

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

OVER KROMMEN EN RECHTEN

Een reactie op de kritiek van Kruithof ten aanzien van de economische analyse van het recht

1. In zijn feestrede «Leven en dood van het contract», uitgesproken op het 32e Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging, heeft prof. dr. Robert Kruithof zich kritisch uitgelaten ten aanzien van de werkmethode en het belang van bepaalde economische analyses van het recht¹. Van «Posner en anderen»² wordt zelfs gezegd dat zij toegeven onwetenschappelijk te werk te gaan, maar dat zij desalniettemin staande houden dat de eindresultaten van hun onwetenschappelijk onderzoek juist zijn. Kruithof vervolgt: «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»³.

Mag van iemand die dergelijke krasse uitspraken doet omtrent wat zich afspeelt op het raakvlak van twee wetenschappen, niet worden verwacht dat hij een stevige kennis bezit van beide? Wie stevig staat op het been van de juridische analyse, maar niet op dat van de economische analyse, loopt immers snel wankel wanneer hij zich op het domein van de economische analyse van het recht begeeft.

In deze reactie zal worden aangetoond dat in de rede een onevenwichtige beoordeling van de economische analyse van het recht wordt geformuleerd, die berust op een aantal misvattingen, in het bijzonder m.b.t. de werkmethode van de economische wetenschap. Foutief is het afwijzen van de economische analyse als onwetenschappelijk omdat ze uit-

gaat van onrealistische veronderstellingen. Verder wordt een foute interpretatie gegeven van de veronderstelling dat elk individu zich rationeel gedraagt en van de mededingingselementen eigen aan de werking van het marktmechanisme. Ook het verkeerd gebruik van de termen «efficiënt», «social cost» en «monopolistische concurrentie» verraaft een onvoldoende vertrouwdheid met de economische analyse van het recht. Dit gebrek aan kennis ligt ook aan de basis van de erg eenzijdige karakterisering van *Law and Economics* als een dereguleringsbeweging.

Het nogal karikaturale beeld van de economische analyse van het recht, dat in de feestrede wordt gecreëerd, typeert het meer algemeen onbegrip dat onder juristen t.a.v. de economische wetenschap heerst. De rede illustreert hoe immers groot de verschillen tussen een economische en een juridische benadering zijn. De woordenschat, de methodologie en de onderzoeksmethodes van de economie en het recht zijn namelijk zeer uiteenlopend. Dit heeft tot gevolg dat de economisch relevante vraag niet altijd samenvalt met wat vanuit juridisch oogpunt belangrijk is. Om een vruchtbare wisselwerking tussen beide wetenschappen tot stand te brengen is daarom aan weerszijden een grote openheid vereist. Zich opsluiten in de eigen stellingen en van daaruit een frontale aanval lanceren getuigt niet van wetenschappelijke openheid. Dit is evenmin het geval met het ophangen van een karikaturaal beeld van de economische analyse van het recht, dat al te gemakkelijk te bekritisieren valt en waardoor ten onrechte de indruk wordt gewekt dat de juristen aan de economische analyse van het recht geen boodschap hebben.

Deze reactie gaat onder de vlag «Over krommen en rechten». Toegegeven moet worden dat de beeldspraak uit de Bijbel bijzonder geschikt is om de wetenschappen die hier met elkaar geconfronteerd worden, treffend te karakteriseren. Economen zoeken het optimum op het snijpunt van krommen. In vereenvoudigde analyses worden die krommen als rechten voorgesteld. Dat maakt de analyse meteen begrijpelijk voor juristen, die beter met rechten dan met krommen vertrouwd zijn. Als ze niet de fout maken de analyse als onwetenschappelijk te doodverven omdat ze

¹ KRUIHOF, R., «Leven en dood van het contract», *R.W.*, 1985-86, 2761-2768.

² KRUIHOF, R., o.c., 2766. «De anderen» worden door Kruithof op deze plaats niet met naam genoemd, maar in kolom 2761 wordt de *European Association of Law and Economics* gesitueerd in het voetspoor van de *Chicago School*. Roger Van den Bergh is lid van het Steering Committee van deze Europese wetenschappelijke vereniging. Zie over haar doelstellingen: «Announcement. European Association for Law and Economics», *International Review of Law and Economics*, 1984, 223, waar deze vereniging zich overigens zeker geen slaafse navolger toont van de Noord Amerikaanse opvattingen...

³ KRUIHOF, R., o.c., 2766.

vanuit vereenvoudigde uitgangspunten vertrekt, zullen ze belangrijke inzichten verwerven. De toepassing van (eenvoudige- micro-economische modellen op het rechtssysteem kan immers een belangrijke bijdrage leveren tot een beter inzicht in de werking van rechtsregels en rechtsinstituten uit de verschillende rechtstakken.

De economische analyse van het recht: te simplistisch?

2. Economische modellen worden vaak bekritiseerd omdat ze veel te eenvoudig zijn en onvoldoende rekening houden met de complexiteit van wat zich in de realiteit afspeelt. Deze zogezegde «dooddoener», waarmee men zowat elke wetenschap die aan theorievorming doet, te lijf gaat, wordt ook gehanteerd tegen de economische analyse van het recht. De kritiek op Posner, de meest gezaghebbende vertegenwoordiger van de *Chicago School*, is voor het grootste deel een kritiek op het overdreven simplistische en onrealistische van de door de economische analyse van het recht gemaakte veronderstellingen. Het is een kritiek op alle beoefenaren van de discipline en op de economische wetenschap als dusdanig. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat de kritiek op Posner, die er ook is binnen de *Law and Economics*-beweging en waarnaar Kruithof ter ondersteuning van zijn eigen kritiek verwijst⁴, zich niet richt tegen deze werkmethode, maar eerder tegen deelaspecten van sommige analyses. Cento Veljanovski, zogezegd Posner's voornaamste Europese opponent, heeft het gebruik van simplistische modellen steeds als noodzakelijk bestanddeel van de analyse beschouwd⁵. Op de fundamentele punten is Veljanovski een overtuigd navolger van Posner's ideeën en in het methodologisch vlak neemt hij Posner's werkwijze zonder meer over⁶.

Leiden eerder realiteitsvreemde veronderstellingen er noodzakelijkerwijze toe dat in de analyse niet op wetenschappelijke wijze te werk wordt gegaan? Geenszins. Een dergelijke argumentatie houdt geen steek omdat ze uitgaat van een kenschetsend onbegrip van de karakteristieken van een wetenschappelijke theorie, zoals deze eigen zijn aan de positieve economische analyse van het recht.

Dat economen met veronderstellingen werken is juist. Dat zij in de regel wereld- en werkelijkheidsvreemde veronderstellingen maken is fout. Zeker onjuist is dat deze veronderstellingen het hun niet mogelijk zouden maken een wetenschappelijke theorie op te bouwen. Deze kritiek gaat uit van de visie dat een theorie slechts wetenschappelijk is wanneer ze de realiteit zo getrouw mogelijk weergeeft. Niets is minder waar. Een wetenschappelijke theorie is geen

spiegel. De bedoeling van een theorie bestaat er niet in een fotografische reproductie te geven van de realiteit. De bedoeling bestaat er wel in factoren aan te duiden die bepaalde resultaten in de hand werken. Economische modellen verdelen maatschappelijke fenomenen door de variabelen te isoleren die van doorslaggevende invloed zijn op menselijke keuzen⁷. Het aantonen van deze verbanden maakt het de economische theorie niet alleen mogelijk maatschappelijke fenomenen te verklaren, maar geeft haar bovendien de mogelijkheid voorspellingen te maken. Juist het voorspeligheidsgehalte maakt een theorie sterk of zwak.

De juiste test of een economische theorie deugt, bestaat niet in een onderzoek naar het realiteitsgehalte van de gemaakte veronderstellingen, maar wel in een evaluatie van haar geschiktheid tot voorspellen. Dit is wat Posner bedoelt in de door Kruithof geciteerde passage⁸. Posner sluit in dat citaat trouwens aan bij de opvatting van Nobelprijswinnaar Milton Friedman, die zelfs zegt dat onrealistische veronderstellingen een noodzakelijke component zijn van een goede theorie⁹.

3. De beschreven misvatting toont aan dat juristen best wat theorievorming kunnen gebruiken. Het louter beschrijven van juridische geschillen is nog geen wetenschap. De benaming «rechtsleer» is daarvoor al te vleidend. Een overdreven legalistische en descriptieve benadering biedt geen analytisch kader waarbinnen aan theorievorming kan worden gedaan. De belangrijkste bijdrage die de economie aan het recht kan bezorgen, is juist de terbeschikkingstelling van een algemeen theoretisch kader voor de analyse van rechtsregels en rechtsinstituten. Het kan niet worden ontkend dat de economie in het vlak van de theorievorming meer ontwikkeld is dan het recht. Mede door het gebruik van de «measuring rod of money»¹⁰ kan men overgaan tot empirische onderzoeken, die de verklarende waarde van de theorie ondersteunen.

De eigenheid van de economie als wetenschap bestaat erin dat door een zorgvuldige keuze van veronderstellingen verklarings- en voorspellingsmodellen worden opgebouwd. Het maken van veronderstellingen is nodig omdat de wereld, bekeken door een economische bril, te gecompliceerd is om hem zonder enige abstractie te kunnen begrijpen. Zonder veronderstellingen zou de analyse niet mogelijk zijn. Zoals Boulding het treffend uitdrukt, wordt kennis verworven door «the orderly loss of information»¹¹. Dank

⁴ Kruithof verwijst vooral naar Cento Veljanovski (o.c., 2767, voetnoot 144).

⁵ VELJANOVSKI, C., *The New Law and Economics. A Research Review*, Oxford, Centre for Socio-Legal Studies, 1982, 17-41, ook verschenen in een herziene versie in OGUS, A. en VELJANOVSKI, C., eds., *Readings in the Economics of Law and Regulation*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 12-23; VELJANOVSKI, C., «Legal Theory, Economic Analysis and the Law of Torts», in *Legal Theory and Common Law* (TWINING, W., ed.), Oxford, Blackwell, 1986, 216-219.

⁶ Zie de bespreking door KITCH, W. van Veljanovski's *The New Law and Economics*, *International Review of Law and Economics*, 1984, 229-233.

⁷ VELJANOVSKI, C., o.c., 1986, 218; VELJANOVSKI, C., o.c., 1984, 13. Zie verder de bespreking van het economisch model van het aansprakelijkheidsrecht in volgend randnummer.

⁸ POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1977, 12-14. De lezer moge ertoe worden uitgenodigd deze passage in haar geheel, niet enkel de door Kruithof geciteerde zinnen, te lezen.

⁹ FRIEDMAN, M., «The Methodology and Positive Economics», in FRIEDMAN, M., *Essays in Positive Economics*, 1953, 14.

¹⁰ COASE, R.H., «Economics and Contiguous Disciplines», *Journal of Legal Studies*, Vol. 7, 1978, 201-211.

¹¹ «It is a very fundamental principle indeed that knowledge is always gained by the orderly loss of information, that is, by condensing and abstracting and indexing the great buzzing confusion of information that comes from the world around us into a form which we can appreciate and comprehend» (BOULDING, K.E., *The Skills of the Economist*, Cleveland, Howard Allen, 1958, 2).

zij de veronderstellingen kan slechts op een beperkt aantal factoren worden gelet en moeten alle relevante variabelen niet meteen in de analyse worden betrokken. Door gebruikmaking van een «simpel» economisch model zal men reeds tot belangrijke inzichten kunnen komen. Deze inzichten zullen nog onvolkomen zijn, maar ze zullen door toevoeging van «meer realistische» veronderstellingen kunnen worden verfijnd. Deze methode, die aanvankelijke veronderstellingen loslaat en zo geleidelijk aan alomvattende inzichten verschaft, wordt in de economische analyse van het recht stelselmatig toegepast. Dit kan het best worden geïllustreerd aan de hand van de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht.

In een economische analyse worden aansprakelijkheidsregels gezien als een middel om de sociale kosten¹² van ongevallen zo laag mogelijk te houden. Het economisch model somt de factoren op die de sociale kosten van ongevallen beïnvloeden: de verwachte schade en de kosten van ongevallenvermijding van dader en slachtoffer. Deze relevante factoren worden beïnvloed door het niveau van zorg der mogelijke schadeverwekkers (dit kunnen ook «slachtoffers» zijn). De economisch optimale zorg wordt bereikt op het niveau waar de additionele inspanning om zorg te nemen gelijk is aan een additionele vermindering van de ongevalskosten¹³. Wjl het aansprakelijkheidsrecht «efficiënt» zijn, dan moet een gebrek aan zorg als een onzorgvuldig handelen worden beschouwd wanneer de marginale kosten om zorg te nemen lager zijn dan de marginale opbrengst aan vermindering van ongevalskosten. Op die wijze kan het recht aan schadeverwekkers de juiste prikkels geven om optimale zorg te nemen en zullen de sociale kosten van ongevallen worden geminimaliseerd. In het eenvoudigste economisch model wordt verondersteld dat individuen risico-neutraal zijn¹⁴. Deze veronderstelling is noodzakelijk, wil men enig inzicht krijgen in het effect van aansprakelijkheidsregels op het niveau van zorg dat door mogelijke schadeverwekkers zal worden uitgeoefend. In meer doorgevoerde analyses wordt de veronderstelling van risico-neutraliteit losgelaten, waardoor het mogelijk wordt de invloed van de houding ten aanzien van risico en van de (al dan niet beschikbare) verzekeringsdekking mee in de analyse te betrekken¹⁵.

¹² Het onderzoek of rechtsregels economisch efficiënt zijn houdt dus wel degelijk rekening met de sociale kosten. Kruithof schijnt onder de term «social cost» verkeerdelijk de billijke verdeling van rechten en inkomens te willen verstaan (KRUIHOF, R., o.c., 2767).

¹³ Het gaat hier om de zogenaamde «incremental Learned Hand standard»; zie FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., «Negligence, Strict Liability and Direct Regulation of Safety under Belgian Law: An Introductory Economic Analysis», *Geneva Papers on Risk and Insurance*, april 1987, ter perse (met verdere verwijzingen).

¹⁴ Zie o.m. BROWN, J., «Toward an Economic Theory of Liability», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 1973, 323-349 en LANDES, W. en POSNER, R., «The Positive Economic Theory of Tort Law», *Georgia Law Review*, Vol. 15, 1981, 851-924.

¹⁵ Vooral Shavell heeft op dit domein baanbrekend werk verricht: SHAVELL, S., «On Moral Hazard and Insurance», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 93, 541-562; SHAVELL, S., «On Liability and Insurance», *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, 1982, 120-132.

Juristen moeten de rol van deze veronderstellingen leren begrijpen. Het deductief redeneren van de economen vanuit algemeen aanvaarde veronderstellingen leidt tot logische conclusies die kunnen worden vertaald in voorspellingen m.b.t. de werkelijkheid. Deze voorspellingen kunnen nadien met het werkelijk gedrag en de ervaring worden vergeleken, ofwel door observatie, ofwel met behulp van statistische data-analyse. Om bij het voorbeeld van het aansprakelijkheidsrecht te blijven: wijzigingen in het rechtssysteem, bijvoorbeeld van foutaansprakelijkheid naar objectieve aansprakelijkheid, kunnen wat betreft hun invloed op ongevallenpreventie theoretisch worden onderzocht en empirisch worden getoetst¹⁶.

Besloten moet dus worden dat economische modellen, ook al bevatten ze veronderstellingen die schijnbaar niet echt kunnen worden bewezen, bruikbaar zijn ter verklaring van juridisch relevante gedragingen. Op voorwaarde dat juristen niet gefixeerd blijven op de «complexiteit» van de te behandelen casus, zullen ze de rol van veronderstellingen begrijpen en zullen ze inzichten verwerven die ze zonder de economische analyse van het recht hadden moeten missen. De enige aanvaardbare kritiek is dat de economische analyse zou verwaarlozen bepaalde factoren in de analyse te betrekken die van invloed zijn op de uitkomsten en daarom de analyse onvolkomen maken. Maar dit is een kritiek gericht naar de beoefenaren van de economische analyse van het recht en niet naar de analyse als dusdanig. De juiste kritiek is een kritiek m.b.t. het niveau van abstractie van een bepaalde analyse, maar niet de kritiek op de abstractie van het model. Wie stelt dat een theorie onwetenschappelijk is omdat ze de realiteit niet integraal weergeeft, huldigt onrealistische opvattingen over theorievorming en ontkent tegelijk de waarde van elke sociale wetenschap.

