach, W., The Company Lawyer; Van Dijk, D., Bedrijfsjuristen en Justitie; Van Empel, M., Waarom een bedrijfsjurist?; Wagner, G.A., De Gebroken Pols; Koeman, N.S.J., Bedrijfsjurist en advocaat tussen ondernemingen en overheid; Polak, J.M., Bedrijfsjuristen en de wet- en regelgeving; Bos, P.A.H., De bedrijfsjurist en het strafrecht; Spier, J., NGB-mijmeringen over het NBW; Uniken Venema, C.A.E., Gedragsregels voor bedrijfsjuristen; Van den Biesen, P., Wie zal dat betalen?; X., Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer en strafkamer); X., Wetgeving; X., Berichten: Kroonberoep in strijd met art. 6, lid 1, E.V.R.M.; Piraterij van merken, tekeningen en modellen; Kunstenwet; RAIO-opleiding; Tiggeld belastingdienst; Meeropbrengst premie door Wet Ketenaansprakelijkheid; X., Kamervragen: lijsten van wanbetalers.

nr. 41, 23 november

Maris, C.W., Gelijkheid en bestuursrecht; Van Buuren, P.J.J., Het Kroonberoep in het nauw; Van Veen, Th. W., De unus-iudex in hoger beroep van strafzaken; D'Oliveira, U., Weg met exclusieve nationale jurisdictie in het namenrecht; Gunning, M., Om met Levenbach te spreken ...; De Winter, R., De zaak Benthem en toetsing in concreto aan verdragen; Tichelaar, J.L.G., Het Internationaal Gerechtshof en Apartheid (met naschrift van Van Dijk, P.); Heijnen, F.J.A., Carl Schmitt (I); Van de Beeten, R.H., Carl Schmitt (II); Polak, J.M., en Kleijn, W.M., De Vlaamse Juristenvereniging 100 jaar; Rechtspraak Hof van Justitie E.G., Hoge Raad (civiele kamer en belastingkamer) en Centrale Raad van Beroep; X., Wetgeving; X., Berichten: Automatische beëindiging alimentatie na 12 jaar voorgesteld; Herziening vreemdelingenwet; Leefvormen; Verkrachting binnen het huwelijk wordt mogelijk strafbaar; Discriminatie delicten en de uitoefening van grondrechten; Discriminatie van ouderen; Voorgenomen procedure Woensdrecht; Staatskundig Jaarboek 1986; X., Kamervragen: Auteursrecht op een in boekvorm gedrukte uitgave van een Kamerstuk.

nr. 42, 30 november

Themanummer: «NJB 60 jaar»; Redactie, Ter gelegenheid van ...; Lindo, C., Langemeijer over het NJB; Ten Berg-Koolen, J., Beter procesrecht voor alimentatiegerechtigden; Bruinsma, F., Respect voor de feiten; Van Buuren, P.J.J., Naar een Algemene bestuurswet; Cohen-Jehoram, H., Van auteursrecht tot informatierecht; Van Dijk, P., De rechten van de mens: emancipatie en integratie; Drupsteen, T., Oh Lord; won't you buy me a Mercedes-Benz?; Geppaart, C.P.A., De overtuigingswaarde van onze belastingen; Gunning, M., De invloed van de vrouwelijke moraal op het recht. Over ladders en netwerken; Hammerstein-Schoonderwoerd, W.C.E., Een liedje van verlangen; Hondius, E.H., Van Nederlands recht naar recht in het algemeen; Kapteyn, P.J.G., Een algemeen beginsel van internationaal behoorlijk handelen?; Kelk, C., «Geen humaan strafrecht zonder een humane samenleving»; Kotting, R., Lex fori: zwerfkei of hoeksteen; De Leede, L.J.M., Meer recht in de sociale zekerheid; Mackaay, E., Rechts-economie — hora est; Maeijer, J.M.M., Geen rechtspersoonlijkheid voor de openbare vennootschap. Weg met die onnutte tweekoppige draak; Maris, C.W., «Small prints, big words, no sales»; Rood, M.G., Bescherming van werknemers in Nederlonië; Schoordijk, H.C.F., Enige privaatrechtelijke wensen; Veen, Th., Wensen, prioriteiten en verwachtingen; Vreede, P.P., Mogen we het over de zaak zelf hebben?; Rechtspraak Hoge Raad (civiele kamer).

Rechtsgeleerd magazijn Themis, 1985.

nr. 4

Redactionele kanttekeningen (Th. W.v.V.); Tegen de wil van de bewoner; Korthals Altes, E., De President in kort geding: rechter of dorpsoudste? Een reactie; Slot, P.J., Economisch recht in ontwikkeling; Van den Heuvel, J., Rechtspsychologie, een beknopte terreinverkenning; Boekbeschouwingen; Vakgroep staatsrechtelijke vakken R.U. Leiden, Kroniek van het Staats- en bestuursrecht over de periode april 1984 - april 1985; Rectificatie Kroniek van het Privaatrecht.