4. Het is overigens bevreemdend dat juristen aan economen «verwijten» abstracties te maken. «The lawyer's world view is an abstraction just as the economist's is»¹⁷. Economen hebben ten minste dit voor, dat zij de door hen gemaakte veronderstellingen steeds uitdrukkelijk, bij de aanvang van de analyse, formuleren en toelichten. Bovendien maakt de focus op de interdependentie in de economische methodologie (studie van neveneffecten) het de economen mogelijk een zeer ruime analyse te maken van de wijze

¹⁶ Van de theoretische studies mogen worden geciteerd: CALABRESI, G. en HIRSHOFF, J., «Toward a Test for Strict Liability in Tort», *Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, 1054-1085; CHELIUS, J., «Liability for Industrial Accidents: A Comparison of Negligence and Strict Liability Systems», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 5, 1976, 293-309; SHAVELL, S., «Strict Liability versus Negligence», *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1980, 1-25; VELJANOVSKI, C.G., «The Economic Theory of Tort Liability — Toward a Corrective Justice Approach», in *The Economic Approach to Law*, BURROWS, P. en VELJANOVSKI, C.G., eds, Londen, Butterworths, 1981, 125-150. Van de empirische onderzoeken mogen worden vermeld: GRAYSON, R.W., «Deterrence in Automobile Insurance — The Empirical Evidence», *Insurance Counsel Journal*, Vol. 49, 1973, 117 e.v.; LANDES, E., «Insurance, Liability and Accidents: A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of No-Fault Accidents», *Journal of Law and Economics*, Vol. 25, 1982, 49-65; BRUCE, C.J., «The Deterrent Effects of Automobile Insurance and Tort Law: A Survey of the Empirical Literature», *Law and Policy*, Vol. 6, 1984, 67-100.

¹⁷ KLEVORICK, A., «Law and Economic Theory: An Economist's View», *American Economic Review*, Vol. 65, 24.

waarop rechtsregels activiteiten beïnvloeden. Dit kan niet gezegd worden van alle juristen die zich als critici van de economische analyse van het recht opstellen. Hoeveel, ongetwijfeld juridisch-technisch fraaie, gespecialiseerde analyses maken geen abstractie van de toepassing van rechtsregels «uit andere vakgebieden» op de onderzochte casus? Dergelijke analyses leggen geen verbanden bloot, zoals economische modellen dat wel doen. De juridische *ad hoc*-benadering is slechts «one view of the Cathedral»¹⁸.

Verder is het verwijt dat de economische analyse de zaak «te simpel» voorstelt misplaatst als het komt uit de mond van juristen die «de wet» als de weergave van «het algemeen belang» aanbidden. Zij die bezwaar maken tegen de, naar zij zeggen, door de economische analyse overbenaadrukte doelstellingen van efficiëntie en wijzen op het belang van bijvoorbeeld slachtoffersbescherming en consumentenbescherming, gaan er dikwijls stilzwijgend van uit dat de van kracht zijnde rechtsregelen ook effectief de laatstgenoemde doelstellingen dienen. Gaan de juristen er bij de interpretatie van wetgeving niet in de regel van uit dat de normen in het algemeen belang zijn uitgevaardigd? Deze «veronderstelling» wordt niet uitdrukkelijk geformuleerd. Juist omdat zij meesters zijn in de keuze van veronderstellingen, slagen de economen erin een wetenschappelijke theorie op te bouwen die overtuigend wijst op het gebrek aan realiteitsgehalte van wat door juristen vaak stilzwijgend wordt aangenomen (of: verondersteld?). Dat wetgeving slechts het algemeen belang zou dienen, is door de economische reguleringstheorie, die de rol benadrukt van belangengroepen, overtuigend ontkend¹⁹. Vaak wordt regulering gevraagd door de geregeelden die op die wijze economische rentes willen opstrijken.

Niet alleen in het vlak van de doelstellingen van wetgeving kan worden aangetoond dat juristen heel wat «veronderstellen». Niet geprononceerde veronderstellingen liggen ook besloten in de rechtspraak. Ondanks het ruim verspreide gebruik van verzekeringen blijft het aansprakelijkheidsrecht gefixeerd op gedragingen, waarvan wordt onderzocht of ze met inachtneming van de algemene zorgvuldigheidsnorm zijn verricht. De analyse richt zich in de regel niet op de problematiek van risico-aversie of -neutraliteit en op het bestaan van verzekeringspolissen. Slechts uitzonderlijk wordt het voorhanden zijn van verzekeringsdekking mee in rekening gebracht bij het oordeel over het inwilligen van een aansprakelijkheidsvordering²⁰. In een reactie «als ju-

rist» merkt Van Oevelen op dat de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht de aansprakelijkheidsvraag te veel ziet als de uitsluitende zaak van de schadelijder en de schadeverwekker. De weerslag van de aansprakelijkheidsverzekeringen en van de sociale zekerheid zou daarbij onvoldoende in aanmerking worden genomen. Dit verwijt gaat voorbij aan het bestaan van een zeer omvangrijke economische literatuur over verzekeringen²¹. Verscheidene auteurs hebben juist onderzocht hoe het economisch model zich wijzigt onder invloed van risico en verzekering²². Het verwijt is er ook een bewijs van dat juristen meer zelfkritiek kunnen gebruiken. Het zijn niet de economen of de beoefenaren van de economische analyse van het recht, maar de rechters en de beoefenaren van het aansprakelijkheidsrecht die stelselmatig uitgaan van de veronderstellingen van risico-neutraliteit en van het bestaan van competitieve verzekeringsmarkten²³.

De «homo economicus» ter discussie gesteld

5. Het blijkbaar weinig sympathieke mensbeeld van de «homo economicus» lokte reeds eindeloze kritiek uit. Is het niet zo dat mensen tevens oog hebben voor het welzijn van anderen en in hun gedragbepaling vergissingen begaan of geleid worden door passie? Kruihof formuleert de kritiek als volgt: «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 beoordeler is van zijn eigenbelang, dat elke mens zich rationeel gedraagt of tenminste consistente keuzen maakt, enz.». In voetnoot wordt, onder verwijzing naar een boek uit de vorige eeuw, de veronderstelling van rationaliteit verder aangevallen door benadrukking van de zwakke positie van de «kleine man». Deze laatste zal niet, zoals een geslepen zakenman, aan alle feitelijke mogelijkheden en rechtsmiddelen denken²⁴. Gaat de veronderstelling van rationaliteit niet op voor de zwakkeren uit de samenleving? Wordt er door de beoefenaren van de economische analyse van het recht weer aangeknoopt bij wat

¹⁸ CALABRESI, G. en MELAMED, D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, Vol. 85, 1972, 1089-1128.

¹⁹ Zie STIGLER, G., «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics*, Vol. 5, 1974, 335-358; PELTZMAN, S., «Toward a More General Theory of Regulation», *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, 1976, 211-240.

²⁰ Onder de gelding van art. 1386bis B.W. worden krankzinnigen meestal aansprakelijk gesteld wanneer ze verzekerd zijn (VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINCK, P., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, 1179). Daarnaast is er het vonnis van de Vrederechter te Merksem, waarin uitzonderlijk het voorhanden zijn van verzekeringsdekking in aanmerking wordt genomen om de schade, veroorzaakt door een verkeersongeval tussen partijen te verdelen (Vred. Merksem, 9 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 1279, met noot van SIMOENS, D.).

²¹ VAN OEVELEN, A., «Enige bedenkingen van een jurist bij de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht», in *Verslagboek Eerste Werkvergadering Recht en Economie* (VAN DEN BERGH, R., e.d.), Antwerpen, Handelshogeschool, 1986, 28.

²² SHAVELL, S., «On Liability and Insurance», *Bell Journal of Economics*, Vol. 13, 1982, 122-132; POLINSKY, A., *An Introduction to Law and Economics*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1983, 51-56.

²³ Uit de omvangrijke economische literatuur over deze problemen mogen worden geciteerd: ARROW, K.J., *Aspects of the Theory of Risk — Bearing*, Helsinki, Yrjö Johnssonin Saatiö, 1965, 61 p.; ROTHSCHILD, M. en STIGLITZ, J., «Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, 1976, 629-649; MOSSIN, J., «Aspects of Rational Insurance Purchasing», *Journal of Political Economy*, Vol. 76, 1968, 553 e.v.; PAULY, M., «Overinsurance and Public Provision of Insurance: The Roles of Moral Hazard and Adverse Selection», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 88, 1974, 44-62.

²⁴ KRUIHOF, R., o.c., 2765-2766.

reeds in de vorige eeuw als foutief uitgangspunt werd gekwalificeerd?

Om de eigenlijke functie van de *homo economicus* in de economische analyse te kunnen toelichten, moet vooraf de foutieve beschrijving van de veronderstelling van rationaliteit worden rechtgezet. De term «eigenbelang», die doet denken aan geldgewin, wordt in de economie niet gebruikt. De veronderstelling van rationeel gedrag houdt in dat de mens doelgericht handelt, dat hij zijn situatie tracht te verbeteren. De nagestreefde doeleinden zijn niet noodzakelijkerwijze egocentrisch van aard; ook altruïstisch handelen past in de veronderstelling van rationeel gedrag. Het individu wordt verondersteld «rationeel» te zijn in de betekenis dat hij binnen zekere grenzen kan bepalen wat hij wil en dat hij binnen zijn eigen mogelijkheden zijn eigen wensen wil vervullen²⁵. De mens kan daarbij vergissingen begaan omdat hij onvolledige informatie bezit; maar dit betekent niet dat hij daarom irrationeel handelt. Gebrek aan informatie wordt in de economische analyse van het recht geenszins ontkend, maar juist onderzocht²⁶. Het gaat dus niet op te stellen dat «de kleine pachter of de kleine handwerksman» irrationeel handelen omdat zij bij het contracteren niet dezelfde kennis kunnen aanwenden als de «geslepen man van zaken»²⁷. Ook gekken die zich in de zon met water besprenkelen omdat zij vrezen anders te zullen verbranden, handelen rationeel in de economische betekenis van het woord²⁸.

6. Na deze rechtzetting is het mogelijk te verduidelijken wat de functie is van de veronderstelling van rationeel gedrag bij de opbouw van een economische theorie. Eerst moet opnieuw worden benadrukt dat de veronderstelling niet tot doel heeft een beschrijving te geven die van toepassing is op welk individu ook. Een positief economisch model kan nooit overtuigend worden aangevallen door te argumenteren dat *niet alle* individuen eigen doeleinden nastreven en dat niet onverschillig wie daarbij rationele, consistente keuzen maakt. Economische modellen formuleren veronderstellingen over het gedrag van een *gemiddeld* individu. Het recht doet dat trouwens ook. Wat is het concept van de *bonus pater familias* anders dan een abstracte standaard, volgens welke het gedrag van bestaande, reële individuen wordt vergeleken met de zorg besteed door een «verondersteld» zorgvuldig handelend individu? De *bonus pater familias* heeft dezelfde eigenschappen als de *homo economicus*. Geen van beide concepten beschrijft volkomen accuraat hoe mensen in werkelijkheid optreden. Toch zijn ze beide nuttig. Referentie aan de fictieve *bonus pater familias* maakt het mogelijk de aansprakelijkheid te bepalen. Het concept van de *homo economicus* heeft andere, maar (minstens) gelijkwaardige, verdiensten: het maakt het

mogelijk het ontstaan en de werking van rechtsregelen te verklaren.

Door gebruikmaking van de veronderstelling van rationeel gedrag heeft de economische wetenschap een belangrijke bijdrage kunnen leveren tot de verklaring van uiteenlopende juridisch relevante fenomenen. De genoemde assumptie heeft bewezen grote verklarende waarde te bezitten in de domeinen waar de economen ervan gebruik maken. Zo krijgt men zonder twijfel een beter inzicht in het gedrag van vele politici wanneer men hen beschouwt als individuen die, gebruik makend van schaarse middelen, rationeel hun eigen nut willen maximaliseren²⁹. De economische theorie over politieke besluitvorming wijst erop dat in veel gevallen politici regulering schijnen te verkopen in ruil voor politieke steun. In de *Public Choice*-literatuur wordt de politieke markt geanalyseerd als een markt voor welvaartsoverdrachten tussen burgers, waarop politici hun brood verdienen³⁰. Dit kan het bestaan verklaren van regulering die politiek belangrijke groepen bevoordeelt. Naar de gemiddelde kiezer toe wordt deze regulering, die in feite het belang van de gereguleerden dient, dikwijls vermomd als «consumentenbescherming». Door de hoge informatie- en transactiekosten op de politieke markt blijft de welvaartsoverdracht vaak onbediscussieerd.

De relevantie van de veronderstelling van *rationaal gedrag* wordt ook duidelijk in het vlak van de economische analyse van het strafrecht. Men krijgt een beter inzicht in sommige criminele gedragingen door het begaan van misdrijven te zien als rationele afwegingen van het door het misdrijf verkregen voordeel tegenover de probabiteit van bestraffing en de zwaarte van de straf³¹.

²⁹ HIRSHLEIFER, J., «The Expanding Domain of Economics», *American Economic Review*, 1985, 55-56.

³⁰ Het basiswerk is BUCHANAN, J.M. en TULLOCK, G., *The Calculus of Consent*, The University of Michigan Press, 1962. Zie ook Mc CORMICK, R. en TOLLISON, R., *Politicians, Legislation and the Economy. An Inquiry into the Interest Group Theory of Government*, Boston-Den Haag, Nijhoff, 1981.

³¹ Ook het strafrecht is sinds de jaren zestig aan een grondige economische analyse onderworpen. Een belangrijke aanzet is gegeven door BECKER, G., «Irrational Behavior and Economic Theory», *The Journal of Political Economy*, 1962, 1-13, later uitgewerkt in zijn baanbrekende bijdrage «Crime and Punishment: An Economic Approach», *The Journal of Political Economy*, 1968, 169-217 (ook gepubliceerd in *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, BECKER, G., en LANDES W. (eds), New York, Columbia University Press, 1974, 1-54). In het begin van de jaren zeventig zijn de volgende toonaangevende publikaties verschenen: EHRLICH, I., «Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation», *Journal of Political Economy*, 1973, 521-565; EHRLICH, I., «The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death», *American Economic Review*, 1975, 397-417 en STIGLER, G., «The Optimal Enforcement of Laws», *Journal of Political Economy*, 1970, 526-536 (eveneens verschenen in *de Essays in the Economics of Crime and Punishment*, geciteerd, 55-57); Deze basisliteratuur wordt op uitstekende wijze samengevat door BOWLES, R., *Law and the Economy*, Oxford, Martin Robertson, 1982, 54-105).

Recent onderzoek spitst zich toe op de vraag of geldboeten langs private weg of via de strafvordering geïnd dienen te worden (POLINSKY, M., «Private versus Public enforcement of Fines», *Journal of Legal Studies*, 1980, 105-127), op de vraag naar de optimale mix tussen pakkans en hoogte van de geldboete (POLINSKY, M. en

²⁵ Het individu maakt consistente keuzen, zie VELJANOVSKI, C., o.c., 1984, 16.

²⁶ Zie bv. MACKAAY, E., *Economics of information and law*, Boston-Den Haag, Kluwer-Nijhoff, 1982. Een misvatting is de bewering van Van Oevelen dat in het economisch model «een al te optimistisch en vrij idealistisch beeld wordt opgehangen, niet alleen van de informatie die aan de verbruiker wordt verstrekt, maar ook van zijn beoordelingsmogelijkheden» (VAN OEVELEN, A., o.c., 23).

²⁷ KRUIHOF, R., o.c., 2766.

²⁸ VELJANOVSKI, C., o.c., 1986, 217-218.

Nogmaals: met het voorgaande wil niet gezegd zijn dat een politicus nooit *pro bono publico* handelt en dat er onder criminelen geen deviant gedrag zou kunnen worden vastgesteld. De kritiek gaat echter te ver wanneer de veronderstelling van rationeel gedrag «uiterst dubieus» wordt genoemd. Daarmee miskent men de verwezenlijkingen van de positieve economische analyse van het recht. De ware test is niet of de veronderstellingen de realiteit volkomen weerspiegelen, maar wel de verklarende waarde van de theorie die met behulp ervan is opgebouwd. Vele op basis van assumpties ontwikkelde werkhypothesen zijn empirisch getoetst en niet tegengesproken. Dit neemt niet weg dat de verklarende waarde van de opgebouwde theorie haar beperkingen heeft. Economen zijn ook bereid om dat toe te geven. Voor hen is dit een uitnodiging om door loslating van een bepaalde veronderstelling in specifieke omstandigheden de theorie verder te verfijnen.

Een wetenschappelijk correcte reactie dient aan te geven welke veronderstellingen onder welke omstandigheden hun verklarende (en voorspellende) waarde verliezen. De juiste wetenschappelijke reactie is niet een bruuske afwijzing van een gehele theorie omdat de verklarende waarde van een model beperkt is, maar wel een constructieve poging om de door het model verwaarloosde variabelen aan te geven die de reële uitkomsten beïnvloeden. Wie een economische theorie overtuigend wil afwijzen moet een andere theorie aangeven die het in vergelijking beter doet.

7. Ten slotte nog dit. Kruithof benadrukt dat sociale groepen en structuren in onze maatschappij een wezenlijke rol spelen. Het is opvallend dat hij in dat verband niet verwijst naar sommige sociologische benaderingen die op het eerste gezicht duidelijk contrasteren met het methodologisch individualisme van de economie. De basiseenheden van de maatschappij zijn, volgens die analyses, immers geen individuen maar wel sociale groepen. Andere uitgangspunten leiden echter niet noodzakelijkerwijze tot resultaten die verschillen van de inzichten die de economische analyse van het recht kan bieden. Een voorbeeld moge dit illustreren. In een sociologische benadering van het vestigingsrecht zal de aandacht in eerste instantie uitgaan naar de in de beroepensociologie ontwikkelde beschrijving van het professionaliseringsproces³². Vanuit de economische reguleringstheorie zal de te onderzoeken hypothese luiden dat elk beroep dat politiek voldoende machtig is, zal pogen de

toegang tot het beroep te beperken³³. In beide benaderingen zal men tot het inzicht komen dat het vestigingsrecht eerder de belangen van de gereguleerde beroepsgroep dient dan de belangen van de afnemers van de producten of de diensten.

Belangrijk is dat economische modellen, ondanks hun methodologisch individualisme, niet individueel gedrag maar groepsgedrag verklaren. De individualistische veronderstelling van rationeel gedrag miskent geenszins «dat sociale groepen en structuren in onze maatschappij een wezenlijke rol spelen». Zij maakt het juist mogelijk de voorspelbare component van het groepsgedrag te ontdekken. De economie bestudeert het menselijk gedrag in een context van sociale interactie. De positieve economische analyse van het recht ontkent niet het bestaan van irrationeel gedrag, maar argumenteert dat groepen, samengesteld uit individuen, handelen *alsof* de leden rationele, consistente keuzen maken. Evemin wordt beweerd dat alle individuen de kosten en baten van hun handelen stelselmatig afwegen, maar wel dat hun gedrag kan worden verklaard *alsof* ze zulks doen. De veronderstelling verklaart dus groepsgedrag en leidt tot de ontwikkeling van theorieën die empirisch kunnen worden getoetst.

De onvolkomenheid van de volkomen mededinging

8. Een van de redenen waarom, volgens Kruithof, aan de conclusies van Posner niet al te veel waarde mag worden gehecht, is dat zou worden uitgegaan van een marktsituatie die beantwoordt aan de voorwaarden van het theoretisch model der «volkomen mededinging». De bestaande marktsituatie is geheel anders; meestal hebben we te maken met een oligopolie of met een marktsituatie die als «monopolistische concurrentie» (sic)³⁴ omschreven kan worden. In zulke omstandigheden is het volgens Kruithof twijfelachtig dat het marktmechanisme misbruiken inzake toetredingscontracten zal voorkomen of doen ophouden. Door deze reële marktsituatie niet te onderzoeken blijft Posner het wetenschappelijk bewijs van zijn stellingen schuldig³⁵.

³³ STIGLER, G., «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics*, Vol. 2, 1971, 5.

³⁴ Monopolistische concurrentie is, net zoals volkomen mededinging, een marktvorm met veel aanbieders en veel vragers en gemakkelijke marktoetreding. Door het bestaan van produktdifferentiatie krijgt elke verkoper echter een beperkte macht over de prijs. Dit «monopolistisch element» is echter onvoldoende opdat alle concurrentie zou verdwijnen. In een dergelijke marktvorm kan de aanbieder juist door bv. betere service (gunstigere algemene contractvoorwaarden) zijn vraagcurve naar rechts doen verschuiven. De economische term «monopolistische concurrentie» past dus geenszins in Kruithof's betoog. Misschien heeft de feestrede naar wat anders bedoeld: een monopolistische markt.

³⁵ KRUIHOF, R., o.c., 2766. Een zelfde vergissing wordt begaan door Van Oevelen in een reactie op een inleidende paper van Jan C. Bongaerts. De economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht gaat er helemaal niet vanuit dat wij leven in een economisch systeem van zuivere mededinging (anders: VAN OEVELEN, A., o.c., 23). Het is een denkmodel dat het mogelijk maakt de aansprakelijkheidsregels in een imaginaire perfecte wereld te bepalen en dat vanuit die optiek juist kan wijzen op de negatieve effecten van niet functionerende mededinging op het niveau van de genomen zorg (zie vooral ADAMS, M., *Oekonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg, Decker, 1985, 206-264).

SHAVELL, S., «The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines», *American Economic Review*, 1979, 880-891) en op de vraag wanneer de geldboete geen afschrikking meer kan creëren (SHAVELL, S., «Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent», *Columbia Law Review*, 1985, 1232-1262).

Vele van de geciteerde theoretische analyses bevatten empirisch materiaal tot staving van de stellingen. Ook zijn de theoretische stellingen door anderen empirisch getoetst (zie bv. CARR-HILL, R., en STERN, N., *Crime, the Police and Criminal Statistics*, London, Academic Press, 1979 en ook een recente verzameling van criminologische opstellen waarin een analyse wordt gemaakt van daders die een duidelijke rationele afweging hebben gemaakt: CORNISH, D. en CLARCKE, R., *The Reasoning Criminal*, 1986, Berlijn, 255 p.).

³² WILENSKY, H., «The Professionalisation of Everyone?», *American Journal of Sociology*, 1964, 137-138; zie ook MOK, A.L., *Beroepen in actie*, Boom, Meppel, 1973.

Geloven de beoefenaren van de economische analyse van het recht nog in sprookjes? Vanzelfsprekend niet. In het vlak van de mededinging is de bestaande marktvorm niet die van «wonderland» en dat weet men ook³⁶. Nergens wordt beweerd dat de bestaande marktsituatie beantwoordt aan het theoretisch model der volkomen mededinging. Het model wordt alleen als werkinstrument gebruikt; de beschrijving van de hypothetische «optimale toestand» is immers nuttig voor een beter inzicht in reële marktsituaties. In de economische analyse van het recht wordt het verklaarend model geenszins met de reële marktsituatie verward. In de door Kruithof geciteerde passage gaat Posner uit van de werking van de mededinging, niet van een stelsel van volkomen mededinging³⁷.

9. De vraag naar de normatieve relevantie van het model der volkomen mededinging moet duidelijk worden losgekoppeld van de verklarende waarde van het model. Waar Kruithof het model van volkomen mededinging niet efficiënt noemt, terwijl het dat in de juiste economische betekenis van het woord uiteraard wel is, verwacht hij met de realiseerbaarheid of wenselijkheid van het model. Ongewijfeld is in het verleden van de micro-economische prijstheorie, die de gunstige marktresultaten bij volkomen mededinging beschrijft, de verleiding uitgegaan aan het model der volkomen mededinging normatieve waarde toe te kennen. Juristen kennen vooral de grafiek van de winstmaximaliserende monopolist die een belangrijk welvaartsverlies aantoonst. Het model der volkomen mededinging heeft gediend als basis voor de ontwikkeling van het ordo-liberale denken, zoals dat voornamelijk in West-Duitsland aanhangers heeft gevonden en daar mede tot de totstandkoming van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen heeft bijgedragen³⁸. De ordo-liberalen zijn voorstander van een rigiede antimonopoliepolitiek door een sterke staat. In de domeinen waar deze politiek niet in staat is welvaartsvriendelijke resultaten te bewerkstelligen, moet de marktvorm der volkomen mededinging door overheidsregulering worden geïmiteerd³⁹. Deze ordo-liberale opvattingen behoren niet tot het gedachtengoed van de *Chicago School*. Integendeel, in de aan het mededingingsrecht gewijde studies worden talrijke afwijkingen van het model der volkomen mededinging verdedigd en dat juist om redenen van economische efficiëntie. Zo verschenen talrijke publikaties van auteurs, die als Chicago-aanhangers bekend staan, met pleidooien voor de aanvaarding van verticale bindingen⁴⁰. Tevens kan worden gewezen op standpunten waarbij produkt-differentiatie en het bezit van een machtig reclamepoten-

tieel niet als nadelig voor de concurrentie worden beschouwd⁴¹.

Deze opvattingen worden begrijpelijk wanneer men ervan uitgaat dat het model der volkomen mededinging geen eigenlijke mededingingssituatie beschrijft. Het is een statisch model dat voorbijgaat aan het wezen van de concurrentie als dynamisch proces. Hoe vreemd het ook moge lijken voor wie onvoldoende vertrouwd is met de mededingingstheorie: in een dynamische visie is er meer mededinging als er geen volkomen mededinging is. Het niet vervuld zijn van de voorwaarden voor volkomen mededinging kan juist wijzen op het functioneren van echte concurrentie. Volkomen mededinging is een situatie waarin alle onderhandelingskansen uitgeput zijn⁴². Onderhandelingen zijn nog wel mogelijk bij onvolkomen mededinging. Ook over contractvoorwaarden kan dan worden onderhandeld. Zelfs wanneer de markt volkomen monopolistisch is, kan volgens de recente «contestable markets»-literatuur⁴³ het marktmechanisme misbruiken onmogelijk maken. Van belang is alleen dat de markt betwistbaar blijft, m.a.w. dat markttoetreding gemakkelijk is en dat er geen te hoge «sunk costs» zijn die markttuitreding te veel bemoeilijken. In dit geval zullen de hoge monopoliewinsten nieuwkomers aantrekken, wat de monopolist ertoe zal dwingen zijn prijs dichter bij het competitieve niveau te brengen.

In het bestek van deze reactie kan niet worden ingegaan op de discussie hoeveel concentratie de markt kan verdragen om misbruiken bij contractvoorwaarden door het spel van de mededinging onmogelijk te maken. Auteurs van de *Chicago School* verdedigen in het algemeen de stelling dat op grond van de marktstructuur alleen niet tot ongunstige marktresultaten kan worden besloten. In deze opvatting vormt het aantonen van afwijkingen van het model der volkomen mededinging geenszins het bewijs dat de concurrentie tussen producenten niet meer functioneert, zodat het gevaar voor onereuze contractvoorwaarden zou toenemen.

De economische analyse van het recht: geen dereguleringsbeweging

10. Kruithof klasseert wat hij de dereguleringsbeweging noemt in twee schuifjes. Een eerste strekking wil de wetge-

³⁶ BOUCKAERT, B., «Grondslagen van het internationaal Europees economisch recht. Is de prins een goede herder van de mededinging?», *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1986, 10-13.

³⁷ POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1977, 85.

³⁸ KARTTE, W., en HOLTSCHNEIDER, R., «Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — Zur Geschichte des GWB», in *Handbuch des Wettbewerbs* (COX, H., JENS, U. en MARKERT, K., eds), München, Vahlen, 1981, 195-210.

³⁹ Voor een korte typering van de diverse mededingingstheoretische denkmodellen (ook van «workable competition»): VAN DEN BERGH, R., en DIRIX, E., *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1986, 169-176.

⁴⁰ BV. EASTERBROOK, F., «Vertical Arrangements and the Rule of Reason», *Antitrust Law Journal*, Vol. 53, 1984, 135-173; POSNER, R., «The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality», *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, 1981, 6 e.v.

⁴¹ ARMENTANO, D., *Antitrust and Monopoly — Anatomy of a Policy Failure*, New York, Wiley, 1982, 36-37; DILORENZO, T.J., «The Domain of Rent-Seeking Behavior: Private or Public Choice?», *International Review of Law and Economics*, Vol. 4, 1984, 190-192.

⁴² Duitse auteurs karakteriseren de toestand als «Schlafmutzenkonkurrenz» (Lutz); zie COX, H. en HUEBENER, H., «Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik», in *Handbuch des Wettbewerbs*, (COX, H., JENS, U. en MARKERT, K., eds), München, Vahlen, 1981, 13.

⁴³ BAUMOL, W.J. en WILLIG, R.D., «Fixed cost, Sunk Cost, Entry Barriers and Sustainability of Monopoly», *Quarterly Journal of Economics*, 1981, 405-431; BAUMOL, W.J., PANZAR, J.C. en WILLIG, R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Javanovich, 1982, 510 p.

ving verfraaien en beter overzichtelijk maken. De fundamentele taakverdeling tussen overheid en particulieren wordt niet ter discussie gesteld. Het verminderen of vereenvoudigen van rechtsregels wordt vooropgesteld vanuit wetgevingstechnisch oogpunt. De tweede strekking wil ook een vermindering van rechtsregels «maar dan op grond van een verandering van de maatschappelijke doelstellingen»⁴⁴. Deze tweede strekking zou dus de nadruk leggen op de wetgevingspolitieke aspecten van de deregulering. De «kampioenen» van deze opvatting zijn, aldus nog steeds Kruithof, te vinden in de *Chicago School of Law and Economics*. Belangstelling voor deze zienswijze is er in de *European Association of Law and Economics*, waarvan een Belgische afdeling onder leiding van Roger Van den Bergh actief is⁴⁵. Etiketten klevan maakt niets duidelijk. Veeleer bestaat het gevaar dat lezers misleid worden omtrent de ware draagwijdte van *Law and Economics*.

Kruithof laat Posner zeggen dat de economische analyse van het recht in haar normatieve versie beleidsbepalend kan worden aangewend, 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 zijn⁴⁶. Vooraf wordt in een voetnoot meegedeeld dat *efficiency* of effectiviteit, vanuit economisch perspectief bekeken, betekent het gebruik van schaarse resources op een wijze die aan individuen de grootste waarde — gemeten in de bereidheid tot betalen — oplevert. De toevoeging «of effectiviteit» staat niet bij Posner: ze is van de hand van Kruithof die misschien gedacht heeft daarmee een vertaling van de term te kunnen geven. Efficiëntie en effectiviteit zijn evenwel verschillende begrippen⁴⁷. Het woord «deregulering» komt evenmin voor in de geciteerde passage. Wel bespreekt Posner de «reformative power» van de economische analyse van het recht. Over deze onnauwkeurigheden zou nog kunnen worden heenge-stapt indien ze niet zouden passen in het kader van een beschrijving van *Law and Economics* die de benaderingswijze voorstelt als een beweging van liberale maatschappijhervormers.

11. Het zij duidelijk gesteld en benadrukt: *Law and Economics* is geen dereguleringsbeweging; de economische analyse van het recht beoogt geen maatschappijhervorming naar «liberaal model». *Law and Economics* wil niet hervormen, maar begrijpen. Haar eerste ambitie is te komen tot een beter inzicht in rechtsregels en -instituten. Slechts wie begrijpt kan zinvol over hervormingen praten. Een economische analyse kan het belangenconflict in die hervormingsdialoog blootleggen, maar zal nooit een allesomvattende norm voor de beslechting van zulke conflicten kunnen aangeven. Geenszins is «efficiency» als een dergelijke norm bedoeld.

Voorgaande opvattingen worden gedeeld door de meest vooraanstaande auteurs van de *Chicago School*. Frank

Easterbrook omschrijft de doelstellingen van de economische analyse als volgt: «Economic analysis of law by and large seeks not to upset but to understand the legal system and the activities that the system regulates. Economists, like anthropologists, suspect that any arrangement that persists for many years among many people must be doing something good»⁴⁸. Ook voor Richard Posner is de positieve economische analyse — de verklaring van regels en resultaten van het juridisch systeem zoals dit in werkelijkheid bestaat — belangrijker dan de normatieve. Deze laatste is noodzakelijkerwijze beperkt qua draagwijdte. Bijzonder verhelderend is het enkele door Kruithof niet geciteerde passages weer te geven. «Since economics yields no answer to the question whether the existing distribution of income and wealth is good or bad, just or unjust (...), neither does it yield an answer to the ultimate question whether an efficient allocation of resources would be good, just, or otherwise socially or ethically desirable (...). The economist's competence in a discussion of the legal system thus is strictly limited (...). He cannot prescribe social change»⁴⁹. Door Posner te kwalificeren als een dereguleringsprofeet die de maatschappelijke doelstellingen wil veranderd zien, wordt ook de draagwijdte van zijn bijdragen die specifiek over regulering handelen⁵⁰ miskend.

12. Over het belang van de economische analyse van het recht op normatief vlak zullen niet de beoefenaren van de discipline, maar wel de reële beleidsmakers (politici, belangengroepen?) beslissen. Blanco vrijbrieven voor het opheffen van reguleringen of een ongenueanceerd pleidooi voor zo weinig mogelijk regulering zal men in de literatuur niet kunnen vinden. Een economische analyse van het recht kan net zo goed argumenten voor als argumenten tegen regulering opleveren. Ook kan de analyse indicaties bevatten over de aard van de te verkiezen regel: bijvoorbeeld aansprakelijkheidsrecht of rechtstreekse regulering van veiligheid⁵¹.

Verder is de waarde van de economische analyse op normatief vlak noodzakelijkerwijze beperkt wegens de gehanteerde concepten. Pareto-efficiëntie is grotendeels onge-

⁴⁸ EASTERBROOK, F., «Afterword: Knowledge and Answers», *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, 1117.

⁴⁹ POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1977, 10.

⁵⁰ Storend is vooral dat Kruithof de bijdragen van Posner die specifiek over regulering handelen niet schijnt te kennen (POSNER, R., «Theories of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics*, Vol. 5, 1974, 335-358). In een bijdrage samen met Landes beschrijft Posner regulering als een politiek contract dat door rechters wordt afgedwongen, zonder daar enige conclusie op dereguleringsvlak aan toe te voegen (LANDES, W. en POSNER, R., «The independent Judiciary in an Interest Group Perspective», *Journal of Law and Economics*, Vol. 18, 1975, 875-901). Ook Easterbrook beweert dat rechters de «deals» tussen politici en belangengroepen moeten opsporen en doen naleven. Hij geeft geen theoretische rechtvaardiging voor deze reguleringsvriendelijke visie (EASTERBROOK, F., «The Supreme Court and the Economic System», *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1984, 15).

⁵¹ Bv. SHAVELL, S., «Liability for Harm versus Regulation of Safety», *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, 1984, 357-374; SHAVELL, S., «A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation», *The Rand Journal of Economics*, Vol. 15, 1984, 271-280; SKOGH, G., «Public Insurance and Accident Prevention», *International Review of Law and Economics*, Vol. 2, 1982, 67-80.

⁴⁴ KRUIHOF, R., o.c., 2761.

⁴⁵ KRUIHOF, R., o.c., *ibid.*

⁴⁶ KRUIHOF, R., o.c., 2764.

⁴⁷ Een regulering is effectief als ze haar vooropgesteld doel (bv. bescherming van een kleine handelaar) bereikt, maar kan daarnaast grote inefficiënties veroorzaken (bv. creëren van markttoegangshindernissen die inefficiënte handelaren kunstmatige overlevingskansen bieden).

schikt als norm voor beleidsmakers. De toepassing van het criterium veronderstelt het berekenen van individuele nutsfuncties bij onverschillig welke beleidswijziging, hoe triviaal ook. Omdat het zeer moeilijk is de welvaart van individuen te vergelijken, is een ander concept van efficiëntie uitgewerkt («Kaldor-Hicks efficiency»). Een politiek is «Kaldor-Hicks efficient» indien diegenen die erbij winnen diegenen die erbij verliezen kunnen compenseren en er toch nog beter aan toe zijn⁵². Dit concept vormt de theoretische basis voor kosten-batenanalyse van rechtsregels — net zoals een sociologische, anthropologische of politicologische benadering van het rechtsfenomeen — zeer nuttig kan zijn⁵³. Wie, in een beleidsoordeel, wil zeggen dat de kosten van rechtsregels de baten moeten overtreffen, mag echter niet vergeten dat verliezers van «efficiënte» wettelijke hervormingen ongecompenseerd blijven voor hun verlies, zodat de «Kaldor Hicks»-benadering vrij drastische «onbillijke» herverdelingen van inkomsten tot gevolg kan hebben. Anderzijds zullen doorgedreven kosten- en batenanalyses, die resulteren in sluitende deregulerings- of herreguleringsadviezen, niet altijd kunnen worden uitgevoerd wanneer men de onderscheiden kosten en baten in geldwaarden wil uitgedrukt zien. Zeker wanneer kosten- en batenanalyses van rechtsregels moeten worden gemaakt, kan dit waarderingsprobleem bijzonder groot zijn wegens «wealth effects»⁵⁴.

Een verder probleem is dat de efficiëntie-analyse de bestaande verdeling van inkomens als gegeven beschouwt. Het is niet uitgesloten dat een andere verdeling vanuit sociaal of ethisch standpunt «billijker» is of dat een wijziging van het rechtssysteem die de efficiëntie vergroot, minder wenselijk is omdat ze leidt tot een minder billijke verdeling van rechten en inkomens.

Met het voorgaande wil niet gezegd zijn dat aan de economische analyse van het recht geen normatieve waarde toekomt. Juristen en beleidsmakers zouden in dat geval kunnen concluderen dat zij er weinig boodschap aan hebben. De normatieve waarde is wel aanwezig, maar ze is beperkt. De beperktheid impliceert echter geenszins dat wat de economische analyse voor de beleidsdialoog kan bijbrengen onbelangrijk is. Het tegendeel is waar. In de eerste plaats maakt de analyse de onderliggende belangenconflicten duidelijk. Rechtsregels bestaan wegens het conflicterend gebruik van schaarse middelen. Een economische analyse leert de ware winners en verliezers van reglementering kennen. Reguleringen veroorzaken vaak hoge kosten die niet altijd worden gedragen door diegenen die van de rechtsnormen profiteren. Ook deze «onrechtvaardigheden» kunnen worden opgespoord. Vervolgens kan een positieve economische analyse van het recht als basis dienen om naar meer efficiënte oplossingen op zoek te gaan indien geen andere waarden in het spel zijn of wanneer die andere waarden ook kunnen worden gerealiseerd ten koste van minder inefficiëntie. Ten slotte kan de vraag worden gesteld of efficiëntie geen betere norm is dan «rechtvaardigheid» of «billijkheid» als het gaat om materies waar via rechtsregels geen herverdeling van inkomens kan worden

bewerkstelligd. Als herverdeling moeilijk of duur is, ontstaat er een afruil («trade-off») tussen efficiëntie en distributieve rechtvaardigheid.

En de «zwakke» contractant?

13. Om de algemene kritiek van Kruithof op de economische analyse van het recht te beantwoorden, was reeds meer ruimte nodig dan voor een reactie in dit tijdschrift gebruikelijk is. Wat de specifieke problematiek van de economische analyse van het contractenrecht betreft, moeten wij ons daarom beperken tot enkele korte opmerkingen.

De essentie van het betoog is dat de zwakke contractant de dupe is van een economische benadering van het contractenrecht. Doordat zou worden uitgegaan van een niet bestaand stelsel van volkomen mededinging, zouden ten onrechte dereguleringsadviezen worden geformuleerd. Het afwijzen van reglementering ter voorkoming van misbruiken bij toetredingscontracten en het als «paternalistisch» van de hand wijzen van de leer der gekwalificeerde benadeling kan op markten zonder volkomen mededinging leiden tot uitbuiting van zwakken en misdeelden...⁵⁵.

Deze argumentatie toont eens te meer aan dat niet de economie, maar de jurist (onuitgesproken) veronderstellingen als basis voor een wankele analyse gebruikt. Kruithof veronderstelt, zonder enig empirisch bewijs aan te voeren, dat het gebruik van standaard- en toetredingscontracten het resultaat is van marktmacht. Zelfs wanneer een dergelijke correlatie zou bestaan, is het niet aangetoond dat het misbruik van de machtspositie de vorm aanneemt van onereuze contractvoorwaarden. Liggen prijsmisbruiken dan niet eerder voor de hand dan de gevaren waarop wordt gewezen? Wie de juridische figuur van de gekwalificeerde benadeling relateert aan monopolistische of oligopolistische markten begaat tevens een denkfout. Het exploiteren van de zwakte, onwetendheid en onervarenheid van de medecontractant wijst op een afhankelijkheidsrelatie, niet op het bestaan van machtsposities op een bepaalde markt. In de *Law and Economics*-literatuur wordt terecht het onderscheid gemaakt tussen «situational monopolies» en «market-wide monopolies». In de eerste hypothese zal de transactie niet zozeer allocatief inefficiënt zijn, maar wel «distributief onrechtvaardig»⁵⁶. Het is daarom begrijpelijk dat Posner in een onderzoek naar de economische efficiëntie van het contractenrecht, wat in wezen het voorwerp is van een positieve economische analyse van het recht, stelt dat toepassing van het leerstuk der gekwalificeerde benadeling tot inefficiënties leidt.

Men kan de bescherming van zwakken ongetwijfeld als lovenswaardig doel vooropstellen, zelfs wanneer dit in zui- vere afhankelijkheidssituaties ten koste gaat van economi-

⁵² VELJANOVSKI, C., o.c., 1984, 20.

⁵³ KRUIHOF, R., o.c., 2767.

⁵⁴ POLINSKY, A.M., o.c., 123-126.

⁵⁵ KRUIHOF, R., o.c., 2765.

⁵⁶ TREBILCOCK, M.J., «An Economic Approach to the Doctrine of Unconscionability», in *Studies in Contract Law*, REITER, B.J. en SWAN, J., eds, ook afgedrukt in OGUS, A. en VELJANOVSKI, C., o.c., 183-187. Het onderscheid relatieve marktmacht (afhankelijkheidssituatie) — absolute marktmacht is ook bekend in literatuur over het mededingingsrecht; zie VAN DEN BERGH, R., *Inkoopmacht en Prijsconcurrentie*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 351-360, met verdere verwijzingen.

sche efficiëntie. Elke geciviliseerde maatschappij is er allicht toe bereid om wat economische efficiëntie op te offeren in ruil voor meer «rechtvaardigheid». Maar dan is het wel aangewezen effectieve middelen te kiezen om dat doel te bereiken. Ook wat dit laatste punt betreft kan de economische analyse van het recht de juristen veel leren. Polinsky heeft er in het algemeen op gewezen dat herverdeling van inkomens door middel van rechtsregels tot mislukken gedoemd is in contractuele relaties. Slechts in conflicten tussen «vreemden» (partijen die niet in een contractuele of marktrelatie staan) hebben rechtsregels merkbare gevolgen in het vlak van de distributieve rechtvaardigheid⁵⁷. Wat meer specifiek het domein van het contractenrecht aangaat, zal een wetgevend tussenkomen wel enige hulp bieden aan diegenen die anders onereuze contractvoorwaarden zouden moeten respecteren, maar er toch niet volledig in kunnen slagen «zwakken» een groter deel van de kleinere (want: inefficiënte) koek te geven. Wanneer verkopers vlugger rechtsvorderingen wegens het gebruik van bezwarende contractvoorwaarden moeten vrezen, zullen zij hun gedrag dienovereenkomstig aanpassen. Zij zullen allicht weigeren zaken te doen met groepen die slechte risico's vormen of, wat nog meer voor de hand ligt, de prijs doen stijgen van de aangeboden producten en diensten⁵⁸. Deze tekorten kunnen beter door het mededingingsrecht dan door een regulering van contractuele verhoudingen worden bestreden.

Wat ten slotte het probleem der strafbedingen betreft, heeft Kruithof vroeger zelf reeds geschreven dat «er geen dwingende maatschappelijke behoefte bestaat om echte boetebedingen in onderhandelingscontracten zonder meer te verbieden»⁵⁹. Het verbaast ons dat hij deze openheid nu niet tegenover Posner's argumentatie wil aanhouden. Posner waarschuwt enkel voor een ongenueanceerde toepassing van het «duress»-argument⁶⁰. Uit de geciteerde passage kan niet worden afgeleid dat Posner ook bedingen waarbij er een klaarblijkelijke wanverhouding bestaat tussen de niet vrijwillig overeengekomen boete en de werkelijke schade wil toelaten. Een vrijwillig overeengekomen strafbeding dat fungeert als dwangmiddel ten aanzien van een schuldenaar wiens kunde of kredietwaardigheid betwijfeld wordt, noemt Posner wel efficiënt. De standpunten zijn dus minder ver van elkaar verwijderd dan de rede doet uitkomen.

Besluit

14. Kruithof heeft een (heel) kromme stok gebruikt om de economische analyse van het recht te slaan. En zoals het citaat uit de Bijbel het reeds heeft aangekondigd: hij heeft met zijn kromme stok krom geslagen. De afwijzing van sommige economische analyses als «onwetenschappelijk» is gebaseerd op een karikaturale voorstelling van *Law and Economics*. Hier is aangetoond dat geen enkele zin van de gehele passage gewijd aan het economisch model de toets kan doorstaan aan wat de economische analyse van het recht in werkelijkheid voorhoudt. Slechts de citaten uit het werk van Posner behelzen juiste indicaties over de economische benadering van rechtsregels. De geciteerde passages werden echter uit hun verband gerukt en de toelichtingen en nuanceringsen, die Posner aan zijn stellingen toevoegt, werden weggelaten. Verder is de typering van *Law and Economics* als een dereguleringsbeweging die opteert voor een liberale maatschappij met zo weinig mogelijk regulering en vertrouwen in de «volkomen mededinging» een miskenning van de ware inhoud van de literatuur.

Een wetenschappelijke theorie, die bijdraagt dat een beter begrip van rechtsregels en rechtssinstituten en waarvan vertegenwoordigers reeds met een Nobelprijs werden bekroond (George Sitgler en recent James Buchanan), kan vanzelfsprekend niet worden weggeschreven door een verkeerde en onvolledige weergave van de omvangrijke literatuur. *In dubio pro reo*: misschien heeft de feestredenaar de boodschap van de economische analyse van het recht verkeerd begrepen. Misverstanden kunnen echter niet de scherpte van zijn standpunt goedmaken. Misschien kan zijn «overreactie» ook verklaard worden door de onuitgesproken vrees dat de resultaten van de analyse in een andere onvolledige en ongenueanceerde weergave, die van politieke slogans, de evolutie van het recht ongunstig zouden kunnen beïnvloeden. Wat er ook van zij: of een kritiek nu steunt op onbegrip of op onuitgesproken vrees, een betichting van «onwetenschappelijkheid» is wel het laatste dat men van dergelijke kritiek kan aanvaarden.

Toch mag deze bijdrage met een positieve noot eindigen. Dat een eminent jurist op het Congres van de Vlaamse Juristenvereniging de aandacht vestigt op het belang van de economische analyse van het recht, kan slechts de interesse voor de benaderingswijze doen toenemen. Vooruitgang in de wetenschap wordt meestal geboekt op het grensgebied van twee disciplines. Met enige bijscholing in economie zullen juristen, die nu de benadering afwijzen, tot een betere appreciatie van de economische analyse van het recht kunnen komen. Op termijn zullen de eerder begane vergissingen slechts een momentopname zijn uit het proces van het geleidelijk aan verwerven van economische inzichten met betrekking tot het recht.

Roger VAN DEN BERGH
Werkleider Departement Rechten U.I.A.
Docent Handelshogeschool Antwerpen

Dirk HEREMANS
Gewoon Hoogleraar Faculteit Economie
K.U.Leuven

⁵⁷ POLINSKY, A.M., o.c., 105-113.

⁵⁸ In een typische Coase-situatie zullen de *ex ante* distributieve effecten van rechtsregels overigens verdwijnen. Zie FAURE, M., «Commentaar bij de Paper van dr. Jan C. Bongaerts: Coase en Productenaansprakelijkheid», in *Verslagboek Eerste Werkvergadering Recht en Economie*, Antwerpen, Handelshogeschool, 1986, 34.

⁵⁹ KRUIHOF, R., «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen», T.P.R., 1983, 688.

⁶⁰ KRONMAN, A. en POSNER, R., *The Economics of Contract Law*, Boston, 1979, 260-261. Ook Epstein waarschuwt voor de «substantive unconscionability»-doctrine die de contractuele vrijheid beperkt in een mate die meer kwaad doet dan goed (EPSTEIN, R., «Unconscionability: A Critical Reappraisal», *Journal of Law and Economics*, Vol. 18, 1975, 305-315).

Naschrift

1. Met veel belangstelling heb ik kennis genomen van de kritische reactie van de professoren R. Van den Bergh en D. Heremans op de passages gewijd aan de *Law and Economics*-beweging in de feestrede «Leven en dood van het contract» die ik mocht houden op het 32e Congres van de Vlaamse Juristenvereniging.

De door hen uitgebrachte kritiek is zwaar: ik zou geen «steve kennis» bezitten van de economische analyse; mijn beoordeling van die economische analyse van het recht zou «onevenwichtig» zijn; ik zou een «karikaturaal beeld» van genoemde beweging hebben opgehangen en niet getuigen van «wetenschappelijke openheid»; ik zou «een (heel) kromme stok gebruikt hebben om de economische analyse van het recht te slaan»; enz., enz. En zij komen tot het besluit: «Hier is aangetoond dat geen enkele zin van de gehele passage (in de feestrede) gewijd aan het economisch model de toets kan doorstaan van wat de economische analyse van het recht in werkelijkheid voorhoudt.» Ik moet zeggen dat ik er beduusd van was!

Alvorens een poging te wagen deze frontale aanval af te slaan wil ik mijn waardering uiten voor de kwaliteit van het geschrift van de professoren Van den Bergh en Heremans. Zij hebben mijn betoog op een aantal punten op heldere en verantwoorde wijze aangevuld, gepreciseerd, genuanceerd en een enkele keer ook terecht bekritiseerd.

Dit neemt echter niet weg dat ik de door Posner verdeelde stellingen — en dus ook de opvattingen van de andere beoefenaars van *Law and Economics* voor zover zij diens stellingen onderschrijven — radicaal blijf afwijzen. En hiermee raak ik onmiddellijk een fundamenteel misverstand aan: mijn opponenten interpreteren de kritiek op Posner als een kritiek op de *Law and Economics*-beweging als zodanig, alhoewel ik duidelijk het tegendeel heb beweerd (nr. 21 in fine, k. 2767). Zij weten echter dat er binnen die beweging verschillende scholen bestaan en dat ook vooraanstaande beoefenaars van de economische analyse van het recht, zoals C.G. Veljanovski en R. MacKaay, vlijmscherpe kritiek hebben geuit op Posner en de zijnen. In mijn rede heb ik daar verschillende keren op gewezen (zie o.m. noten 123, 124 en 144 en de daarbij horende teksten). Wanneer mijn opponenten dus Posner grotendeels vereenzelvigen met de *New Law and Economics*-beweging, dan hangen zij m.i. een karikaturaal beeld op van die beweging. Er blijkt ook uit dat mijn opponenten zich in die controverse — geheel of ten dele — aan de zijde van Posner willen scharen en er blijkbaar voor zullen ijveren dat de *New Law and Economics*-beweging in België in deze zin georiënteerd wordt of blijft. Daarvan neem ik akte.

2. In wat hierna volgt, beperk ik mij dus tot de theorie ontwikkeld door Posner¹. Ik zal ook niet ingaan op details, maar mij tot de hoofdlijnen beperken. Uiteraard zal aan-

dacht worden besteed aan de door ondergetekende op Posner uitgebrachte kritiek en aan de reactie daarop van mijn opponenten.

Posner's opvattingen steunen in ruime mate op het *Neo-Klassiek Economisch Model*. Mijn opponenten wijzen erop dat Posner op minstens één punt dit model afwijst, nl. het voorhanden zijn van een marktsituatie waar *volkomen mededinging* bestaat. In zijn boek *Economic analysis of Law* spreekt Posner over «competition» zonder te preciseren of het om «perfect competition», «workable competition» of een andere vorm van concurrentie gaat, zodat ik aannam dat Posner — zoals de meeste andere beoefenaars van de economische analyse van het recht² — daarmee volmaakte mededinging bedoelde. Ter ondersteuning van hun interpretatie verwijzen mijn opponenten slechts naar een passage in Posner's analyse van standaardcontracten³. Alhoewel hun zienswijze dus niet evident is, wil ik die toch als mogelijkheid aanvaarden, al was het maar omdat Posner zich bij een andere gelegenheid ook tevreden heeft gesteld met «actual markets that are free from serious problems of monopoly or externality»⁴. Maar daarmee is men niet uit de problemen, want ook dit uitgangspunt geeft een vertekend beeld van de werkelijkheid. Het gelijkschakelen van alle marktvormen — uitgezonderd monopolie en dan nog — in het model miskent een zeer omvangrijke economische literatuur ter zake, literatuur waarop trouwens een belangrijk gedeelte van het kartelrecht gegrondvest is. In zijn doctoraatsproefschrift «Inkoopmacht en prijsconcurrentie» gaat Van den Bergh trouwens zelf uit van de verschillende marktvormen en marktgedragingen en zijn de conclusies van zijn onderzoek daarop in belangrijke mate gegrondvest⁵.

In dit licht dient mijn kritiek op Posner i.v.m. toetredingscontracten te worden gelezen. Posner stelt dat standaardbedingen enkel voordelen voor de marktdeelnemers bieden zo er nog enige vorm van concurrentie bestaat. Daar een zuiver monopolie slechts zeer uitzonderlijk is, komt dat erop neer dat misbruiken inzake standaardbedingen niet bestaan of door het marktmechanisme automatisch opgelost zullen worden. «Nous vivons dans le meilleur des mondes possibles»! Iedere rechtspracticus weet dat dat niet met de werkelijkheid strookt: misbruiken ter zake zijn legio. Ik heb de mogelijkheid geopperd dat deze misbruiken samen kunnen hangen met de marktvorm, m.n. oligopolie en monopolistische concurrentie, m.a.w. met marktmacht. In een oligopolie zijn er slechts enkele aanbieders, maar door produktifferentiatie verkrijgen deze aanbieders een bepaalde macht op de markt. In mijn feestrede heb ik beide als duidelijk te onderscheiden mededingingsbeperkende marktvormen vermeld. Uiteraard zal in de praktijk vaak een combi-

¹ In hoofdzaak heb ik mij gebaseerd op de volgende werken: POSNER, R.A., *Economics Analysis of Law*, Boston, 1977; KRONMAN, A.T. en POSNER, R.A., *The Economics of Contract Law*, Boston, 1979; POSNER, R.A., «Utilitarianism, Economics and Legal Theory», *Journal Economics of Justice*, Cambridge en Londen, 1981.

² Zie o.m. VELJANOVSKI, C.G., *The New Law-And-Economics. A Research Review*, Oxford, 1982, p. 35-37; BURROWS, P. en VELJANOVSKI, C.G., *The Economic Approach to Law*, Londen, 1981, p. 8; MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Boston, s.d., p. 18 e.v.

³ POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, p. 85.

⁴ POSNER, R.A., o.c., *Journal of Legal Studies*, 1979, 129-130.

⁵ VAN DEN BERGH, R., *Inkoopmacht en prijsconcurrentie*, Antwerpen, 1982, i.h.b., p. 581 e.v.

natie van beide verschijnselen zich voordoen⁶. Deze macht op de markt — waardoor de concurrentiedruk veelal vermindert — kan een aanbieder of kunnen de aanbieders o.m. gebruiken om eenzijdige algemene voorwaarden aan de consumenten op te leggen. Ik heb niet beweerd dat dit de enige mogelijke oorzaak is van de misbruiken inzake standaardbedingen. Ongetwijfeld spelen de gebrekkige informatie van de doorsnee-consument, de moeilijkheid om een groot aantal consumenten in consumentenbonden te verenigen en andere factoren ter zake een grote rol. Dat het verband dat ik gelegd heb tussen genoemde marktvormen en het verschijnsel standaardbedingen niet zo vreemd is als mijn opponenten beweren, kan ik ten slotte nog staven door te verwijzen naar de Duitse kartelwetgeving en de zeer omvangrijke literatuur die in de Bondsrepubliek aan het fenomeen van de *Konditionenkartelle* is gewijd⁷.

3. Posner gaat voorts van de vooronderstelling uit dat het individu over alle nuttige informatie beschikt en een wezen is dat zich rationeel gedraagt. Hij schrijft: «Man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions — what we shall call his 'self interest'»⁸. Dit individu, streeft dus alleen zijn eigenbelang na en neemt die beslissingen die hem in de gegeven omstandigheden het grootste voordeel opleveren («utility and profit maximization»)⁹. Zijn de beslissingen van het individu ook «efficiënt» te noemen? «Efficiënt» betekent, volgens Posner, het gebruik van schaarse resources op een wijze die aan individuen de grootste waarde — gemeten in de bereidheid tot betalen — oplevert¹⁰. Daar de mens een «rational maximizer is of his

⁶ Ik heb het begrip «monopolistische concurrentie» gebruikt in de betekenis die ook mijn opponenten daaraan geven. De lezer die mocht denken — zoals Van den Bergh en Heremans — dat ik niet erg vertrouwd ben met deze economische begrippen, verwijs ik gaarne naar mijn boek *De verticale prijsbinding van merkartikelen*, Brussel, 1973, p. 43-58.

⁷ Zie §§ 2 en 12 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; IM-MENGA en MESTMACKER, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München, 1981, p. 180 e.v. en de literatuurlijst aldaar.

Opgemerkt dient nog dat E.H. Hondius de problematiek van de standaardbedingen benadert vanuit de door J.K. Galbraith ontwikkelde economische *Countervailing Power*-theorie (*Standaardvoorwaarden*, Deventer, 1977, p. 320 e.v.). Deze economische benaderingswijze — die mij veel meer aanspreekt — laat ik hier verder buiten beschouwing. Zie ook d'URSEL, L., «L'analyse économique du droit des contrats», *Rev. interd. Jur.*, 1985, nr. 14, p. 77-80.

Ten slotte wil ik benadrukken dat er aan het verschijnsel standaardbedingen ook zeer grote voordelen verbonden zijn. Alleen de misbruiken waartoe toetredingscontracten kunnen leiden, bestrijd ik. Zie KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 444-445.

⁸ POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, p. 3. Terloops zij opgemerkt dat mijn opponenten mij verwijten dat ik ter zake het woord «eigenbelang» heb gebruikt. De lezer kan vaststellen dat ook Posner deze term gebruikt («self-interest»). Uiteraard is het niet onmogelijk dat de mens zich uit eigenbelang tot op zekere hoogte altruïstisch zou gedragen. Dat de mens dit alleen om die reden zou doen, verraadt een zeer pessimistische levensvisie die ik niet deel.

⁹ O.c., p. 4-6.

¹⁰ «Efficiency means exploiting economic resources in such a way that 'value' — human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services — is maxi-

ends» — m.a.w. daar verondersteld wordt dat ieder mens de beste beoordelaar is van wat voor hem goed of slecht is —, luidt het antwoord op bovengenoemde vraag bevestigend: «where resources are shifted pursuant to a voluntary transaction, we can be reasonably confident that the shift involves a net increase in efficiency»¹¹. Uitgaande van de vooronderstelling dat de samenleving te herleiden is tot de som van de individuen die er deel van uitmaken, komt Posner tot het besluit dat wat goed is voor de individuen, goed is voor de maatschappij in haar geheel. Uiteindelijk betekent dit dat de «utility and profit maximization» van de individuen leidt tot de «maximization of wealth» van de samenleving, d.i. tot welvaartsmaximalisatie. «The existence of a market — a locus of opportunities for mutually advantageous exchanges — facilitates the allocation of the good or service in question to the use in which it is most valuable, thereby maximizing the wealth of a society»¹².

Ook deze op heel wat vooronderstellingen gebaseerde redenering heb ik in mijn rede scherp bekritiseerd. Mijn opponenten beweren dat deze kritiek ongegrond is, zodat ik er wat dieper op moet ingaan.

Een eerste dubieuze vooronderstelling waarop Posner's theorie rust, is dat ieder individu over de nuttige informatie beschikt om de beslissingen te nemen die leiden tot «profit and utility maximization». «Market efficiency — zo schrijft Veljanovski — relies on informed choice, an assumption clearly violated in practice. Imperfect information gives rise to a number of dysfunctions in the marketplace that may call for public intervention»¹³. Het is evident dat een individu dat over onvolledige of verkeerde informatie beschikt, beslissingen kan nemen die strijdig zijn met zijn «self-interest»¹⁴. Objectief gezien is hier dan geen sprake meer van «rationeel gedrag» — zelfs in de ruimste zin van het woord, omdat de gedane keuze niet meer «consistent» is — en ook niet meer van «profit and utility maximization», en dus van «maximization of wealth».

Hetzelfde geldt voor de vooronderstelling dat ieder individu rationeel handelt, een «rational maximizer of his ends in life» is. Men zou kunnen denken dat hiermee bedoeld wordt dat ieder mens geacht worde «redelijk», «weldoordacht», «zakelijk verantwoord» en «wetenschappelijk gebaseerd» te handelen — omschrijvingen van het begrip rationeel in *Van Dale's Nieuw Handwoordenboek der Neder-*

zed» (o.c., p. 10). Mijn opponenten wijzen erop dat ik ten onrechte «efficiency» en «effectiviteit» als synoniemen heb gebruikt. Dat is juist. Praktisch belang vertoont deze kritiek echter niet, daar ik effectiviteit in de zin van efficiëntie heb gebruikt en niet omgekeerd.

¹¹ O.c., p. 11.

¹² KRONMAN, A.T. en POSNER, A., o.c., p. 2.

¹³ VELJANOVSKI, C.G., *The New Law-And-Economics*, p. 46; zie ook VAN OEVELEN, A., «Enige bedenkingen van een jurist bij de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht», in *Leerstoel A. Van Melkebeke: Verslagboek eerste werkvergadering recht en economie*, Antwerpen, 1986, p. 22-23.

¹⁴ «... if they (the consumers) are unable to distinguish the quality (including warranty terms) of products, they may end up with shoddy goods at low prices even though they would prefer higher quality goods at higher prices» (X, «Efficiency and a rule of 'free contract': a critique of two models of law and economics», *Harvard Law Review*, 1984, 984).

landse taal, maar dan heeft men het helemaal verkeerd voor, want — zo schrijven Van den Bergh en Heremans — «gekken die zich in de zon met water besprenkelen omdat zij vrezen anders te zullen verbranden handelen rationeel in de economische betekenis van het woord». In het licht van het voorgaande is het duidelijk dat begrippen als «utility and profit maximization», «efficiency» and «maximization of wealth» hier een heel andere betekenis krijgen dan de gebruikte woorden laten veronderstellen. Dat de beslissingen van gekken leiden tot «een grotere koek» — om de terminologie van R. Van den Bergh te gebruiken¹⁵ — m.a.w. tot grotere economische welvaart, is voor sommigen die een «stevige kennis van de economie» bezitten misschien evident, maar voor anderen een misleidende voorstelling van zaken. Maar als «rationeel» hier dan niet «redelijk» in objectieve zin betekent, wat wordt er dan wél mee bedoeld? Veljanovski geeft ons het antwoord: «It (deze theorie) does not attempt to explain why individuals prefer particular things or to imply that the choices made are 'good' in any other sense than as subjectively assessed by the individuals concerned. That is, it is assumed the individual is the best judge of his own welfare — the notion of consumer sovereignty»¹⁶. Het gaat hier dus om een *subjectief criterium* en men neemt daarbij aan dat ieder individu «consistente keuzen» maakt, d.w.z. steeds de winsten tracht te maximaliseren en de kosten poogt te minimaliseren¹⁷. Posner en Veljanovski geven echter toe dat ook deze veronderstelling niet realistisch is. «The basic economic assumption — aldus Posner — that human behavior is rational and selfinterested seems contradicted by introspection and other experience of everyday life»¹⁸. En Veljanovski stelt zonder meer dat «the economist's model of man as a rational actor is a 'fiction'»¹⁹. Hij spreekt dan ook van een «utility maximizing postulate»: «it does not assert that individuals consciously calculate the costs and benefits of all actions, only that their behaviour can be explained 'as if' they did so»²⁰. Afgezien van de vraag hoe ons gedrag objectief moet worden beoordeeld, is er dus het feit dat ieder van ons regelmatig subjectief ervaart dat hij onjuiste, onredelijke, inconsequente, inconsistente, onlogische en overhaaste besluiten neemt. Hoe groot dat aantal «irrationele» beslissingen gemiddeld is in het totaal aantal beslissingen dat een individu neemt, weet ik niet, maar het opzij zetten van deze beslissingen is een werkelijkheidsvreemde vooronderstelling. In dit verband dient er nog op gewezen te worden dat men het «rationele» of «goede» karakter van de beslissing van het individu beoordeelt op het ogenblik dat dit individu zijn besluit neemt. Dit is een *ex ante* benadering. Het is echter mogelijk dat datzelfde individu diezelfde beslissing achteraf — *ex post* benadering — helemaal anders beoordeelt. Immers, zijn keuze steunde misschien op verwachtingen en overtuigingen die achteraf

niet bewaarheid zijn geworden. P. Burrows en C.G. Veljanovski drukken het als volgt uit: «Individuals are assumed to maximize their expected utility on the basis of their beliefs about uncertain events. On the basis of these beliefs individuals will make choices that *ex ante* will be efficient but *ex post* may not be if beliefs are not confirmed by experience»²¹. Ook in deze hypothese zijn er dus heel wat keuzen die volgens het gebruikte model «efficiënt» genoemd worden, maar die dat in werkelijkheid niet blijken te zijn. Ook in deze gevallen is er van «maximization of wealth» dus geen sprake. En daarbij wil ik nog eens onderstrepen dat «maximization of wealth» en «efficiency» begrippen zijn die in een subjectieve context moeten worden geplaatst en dus niet, zoals door R. Van den Bergh wordt beweerd, zonder meer gelijkgesteld mogen worden met een objectief «grotere (economische) koek», d.w.z. met economische vooruitgang.

Een ander punt in Posner's theorie waarmee ik het moeilijk heb, is zijn zuiver individualistische benadering van de maatschappij. Hij veronachtzaamt de rol van *sociale groepen en structuren*: de maatschappij is slechts de som van de individuen die er deel van uitmaken en de beslissingen van groepen zijn niets anders dan de beslissingen van de individuen die van die groepen deel uitmaken. Op deze wijze miskent hij de sociologische visie dat groepen dikwijls een autonoom bestaan hebben en het gedrag van individuen vaak beïnvloeden en soms zelfs bepalen²². Het tegenargument van Van den Bergh en Heremans dat het hier gaat om een economisch model dat juist groepsgegedrag wil verklaren, overtuigt niet, daar deze verklaring van het groepsgegedrag uitsluitend steunt op wat «methodologisch individualisme» wordt genoemd. Het voorgaande impliceert ook dat Posner lichtvaardig een micro-economische redenering doortrekt op macro-economisch vlak.

Een even wezenlijke kritiek op het gebruikte economische model is dat geen rekening wordt gehouden met de *initiële verdeling van rijkdommen*. Deze verdeling wordt als een gegeven beschouwd. Bij zijn definitie van «efficiency» gaat Posner uit van de «consumer willingness to pay for goods and services»; *bereidheid tot betalen* impliceert echter de *mogelijkheid* om te betalen. Iemand die voedsel heeft, zal er niet voor *willen* betalen, terwijl iemand die geen voedsel heeft er wél voor wil betalen maar er misschien niet voor *kan* betalen²³. Daarenboven is het ook niet zeker dat een vrijwillige transactie beide partijen evenveel voordeel zal bieden. Het is niet uitgesloten dat de rijken, de machtigen en de meer ontwikkelden er meer profijt uit zullen putten dan de anderen, zodat de inkomensongelijkheid erdoor toeneemt²⁴.

²¹ *Ibid.*, p. 5.

²² Zie hierover MACKAAY, E., o.c., p. 16-17.

²³ «Most of the economic analysis of law ignores issues of distributive justice and equity. This has, with justification, been criticized. Many efficiency analysts treat this criticism as irrelevant arguing that the efficiency criterion is value-free and independent of the wealth distribution question. Both these propositions are incorrect» (VELJANOVSKI, C.G., *The New Law-and-Economics*, p. 42). Zie ook DWORKIN, R.M., «Is wealth a value?», *Journal of Legal Studies*, 1979, 208-209; X, «Efficiency and a rule of 'free contract': a critique of two models of law and economics», *Harvard Law Review*, 1984, 982 e.v.; MACKAAY, E., o.c., p. 12.

²⁴ Zie MACKAAY, E., o.c., p. 25 en de verwijzingen aldaar.

¹⁵ Interview in *Trends*, 14 november 1986, p. 99-100. Zie ook in de tekst van mijn opponenten nr. 13 («kleinere koek»).

¹⁶ O.c., p. 27.

¹⁷ *Ibid.*, p. 29. Ook gaat men uit van de veronderstelling dat de «tastes and preferences» van de individuen dezelfde blijven. VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 29.

¹⁸ POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, p. 12.

¹⁹ VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 27.

²⁰ BURROWS, P. en VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 4.

4. Mijn kritiek op het door Posner gehanteerde Neo-Klassieke Economische Model verwerpen mijn opponenten op grond van het argument dat ik in feite elk wetenschappelijk onderzoek zou afwijzen, daar dit slechts kan geschieden op basis van modellen, abstracties en theorieën. Mijn kritiek zou niet alleen Posner gelden, maar de economische wetenschap als dusdanig, ja zou de waarde van elke sociale wetenschap ontkennen.

De zorgvuldige beschrijving die Van den Bergh en Heremans geven van het nut van modellen, abstracties en theorievorming voor de sociale wetenschappen — de rechtswetenschap inbegrepen — onderschrijf ik in grote lijnen. In mijn rede ging het echter niet om het gebruik van modellen in de wetenschap in het algemeen, maar om het gebruik van het Neo-Klassiek Economisch Model door Posner als bewijs van zijn stellingen dat «wealth maximization» en «efficiency» gerealiseerd dankzij het vrije marktmechanisme (meer bepaald een stelsel van «voluntary transactions», d.i. contractsvrijheid) de economische basisnorm en zelfs het maatschappelijke richtsnoer bij uitstek moeten vormen. Die kritiek op Posner's normatieve economische analyse van het recht, handhaaf ik volledig.

«De enige aanvaardbare kritiek — zo schrijven Van den Bergh en Heremans terecht — is dat de economische analyse zou verwaarlozen bepaalde factoren in de analyse te betrekken die van invloed zijn op de uitkomsten en daarom de analyse onvolkomen maken». Dat is wat ik meen gedaan te hebben: een algemene economische theorie, een algemene maatschappijleer bewijst men niet met een economisch model dat op tal van wezenlijke punten op wereld- en werkelijkheidsvreemde veronderstellingen berust²⁵.

Posner — en mijn opponenten schijnen zijn mening te delen — reageert daarop met de erkenning dat zijn vooronderstellingen weliswaar tot op zekere hoogte «oversimplified and unrealistic» zijn, maar dat empirische gegevens zijn stellingen bewijzen²⁶. Nu moet men met empirische gegevens altijd zeer voorzichtig zijn, daar feiten vaak op heel uiteenlopende wijzen «verklaard» kunnen worden. Wanneer Posner bv. beweert dat heel wat *Common Law*-regels inzake het contractenrecht beantwoorden aan het *efficiency*-vereiste²⁷, dan beschouwt hij dat als empirisch bewijsmateriaal voor zijn theorie. M.i. ligt een andere verklaring echter méér voor de hand: 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 verwantschap vertoont — als juridische beleidsnorm gold²⁸.

Verschillende auteurs hebben er trouwens op gewezen dat het door Posner aangedragen empirisch bewijsmateriaal niet indrukwekkend is²⁹. Zo schrijft de auteur van een studie in de *Harvard Law Review* dat «Chicago analysts typically offer only weak, if any, empirical evidence to support these assumptions»³⁰. En Veljanovski — ongetwijfeld één van de meest vooraanstaande beoefenaars van de economische analyse van het recht — schrijft: «... the new law-and-economics must, at this stage, be judged a failure. There is very little evidence supporting the descriptive models of law, and the literature abounds with unsubstantiated empirical assertions»³¹.

In mijn rede heb ik overigens benadrukt dat tijdens de 19e eeuw het Klassiek Economisch Model van A. Smith e.a. — waarmee het Neo-Klassiek Economisch Model grote verwantschap vertoont — tot maatschappelijke norm werd verheven en dat de resultaten daarvan niet onverdeeld gunstig waren; erger nog, het stelsel bleek noch politiek, noch sociaal, noch economisch houdbaar te zijn. Waarom zou de toepassing van het Neo-Klassiek Economisch Model nu ineens wél succesrijk zijn? Trouwens, nooit in de geschiedenis van de mensheid is de economische groei zo groot geweest in de Westerse landen als in de periode 1945-1970, een periode waarvan mijn opponenten niet zullen beweren dat hierin genoemd economisch model als hoogste norm gold.

Uit het voorgaande blijkt m.i. dat Posner noch het *a priori* noch het *a posteriori* wetenschappelijk bewijs van de gegrondheid van zijn economische en maatschappijvisie levert. Ik blijf er dan ook bij dat Posner met een kromme stok slaat en dat hij met die stok niet recht maar scheef slaat.

5. Maar daarmee heb ik de hoofdkritiek van mijn opponenten niet volledig ontzenuwd. Van den Bergh en Heremans schrijven immers het volgende: «Het zij duidelijk gesteld en benadrukt: *Law and Economics* is geen dereguleringsbeweging: de economische analyse van het recht beoogt geen maatschappijhervorming naar 'liberaal model'. *Law and Economics* wil niet hervormen, maar begrijpen» (nr. 11). «Blanco vrijbrieven voor het opheffen van reguleringen of een ongenueanceerd pleidooi voor zo weinig mogelijk regulering zal men in de literatuur niet kunnen vinden» (nr. 12).

In tegenspraak met het voorgaande is echter het feit dat mijn opponenten enkele bladzijden verder «economische efficiëntie» (d.i. «wealth maximization») impliciet als economische norm stellen tegenover de norm «rechtvaardigheid»: «Elke geciviliseerde maatschappij is er allicht toe bereid om wat economische efficiëntie op te offeren in ruil voor rechtvaardigheid» (nr. 13). Opvallend hierbij is dat mijn opponenten de nadruk leggen op het waardenconflict, m.a.w. de «afruul» tussen beide normen. Immers, waarom

²⁵ VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 20 («The simplicity achieved by model-building is not without its costs. There is a real danger ... that in the process of simplification key aspects of the problem ... are assumed away. Moreover, the conclusions of some economic models, ... may be substituted for the analysis itself and treated by the unwary as economic facts instead of conditional propositions awaiting empirical verification.»).

²⁶ O.c., p. 12.

²⁷ POSNER, R.A., o.c., p. 65 e.v.; KRONMAN, A.T. en POSNER, R.A., o.c., p. 5.

²⁸ Zie VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 95 (deze auteur spreekt dan ook van «the 'pseudo-empirical' nature» van dit onderzoek).

²⁹ Posner schijnt dit trouwens zelf soms toe te geven: «As for the paucity of quantitative testing of the efficiency hypothesis; although it is surely to be regretted (it is due mainly to the surprising, but remediable, dearth of statistics on most aspects of the legal system) qualitative evidence ought not to be rejected out of hand» («Some uses and abuses of economics in law», *University of Chicago Law Review*, 1979, 293).

³⁰ *Harvard Law Review*, 1984, 986.

³¹ O.c., p. 136.

zou grotere rechtvaardigheid niet kunnen leiden tot «een grotere koek»? In dit verband is het ook tekenend dat een andere beoefenaar van de *New Law and Economics* in ons land, mr. M. Faure, in een interview in het weekblad *Trends* duidelijk stelling kiest in dit waardenconflict: «Wij zijn jarenlang als het ware geplaagd geweest met die rechtvaardigheid als normconcept. In vergelijking daarmee heeft men aan het economisch model een vaster criterium: het vergroten van ons aller koek»³². En prof. dr. B. Bouckaert — ook een vooraanstaand beoefenaar in ons land van de economische analyse van het recht — verklaart in hetzelfde nummer van *Trends*: «De kontraktuele vrijheid, als systeem van maatschappelijke regulatie, is het efficiëntst voor de samenleving. Het laat de burgers toe hun persoonlijk nut te maximaliseren door hun middelen op de meest efficiënte wijze te gebruiken om hun doel te bereiken ... De economische analyse van recht besluit dat de kontraktuele vrijheid de beste garanties biedt voor het individueel zelfbestuur. Die bestuursvorm kan de inefficiënte overheidsinterventie vervangen»³³. Prof. Bouckaert concretiseert deze gedachtengang door te pleiten voor het afschaffen van het stelsel van Collectieve Arbeidsovereenkomsten en het terugbrengen van het sociaal overleg tot op het bedrijfsniveau. Hij besluit: «Het ordewoord blijft: zwaar dereguleren om de individuele flexibiliteit te vergroten»³⁴. Wie zeiden ook weer dat men in de literatuur geen blanco vrijbrieven voor het opheffen van reguleringen kan vinden?

Maar ik had beloofd me te zullen beperken tot de visie van Posner. In mijn rede en ook hierboven heb ik erop gewezen dat naar Posner's oordeel «efficiency» en «maximization of wealth» slechts gerealiseerd kunnen worden, zo «voluntary exchange», d.i. contractsvrijheid, bestaat. Beperkingen van de wilsautonomie die tot doel hebben de zwakken en misdeelden te beschermen, wijst Posner — zo beweer ik — als «paternalistische maatregelen» van de hand³⁵. Mijn opponenten voeren aan dat ik hier Posner's woorden uit hun verband ruk, daar deze in zijn boek *Economic Analysis of Law* onderstreept dat economie «does not yield an answer to the ultimate question whether an efficient allocation of resources would be good, just or otherwise socially or ethically desirable»³⁶. Dit citaat ondersteunt ongetwijfeld de stelling dat Posner andere normen zou erkennen naast de «maximization of wealth»-regel. Wat mijn opponenten echter over het hoofd zien is dat dit citaat uit 1977 dateert en Posner deze visie heeft laten varen in een in 1979 onder de titel «Utilitarianisme, Economics and Legal Theory» gepubliceerde studie, een studie waarnaar ik trouwens uitdrukkelijk heb verwezen in mijn rede³⁷. In dit artikel verdedigt Posner de stelling dat «the economic norm I shall call 'wealth maximization' provides a firmer basis for a normative theory of law than does utilitarianism»³⁸. Het utilitarisme omschrijft Posner

als een levensbeschouwing waarin het *geluk* van de mensen die deel uitmaken van de gemeenschap — een land of de hele wereld — als hoogste waarde wordt erkend. In Posner's levens- en maatschappijvisie staat niet het geluk van de mensen centraal, maar het reeds vroeger omschreven begrip «wealth maximization». «It seems to me — zo schrijft hij — that economic analysis has some claim to being regarded as a coherent and attractive basis for ethical judgments. I am less clear that utilitarianism has such a claim»³⁹. Posner meent dan te bewijzen, ten eerste dat «the pursuit of wealth is more consistent with our intuitions concerning ethical behavior than the pursuit of happiness»⁴⁰, en ten tweede dat «wealth maximization ... provides a firmer basis for a theory of justice, both distributive and corrective (than utilitarianism)»⁴¹. En Posner komt tot het besluit: «... I have tried to develop a moral theory that goes beyond classical utilitarianism and holds that the criterion for judging whether acts and institutions are just of good is whether they maximize the wealth of society. This approach allows a reconciliation among utility, liberty, and even equality as competing ethical principles»⁴². Op Posner's bewijsvoering hoef ik hier niet meer in te gaan. Hier is immers enkel de vraag aan de orde of Posner al dan niet «wealth maximization» als grondslag van zijn levens- en maatschappijvisie erkent. Bovengenoemd artikel en bovengenoemde citaten tonen aan dat dit inderdaad het geval is. In mijn rede heb ik daarbij de verwantschap benadrukt tussen Posner's visie en de 18e-eeuwse liberale opvattingen van A. Smith e.a. Ook Posner doet dat. In het besluit van bovengenoemd artikel schrijft hij immers: «The morality I have deduced from wealth maximization resembles what Adam Smith called the system of 'natural liberty' and what a student of Smith has referred to as the 'capitalist conception of justice'»⁴³. Het is treffend — en onbegrijpelijk — dat mijn opponenten categorisch ontkennen dat Posner een neo-liberale politieke theorie zou verdedigen, terwijl Posner zelf daar openlijk voor uitkomt! Een duidelijker bewijs voor de gegrondheid van mijn stelling is moeilijk denkbaar. Ik heb het citaat van Posner dus niet uit zijn verband gerukt, maar integendeel in zijn juiste context geplaatst.

³⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 122. «To summarize, the wealth-maximization principle encourages and rewards the traditional virtues ('Calvinist' or 'Protestant') and capacities associated with economic progress. The capacities (such as intelligence) promote the efficiency with which resources can be employed; the virtues (such as honesty, and altruism in its proper place) by reducing market transaction costs, do the same», *ibid.*, p. 124. En in zijn besluit schrijft Posner dat «the wealth-maximization principle accommodates, with elegant simplicity, the competing impulses of our moral nature», *Ibid.*, p. 136. Cf. M. WEBER, «Die protestantisch Ethik und der Geist des Kapitalismus», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XX en XXI, 1905.

⁴¹ *Ibid.*, p. 125. Zie ook p. 122. In een in 1975 gepubliceerde studie beweerde Posner reeds: «A second meaning of 'Justice' and the most common is simply efficiency». POSNER, R.A., «The economic approach of law», *Texas Law Review*, 1975, 777, aangehaald door BURROWS, P. en VELJANOVSKI, C.G., o.c., p. 17.

⁴² POSNER, R.A., *The Economics of Justice*, Cambridge en Londen, 1981, p. 115.

⁴³ *Ibid.*, p. 135-136.

³² *Trends*, 14 november 1986, p. 105.

³³ *Trends*, 14 november 1986, p. 100.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Zie de in voetnoot 135 van mijn rede aangehaalde uitspraak van Posner.

³⁶ O.c., p. 10.

³⁷ *Journal of Legal Studies*, 1979, 103-104.

³⁸ *Ibid.*, p. 103.

6. In Posner's visie anno 1979 is uiteraard geen plaats meer voor hetgeen hij met de pejoratieve uitdrukking «paternalistic measures» aanduidt. Daar slechts «voluntary transactions» aanvaardbaar zijn, leidt dit tot de verdediging van een extreme vorm van *deregulering*. Immers, «the sole basis for interference with economic and personal liberty in the wealth-maximization approach is — volgens Posner — a failure of the market to operate»⁴⁴. Mijn opposenten slaan dan ook de bal mis, wanneer zij beweren dat Posner's economische analyse van het recht geen deel uitmaakt van de dereguleringsbeweging en dat Posner geen «dereguleringsprofeet» is⁴⁵.

Tot welke extremistische opvattingen Posner's dereguleringsobsessie — ik kan het niet anders noemen — leidt, moge ik aan de hand van een aantal door Posner zelf gegeven voorbeelden verduidelijken. Om te voorkomen dat mijn opposenten mij weer zouden verwijten Posner's stellingen onjuist weer te geven, beperk ik mij tot enkele verhelderende citaten:

— *Armoede*: «In a rigorous application of the wealth-maximization criterion, there is (with limited exceptions discussed later)⁴⁶ no public duty to support the indigent ... This result grates on modern sensibilities yet I see no escape from it ... A related point is that any policy of redistribution impairs the autonomy of those from whom the redistribution is made»⁴⁷.

— *Baby-markt*: «He (the one who embraces the wealth-maximization principle) can find no immorality in the idea of a baby-market, when morality is derived from the economic principle itself»⁴⁸.

— *Orgaantransplantatie*: «Hence one can predict that if a free market in kidneys were permitted to operate, some healthy people would sell one of their kidneys ... Kidney

sales would be wealth maximizing since, being voluntary, they would not occur otherwise. Probably most sellers would be relatively poor people; but they would, of course, be richer after the sale ... Allowing a market in kidneys would therefore be wealth maximizing and a good thing»⁴⁹.

— *Slavernij*: «From a wealth-maximizing standpoint, if A, perhaps to provide money for his family (but the reason is unimportant), sells himself into slavery to B, or if C borrows money from D with a penalty clause that provides that in the event of default D can break C's knees, there is no economic basis for refusing to enforce either contract unless some element of fraud or duress is present»⁵⁰.

— *Racisme*: «... likewise the presence of Jews or blacks in a neighborhood might so upset their neighbors as to depress land values by an amount greater than the minority would be willing to pay to remain in the neighborhood. In these circumstances some form of segregation would be wealth maximizing»⁵¹. En verder: «If Nazi Germany wanted to get rid of the Jews, in a system of wealth maximization it would have had to buy them out»⁵².

Ik neem aan dat R. Van den Bergh en D. Heremans deze opvattingen van Posner niet delen. Maar met hun verdediging van Posner en de *Chicago School of Law and Economics* hebben zij zich toch op een gevaarlijk pad begeven. Ik hoop dat zij zullen erkennen dat het niet wenselijk is dat wij in de fouten van het verleden hervallen⁵³ en dat zij zich dus openlijk zullen distantiëren van Posner en de zijnen⁵⁴.

R. KRUIHOF

⁴⁹ *Ibid.*, p. 139.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 134.

⁵¹ *Ibid.*, p. 134. Posner geeft echter toe dat hij «troubled» is door deze redenering die «at variance is with common moral intuitions» (p. 134).

⁵² *Ibid.*, p. 133. Wellicht hebben de felle reacties op deze zienswijze Posner er later toe gebracht enkele uitzonderingsregels t.a.v. racisme te formuleren. POSNER, R.A., *The Economics of Justice*, 1981, p. 363 en 385-386.

⁵³ Zie het slot van mijn rede.

⁵⁴ Zie voor een kritische analyse van Posner's stellingen naast de verwijzingen in voetnoot 144 van mijn rede, ook MACKAAY, E., *Schade lijden en schade dragen*, in Boekenreeks NJB, nr. 6, Zwolle, 1985, p. 150 («Aangezien ik deze normatieve voorkeuren — vooroordelen zo men wil — (van de zgn. Chicago School en in het bijzonder van Posner) meestal niet deel ...»); DWORIN, R.M., «Is wealth a value?», *Journal of Legal Studies*, 1980, 191 («In this essay I consider and reject a political theory about law often called the economic analysis of law»); KRONMAN, A.T., «Wealth maximization as a normative principle», *Journal of Legal Studies*, 1980, 227 e.v.; HORN, N., «Zur Ökonomischen Rationalität des Privatrechts. — Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der 'Economic Analysis of Law'», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1976, 307 e.v. (zie m.n. inzake standaardbedingen: p. 320 e.v.); X, «Efficiency and a rule of free contract; a critique of two models of law and economics», *Harvard Law Review*, 1984, 995-996; BLOUSTEIN, «Privacy is dear at any price: a response to Professor Posner's economic theory», *Georgia Law Review*, 1978, 435; HORWITZ, M.J., «Law and economics: science or politics?», *Hofstra Law Review*, 1980, 905 («I take Professor Posner's recent paper, on Wealth Maximisation, as a dramatic sign that the scientific pretensions of the economic analysis of law are rapidly crumbling ... Future legal historians will need to exercise their imaginations to figure out why so many people could have taken this stuff seriously»).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 130. Ook C.G. Veljanovski aarzelt niet om Posner in de dereguleringsbeweging te situeren. O.C., p. 15 («There are clear signs that politically the path toward 'deregulation' is based on the insights of economic analysis and research. This has been graphically illustrated by President Reagan's appointment of three prominent economically inclined professors to the U.S. Court of Appeals (Bork, Posner and Winter) and the central role he has given to cost-benefit analysis in his regulatory policy») en p. 14.

⁴⁵ Prof. B. Bouckaert deelt — op dit punt — blijkbaar mijn zienswijze. «Voor zover het goederen en diensten betreft — zo schrijft hij — die vatbaar zijn voor particuliere eigendomsrechten en transacties tussen partijen, resumeert Posner's devies van welvaartsmaximalisering zich tot, primo, het afschaffen van alle wettelijke remmen op de vrije uitwisseling en secundo, het verlagen van economische remmen op de vrije uitwisseling door het ontwikkelen van contractuele kanalen, die steeds lagere transactiekosten impliceren ... Posner's efficiëntiestrategie valt dus ongeveer samen met de zgn. Kantiaanse rechtsopvatting, gesteund op persoonlijke autonomie en contractuele vrijheid. Wat rechtvaardig is in deze rechtsopvatting, nl. respect voor private eigendom en voor de vrijwillige overeenkomsten tussen personen omtrent hun eigendommen, is meteen welvaartsmaximaliserend in Posner's efficiëntiestrategie» («Efficiëntie of rechtvaardigheid: het onvermijdelijk dilemma», *Tijdschrift voor Sociale Wetenschappen*, 1984, 121).

⁴⁶ Bedoeld worden: liefdadigheid en een «bescheiden» herverdeling van rijkdommen en inkomens om de «cost of crime» te verminderen. L.C., *Journal of Legal Studies*, 1979, 131.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 139.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 27 JUNI 1986

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

Rechten van de mens — Kort geding — Vordering tot opheffing van een beslag in strafzaken.

Uit de enkele omstandigheid dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in kort geding, zich onbevoegd verklaart om een beslag in een strafzaak op te heffen, op grond dat de regels van de strafvordering zich tegen zijn optreden verzetten en dat aan het beslag een einde kan worden gemaakt door het vonnisrecht dat over de grond van de telastlegging uitspraak zal doen, volgt niet dat art. 6.1 E.V.R.M. wordt geschonden.

N.V. E. t/ Belgische Staat e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 februari 1985 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 92, 93, 97, 107 van de Grondwet, 1382 van het Burgerlijk Wetboek, 584, 1039 van het Gerechtelijk Wetboek en 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955,

doordat het hof van beroep, om het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren, overweegt: «dat artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek de bevoegdheid van de voorzitter, zittinghoudende in kort geding, betreffende maatregelen die afhangen van een strafvordering, niet uitdrukkelijk uitsluit, maar dat de bevoegdheid van de voorzitter moet worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering die de bevoegdheid van de strafgerechten vastleggen (cf. het verslag van Chr. Van Reepinghen, Koninklijk Commissaris van de Gerechtelijke Hervorming, voorafgaand aan het ontwerp van wet houdende het Gerechtelijk Wetboek, blz. 140); dat de voorzitter, zittinghoudende in kort geding, in strafzaken slechts kan optreden, voor zover de regels van de strafvordering er zich niet tegen verzetten (*Handboek voor gerechtelijk recht*, A. Fettweis, deel II, *Bevoegdheid*, blz. 252, nr. 467); dat het luidens artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering tot de taak en de bevoegdheid van de procureur des Konings behoort alles in beslag te nemen wat schijnt gediend te hebben of bestemd te zijn geweest om de misdaad of het wanbedrijf te plegen, alsook wat eruit voortgekomen schijnt te zijn, en ten slotte alles wat dienen kan om de waarheid aan de dag te brengen; dat aan het beslag in strafzaken, een einde kan worden gemaakt door een beslissing van het gerecht van wijzen dat over de grond der telastlegging oordeelt, of door een bevel van opheffing

door de beslagleggende overheid; dat, in de huidige stand der wetgeving, de beslagene over geen enkel rechtsmiddel beschikt om tijdens de strafrechtspleging opheffing van het beslag te vorderen en teruggave te verkrijgen van de in beslag genomen zaak; dat de burgerlijke rechter daartoe geen bevoegdheid heeft en niet kan oordelen over de geldigheid of de gepastheid van zulk een beslag; dat tijdens het opsporingsonderzoek, en zolang de zaak niet bij de rechtbank aanhangig is gemaakt, het openbaar ministerie soeverein beslist over de opheffing van het beslag (cf. A.P.R., Leon Viaene, *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, nrs. 137 en 140; cf. ook het K.B. nr. 260 van 24 maart 1936); dat de procureur des Konings, wanneer hij tijdens een opsporingsonderzoek inbeslagnemingen doet, als bedoeld in artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering, geen feitelijkheid begaat, en integendeel zijn wettelijke taak en bevoegdheid uitoefent; dat de voorzitter, zitting houdende in kort geding, niet bevoegd is om te oordelen over daden die door de gerechtelijke overheid tijdens een strafonderzoek zijn gesteld (cf. rede van de procureur-generaal Van Honsté voor het Hof van Beroep van Brussel op 1 september 1982, R.W., 1982-83, 1562-1563); dat de omvang van de bevoegdheid van de voorzitter, zitting houdende in kort geding, zoals die geregeld is door het Gerechtelijk Wetboek, en in strafzaken begrensd door de regels van de strafvordering die er zich tegen verzetten, geenszins in strijd is met artikel 6 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens; dat de beschouwingen van appellanten (onder meer eisers) in verband met de mogelijkheid voor de voorzitter, zitting houdende in kort geding, de grond van de zaken te onderzoeken om na te gaan of er een «fumus boni juris» voorhanden is, niet ter zake dienend is, daar deze mogelijkheid zich eventueel slechts zal kunnen voordoen wanneer hij bevoegd is om van het geschil kennis te nemen; dat de beschouwingen van appellanten in verband met het onderscheid tussen kansspelen en behendigheids spelen in het algemeen en betreffende de in beslag genomen voorwerpen in het bijzonder, de reglementering opgelegd door de beroepsvereniging, de inlichtingen verstrekt aan de procureur-generaal en de diverse procureurs, en hun bevoegde informatieplicht, de beweerde discriminatie in het vervolgingsbeleid, de opportuniteit van de door de procureur des Konings genomen beslissing, het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid, de schade die zij ten gevolge van de door het parket genomen maatregelen ondergaan, niet ter zake dienend zijn, aangezien zij de onbevoegdheid van de eerste rechter niet vrijdelen»,

terwijl, eerste onderdeel, overeenkomstig de artikelen 92, 93, 107 van de Grondwet, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, het rechtssubject zich tot de rechter kan wenden wanneer zijn politieke of burgerlijke rechten door een onrechtmatig overheidsoptreden worden gekrenkt waardoor schade wordt geleden; bovendien, overeenkomstig de artikelen 584 en 1039 van het Gerechtelijk Wetboek, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in kort geding, voorlopige maatregelen kan bevelen in alle dringende aangelegenheden, behalve wanneer de wet ze aan de rechterlijke macht onttrekt, zodat het hof van beroep,

dat geen wettelijke bepaling aanwijst waardoor een geschil met betrekking tot voorlopige en dringende maatregelen in verband met een strafrechtelijk beslag aan de rechterlijke macht zou zijn onttrokken en evenmin vaststelt dat aan de voorzitter geen voorlopige en dringende maatregelen werden gevraagd, niet zonder schending van de in dit onderdeel aangewezen wetsbepalingen het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond heeft kunnen verklaren, aldus aannemende dat de voorzitter, zitting houdende in kort geding, nooit bevoegd is om te oordelen over daden die door de gerechtelijke overheid tijdens een strafonderzoek zijn gesteld (schending van de artikelen 92, 93, 107 van de Grondwet, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 584 en 1039 van het Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, overeenkomstig artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, een ieder het recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, bij de wet ingesteld; het tegenstrijdig is, enerzijds, aan te nemen: «dat aan het beslag in strafzaken, een einde kan worden gemaakt door een beslissing van het gerecht van wijzen dat over de grond der telastlegging oordeelt, of door een bevel van opheffing door de beslagleggende overheid; dat, in de huidige stand der wetgeving, de beslagene over geen enkel rechtsmiddel beschikt om tijdens de strafrechtspleging opheffing van het beslag te vorderen en teruggave te verkrijgen van de in beslag genomen zaak; dat de burgerlijke rechter daartoe geen bevoegdheid heeft en niet kan oordelen over de geldigheid of de gepastheid van zulk een beslag; dat tijdens het opsporingsonderzoek, en zolang de zaak niet bij de rechtbank aanhangig is gemaakt, het openbaar ministerie soeverein beslist over de opheffing van het beslag», anderzijds, toch te beslissen dat die door het hof van beroep aangenomen beperking van de bevoegdheid van de voorzitter, zitting houdende in kort geding, geenszins in strijd is met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, zodat het arrest, door aldus te oordelen enerzijds, wegens de ingeroepen tegenstrijdigheid, niet regelmatig gemotiveerd is (schending van artikel 97 van de Grondwet), anderzijds, schending inhoudt van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat niet alleen oplegt dat een rechtssubject, bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, steeds op ontvankelijke wijze zijn zaak bij een rechter aanhangig moet kunnen maken, maar ook dat zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, waarover betwisting bestaat, binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige rechter moeten kunnen worden bepaald;

Overwegende dat het middel niet aanvoert dat de bevoegde overheid niet zou hebben gehandeld volgens de regels van de strafvordering, naar aanleiding van een misdrijf omschreven in artikel 305 van het Strafwetboek en/of in de wet van 24 oktober 1902 op het spel;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, in tegenstelling met wat het onderdeel aanvoert, het hof van beroep geenszins oordeelt dat «de

voorzitter (van de rechtbank van eerste aanleg), zitting houdende in kort geding, nooit bevoegd is om te oordelen over de daden die door de gerechtelijke overheid tijdens een strafonderzoek werden gesteld»;

Dat het integendeel erop wijst dat «artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek de bevoegdheid van de voorzitter, zitting houdende in kort geding, betreffende de maatregelen die afhangen van een strafvordering, niet uitdrukkelijk uitsluit, maar dat de bevoegdheid van de voorzitter moet worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering die de bevoegdheid van de strafgerechten vastleggen»;

Overwegende dat, in zoverre eiseres aanvoert dat «het hof van beroep geen wettelijke bepaling aanwijst waardoor een geschil met betrekking tot voorlopige en dringende maatregelen in verband met een strafrechtelijk beslag aan de rechterlijke macht zou zijn onttrokken», het arrest releveert dat «de voorzitter, zitting houdende in kort geding, in strafzaken slechts kan optreden, voor zover de regels van de strafvordering er zich niet tegen verzetten»; dat het arrest zodoende rekening houdt met artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek, naar luid waarvan «de in dit wetboek gestelde regels van toepassing (zijn) op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek»;

Dat het arrest tevens naar artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering verwijst ten einde aan te tonen dat ten deze «de regels van de strafvordering zich verzetten» tegen het optreden van de voorzitter, zitting houdende in kort geding, in strafzaken;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat eiseres tegelijkertijd het arrest ten griepe duidt, eensdeels, wegens strijdigheid niet regelmatig te zijn gemotiveerd en, anderdeels, artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te schenden;

Overwegende dat het niet tegenstrijdig is te beslissen, enerzijds, dat aan het bedoelde beslag in strafzaken een einde kan worden gemaakt door het vonnisgerecht dat over de grond van de telastlegging zal oordelen en, anderzijds, dat de door het hof van beroep aangenomen beperking van de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in kort geding, ten deze niet in strijd is met genoemd artikel 6.1;

Overwegende dat, nu, zoals het arrest oordeelt, aan het bedoelde beslag een einde kan worden gemaakt door het vonnisgerecht dat over de grond van de telastlegging uitspraak zal doen, uit de enkele omstandigheid dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in kort geding, wegens de in het middel weergegeven redenen ten deze niet bevoegd is om het beslag in strafzaken op te heffen, niet volgt dat genoemd artikel 6.1 is geschonden;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 27 JUNI 1986

Voorzitter : de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur : de h. Matthijs

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaten : mrs. Claeys Bouuaert en Bützler

Verzekering — Levensverzekering — Art. 43, laatste lid, Verzekeringswet — Draagwijde.

Wanneer echtgenoten vóór de wet van 14 juli 1976 huwden onder het stelsel van gemeenschap van aanwinsten, de man in de vorm van een groepsverzekering een levensverzekering afsloot die voorzorg in de uitbetaling van een kapitaal bij overlijden of bij leven, de premies betaald werden door afhouding op het loon van de man, de echtgenoten de verklaring bedoeld in art. 1, 1°, van de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976 niet aflegden, het huwelijk in 1981 door echtscheiding ontbonden werd en de man vervolgens zijn recht op afkoop uitoefende, vindt art. 43, laatste lid, van de Verzekeringswet, in zoverre het bepaalt dat voor de premies geen vergoeding verschuldigd is aan het gemeenschappelijk vermogen, geen toepassing, daar het te dezen niet gaat om de uitkering van de bedongen som die betaalbaar is bij het overlijden van de verzekerde aan zijn echtgenote.

J. t/ N.V. A. en D.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 mei 1985 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 43, tweede en derde lid, van de wet van 11 juni 1874 op de verzekering in het algemeen, zoals die leden werden toegevoegd bij artikel 44 van hoofdartikel 4 (opheffings- en wijzigingsbepalingen) van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels,

doordat het arrest, na te hebben beslist dat het recht van eiser om de afkoopwaarde van de door hem afgesloten groepsverzekering te vorderen een eigen, persoonlijk goed van eiser is, aangezien dit recht ontstaan is na de ontbinding van het huwelijk, aan tweede verweerster een vergoeding ten gunste van de gemeenschap toestaat uit hoofde van de door eiser gestorte jaarlijkse premies, en deze beslissing laat steunen op de volgende overwegingen : -

dat het al of niet verschuldigd zijn van vergoedingen een weerslag zal hebben op de omvang en de samenstelling van de gemeenschap van aanwinsten ; —

dat daarom mutatis mutandis het vroegere huwelijksregime moet toegepast worden ; —

dat bijgevolg artikel 43, derde en vierde lid (lees : tweede en derde lid) van de wet van 11 juni 1874, als gewijzigd door artikel 44 van hoofdartikel 4 van de wet van 14 juli 1976 in specie niet van toepassing is ; (de term «in specie» hier bedoelend : ten aanzien van echtgenoten die vóór 1976 gehuwd zijn onder een regime van gemeenschap van aanwinsten) ; — dat sommige rechtspraak en rechtsleer een recht op vergoeding toestaat wanneer een eigen goed met middelen van de gemeenschap werd verworven,

terwijl in het oorspronkelijk ontwerp van hetgeen later de wet van 14 juli 1976 is geworden, het artikel, dat de aanvulling regelde van artikel 43 van de verzekeringswet van 11 juni 1874, een paragraaf 2 bevatte welke besliste dat dit artikel alleen toepassing zou vinden op echtgenoten die na de inwerkingtreding van de wet zouden huwen ; de ter zake opgetreden subcommissie voor de Justitie van de Senaat die door de regering voorgestelde paragraaf 2 verwierp en deze verwerping als volgt verantwoordde : «De Subcommissie ziet geen reden om deze bepaling (alleen) toe te passen op de echtgenoten die gehuwd zijn na de inwerkingtreding van deze wet en verwerpt bijgevolg paragraaf 2, voorgesteld door de regering» ; de tekst van hetgeen later artikel 44 van de opheffings- en wijzigingsbepalingen van de wet van 14 juli 1976 is geworden, zonder enig amendement door beide Kamers van het Parlement is aangenomen zoals die voorgesteld werd door voornoemde subcommissie ; hieruit ontegenzeggelijk volgt dat het de bedoeling van de wetgever van 14 juli 1976 was om artikel 44 van de opheffings- en wijzigingsbepalingen eveneens te zien toepassen op de echtgenoten die vóór de inwerkingtreding van de wet gehuwd zijn ; zodat, nu blijkt dat de wetgever, bij de redactie van de in het middel vermelde wetsbepaling, voorzien heeft dat deze bepaling ook zou worden toegepast op de echtgenoten die vóór de inwerkingtreding van de wet zijn gehuwd, de omstandigheid dat «het al of niet verschuldigd zijn van vergoedingen een weerslag zal hebben op de omvang en de samenstelling van de gemeenschap van aanwinsten», niet tot gevolg kan hebben dat het in het middel vermelde artikel 44 niet van toepassing zou zijn op de echtgenoten die vóór de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976 zijn gehuwd ; waaruit volgt dat het arrest, wat deze beslissing betreft, niet wettelijk verantwoord is (schending van de in het middel vermelde wetsbepaling) :

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt : dat de echtgenoten J. en D. op 15 oktober 1953 huwden onder het stelsel van een gemeenschap beperkt tot de aanwinsten, als omschreven in de toen geldende artikelen 1498 en 1499 van het Burgerlijk Wetboek ; dat de huwelijksgemeenschap werd ontbonden door echtscheiding, toegestaan bij vonnis van 29 oktober 1981 en overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 29 december 1981 ; dat de echtgenoten de verklaring bedoeld in artikel 1, 1°, van de overgangsbepalingen, vervat in artikel 3 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, niet hebben afgelegd ; dat J. tijdens het huwelijk bij de N.V. A. in de vorm van een groepsverzekering, een levensverzekering had afgesloten die voorziet in de uitbetaling van een kapitaal bij overlijden of bij leven ; dat de jaarpremies werden betaald door maandelijkse afhoudingen van zijn wedde ; dat J. op 1 januari 1983, na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, de vervroegde uitkering van het kapitaal aanvroeg ;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de echtgenoten J.-D., die de in artikel 1, 1°, van de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976 bedoelde verklaring niet hebben afgelegd, wat betreft de vereffening van de ontbonden gemeenschap van aanwinsten, niet onderworpen zijn aan de bepalingen van de wet van 14 juli 1976 en dat, nu de premies van de levensverzekering met gelden van de gemeen-

schap van aanwinsten werden betaald, eiser J., die het recht heeft het gevestigde kapitaal als eigen goed op te vorderen, krachtens het oud artikel 1437 van het Burgerlijk Wetboek, aan die gemeenschap vergoeding verschuldigd is voor de premies;

Overwegende dat ingevolge artikel 43, eerste lid, van de Verzekeringwet, de in een levensverzekering bedongen som die betaalbaar is bij het overlijden van de verzekerde, aan de in het contract aangewezen persoon toebehoort, onverminderd de toepassing van de bepalingen van het burgerlijk recht betreffende de inbreng en de inkorting uit hoofde van de door de verzekerde gedane storting;

Overwegende dat het tweede en het derde lid van voormeld artikel, toegevoegd bij artikel 44 van hoofdartikel 4 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, bepalen:

«Deze regels zijn niet van toepassing op storting door de ene echtgenoot gedaan om ten behoeve van de andere een levensverzekering of een lijfrente te vestigen, behoudens wanneer zij kennelijk overdreven zijn, gelet op de mogelijkheden van de verzekeringnemer.

Ingeval de echtgenoten gehuwd waren onder een stelsel van gemeenschap van goederen, is, ook al is het kapitaal of de rente eigendom van de begunstigde persoon, geen vergoeding verschuldigd aan het gemeenschappelijk vermogen uit hoofde van storting gedaan door de verzekerde, tenzij die kennelijk overdreven zijn, gelet op de mogelijkheden van de verzekeringnemer»;

Overwegende echter dat het arrest vaststelt dat eiser vroegde uitbetaling van het kapitaal krijgt ingevolge uitoefening van zijn recht tot afkoop; dat hieruit volgt dat, nu het ten deze niet gaat om de uitkering van «de bedongen som die betaalbaar is bij het overlijden van de verzekerde» aan zijn echtgenote, de voorwaarden voor de toepassing van artikel 43 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen, als aangevuld bij artikel 44 van hoofdartikel 4 van de wet van 14 juli 1976, niet aanwezig zijn;

Overwegende dat, nu het beschikkende gedeelte van het arrest, in zoverre het is bestreden, wettelijk verantwoord is, het middel, ook al was het gegrond, niet tot cassatie kan leiden en derhalve niet ontvankelijk is;

(...)

NOOT—Bovenstaand arrest verwerpt de voorziening tegen Hof Brussel, 28 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 2559, met noot van M. Standaert.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 10 NOVEMBER 1986

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Gezinsbijslag werknemers — Minder-valide kind — Verhoogde bijslag — Ongeschiktheid om enig beroep uit te oefenen — Criterium.

Om recht te blijven geven op de verhoogde kinderbijslag bedoeld in art. 47 K.W. Werknemers moet het minder-valide kind o.a. volledig ongeschikt zijn om enig beroep uit te oefenen. Die voorwaarde is niet vervuld door het enkele feit dat het kind ten minste 66% ongeschikt is en tewerkgesteld in een beschutte werkplaats.

V.Z.W. C. t/ V. e.a.

Gelet op de bestreden arresten, op 25 februari 1981 en 16 maart 1983 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

(...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 47, 63 van de bij koninklijk besluit van 19 december 1939 gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, gewijzigd door de wet van 28 maart 1975 en door het koninklijk besluit nr. 29 van 15 december 1978, 1, 2, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 10 maart 1964 tot vaststelling van de voorwaarden waaraan een minder-valide kind moet voldoen om de kinderbijslag te genieten bij toepassing van artikel 47 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor werknemers, 1, eerste lid, 1° en 3°, van het koninklijk besluit van 18 december 1973 tot bepaling van de wijze waarop de ongeschiktheid van sommige personen wordt vastgesteld voor de toepassing van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, gewijzigd bij koninklijk besluit van 15 december 1975, 2 van het koninklijk besluit van 6 januari 1976 tot goedkeuring van de Officiële Belgische Schaal ter bepaling van de graad van invaliditeit, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest van 16 maart 1983 voor recht zegt dat G.C. sedert zijn geboorte getroffen is voor ten minste 66 percent door een ontoereikendheid of vermindering van zijn lichamelijke en geestelijke geschiktheid en dit nog steeds is, en deze ongeschiktheid niet van definitieve aard is, zodat hij voldoet aan de artikelen 47 en 63 van de gecoördineerde wetten op de kinderbijslag voor werknemers tot het verkrijgen van de verhoogde en de gewone kinderbijslag, op grond: dat de deskundige een arbeidsongeschiktheid van minstens 66 percent aannam voor G.C.; dat, blijkens het antwoord op de door het arbeidshof gestelde vraag in aansluiting met het eerste deskundig verslag, de aandoeningen en letsels, ofschoon ernstig handicapend, of niet vermeld staan in de Officiële Belgische Schaal, of percentages toegekend krijgen die ver beneden de reële handicap liggen, zodat hij volgens de letter van de wet dan niet beschermd kan worden als zijnde meer dan 66 percent arbeidsongeschikt, ondanks de ernstige stoornissen waaraan hij leed in zijn kinderjaren en adolescentie; dat evenwel het koninklijk besluit van 10 maart 1964 in artikel 2 niet alleen bepaalt dat de ontoereikendheid moet worden vastgesteld volgens de Officiële Belgische Schaal (tweede lid) maar ook (in het vierde lid) dat het kind dat met toepassing van artikel 63 ongeschikt erkend wordt om enig beroep uit te oefenen, geacht wordt te voldoen aan de bij het eerste lid vastgestelde voorwaarden; dat uit het deskundigenverslag wel als bewezen voorkomt dat de belanghebbende tot 31 december 1978, naar de normen van gemeld artikel 63, ongeschikt was om enig beroep uit te oefenen: hij verbleef in een beschutte werkplaats en was minstens 66 percent (artikel 63, 2°, b) ongeschikt en werd ook door

eiseres als zodanig erkend; dat derhalve de belanghebbende met toepassing van gemeld vierde lid gerechtigd was om de verhoogde kinderbijslag voor de periode van 31 augustus 1976 tot 31 december 1978 te genieten.

terwijl, eerste onderdeel, de bepalingen van artikel 2, § 1, laatste lid, van het koninklijk besluit van 10 maart 1964 en 63 van de gecoördineerde wetten inhouden dat de belanghebbenden recht hebben op verhoogde kinderbijslag enerzijds indien zij wegens hun lichaams- of geestesgesteldheid volledig ongeschikt zijn om enig beroep uit te oefenen en anderzijds indien zij ten minste 66 percent arbeidsongeschikt zijn en tewerkgesteld zijn in een beschutte werkplaats; deze beide categorieën onderscheiden zijn en het arrest ten onrechte uit het feit dat G.C. volgens het deskundigenverslag 66 percent arbeidsongeschikt was, buiten de Officiële Belgische Schaal vastgesteld, en in een beschutte werkplaats tewerkgesteld was, afleidt dat hij volledig ongeschikt was om een beroep uit te oefenen; immers uit het feit dat G.C. in een beschutte werkplaats tewerkgesteld was, niet kan worden afgeleid dat hij volledig ongeschikt was om enig beroep uit te oefenen en zulks evenmin uit het feit dat hij 66 percent arbeidsongeschikt was, buiten de officiële schaal vastgesteld, kan worden afgeleid; het arrest de twee categorieën verwart en de beslissing niet wettelijk verantwoordt (schending van de artikelen 47, 63, 2°, litterae a en b, van het koninklijk besluit van 19 december 1939, 1 en 2, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit van 10 maart 1964);

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het minder-valide kind, om rechtgevend te zijn op de verhoogde bijslag, bedoeld in de ten deze toepasselijke tekst van artikel 47 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, ingevolge het bepaalde in artikel 2, § 1, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit van 10 maart 1964, voor ten minste 66 percent getroffen moet zijn door een ontoereikendheid of een vermindering van lichamelijke of geestelijke geschiktheid wegens één of meer aandoeningen, en dat die ontoereikendheid of vermindering moet worden vastgesteld volgens de Officiële Belgische Schaal ter bepaling van de graad van invaliditeit;

Dat, ingevolge het vierde lid van voormelde § 1 van artikel 2, geacht wordt aan die voorwaarde te voldoen het kind dat, met toepassing van artikel 63 van de gecoördineerde wetten, ongeschikt wordt erkend om enig beroep uit te oefenen;

Overwegende dat het arrest van 16 maart 1983, op grond van het antwoord van de deskundige op de hem in het arrest van 25 februari 1981 gestelde vraag, aanneemt dat G.C., volgens de voormelde Officiële Belgische Schaal, niet ten minste voor 66 percent getroffen was door een ontoereikendheid of vermindering van zijn lichamelijke of geestelijke geschiktheid;

Dat het arrest evenwel de verhoogde kinderbijslag, bedoeld in artikel 47 van de gecoördineerde wetten, voor de periode van 31 augustus 1976 tot 31 december 1978 toekent, omdat G.C. volledig ongeschikt was om enig beroep uit te oefenen; dat het die beslissing hierop fundeert dat de belanghebbende in dat tijdvak meer dan 66 percent arbeidsongeschikt was en in een beschutte werkplaats was tewerk-

gesteld, als bedoeld in artikel 63, eerste lid, 2°, b, van de gecoördineerde wetten;

Overwegende dat de ten deze toepasselijke tekst van artikel 63, eerste lid, 2°, litterae a en b, van de gecoördineerde wetten bepaalt: «De kinderbijslag blijft ten goede komen aan het rechtgevend kind: (...) 2° zonder leeftijdsbeperking: a) indien het wegens zijn lichaams- of geestesgesteldheid volledig ongeschikt blijkt om enig beroep uit te oefenen; b) indien het ten minste 66 percent arbeidsongeschikt is en tewerkgesteld is in een beschutte werkplaats, bedoeld in artikel 47 van het koninklijk besluit van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de minder-validen»;

Dat uit die bepaling volgt dat het arrest, uit de enkele omstandigheid dat G.C. de voorwaarde bepaald onder de geciteerde littera b vervulde, niet wettig heeft kunnen afleiden dat hij, wegens zijn gesteldheid op lichamelijk of geestelijk gebied, ongeschikt bleek om enig beroep uit te oefenen;

Overwegende dat het arrest derhalve de beslissing dat G.C. tijdens het betwiste tijdperk rechtgevend kind was op de in artikel 47 van de gecoördineerde wetten bedoelde verhoogde bijslag, niet naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

NOOT—Ongeschiktheid om enig beroep uit te oefenen en verhoogde kinderbijslag

1. In het geannoteerde arrest wordt de vraag behandeld of een kind dat de gewone kinderbijslag blijft genieten omdat het 66% arbeidsongeschikt is en tewerkgesteld in een beschutte werkplaats, tevens recht heeft op de verhoogde kinderbijslag voor minder-valide kinderen die door een ontoereikendheid of vermindering van ten minste 66% zijn getroffen, vastgesteld volgens de Officiële Belgische Schaal ter bepaling van de graad van invaliditeit (O.B.S.I.), en waarbij geacht worden aan die voorwaarde te voldoen de kinderen die «ongeschikt erkend zijn om enig beroep uit te oefenen».

De ongeschiktheid om enig beroep uit te oefenen moet erkend zijn met toepassing van de bepalingen op grond waarvan de gewone kinderbijslag blijft toekomen aan kinderen die arbeidsongeschikt zijn (artikel 63 van de gec. wetten). Die bepalingen vereisen o.m. een «volledige ongeschiktheid om enig beroep uit te oefenen» (artikel 63, eerste lid, 2°, a) of een arbeidsongeschiktheid van ten minste 66% en tewerkstelling in een beschutte werkplaats (artikel 63, eerste lid, 2°, b).

Het arbeidshof besliste dat het kind, aangezien het in een beschutte werkplaats verbleef en minstens 66% arbeidsongeschikt was, «ongeschikt was om enig beroep uit te oefenen» en derhalve gerechtigd op de verhoogde kinderbijslag.

2. De rechtspraak van het Arbeidshof te Antwerpen wordt gevolgd door het Arbeidshof te Brussel (Arbh. Brussel, 24 mei 1984, *J.T.T.*, 1984, 430), dat zegt dat geacht wordt de vereiste ontoereikendheid of vermindering van lichamelijke of geestelijke geschiktheid te bereiken, het kind «dat ongeschikt erkend wordt om enig beroep uit te oefenen, m.a.w. indien het ten minste 66% arbeidsongeschikt is t.o.v. de normale arbeidsmarkt».

Het Arbeidshof te Bergen (19 maart 1980, *J.T.T.*, 1980, 173) deelt deze zienswijze niet waar het oordeelt «que le

pourcentage de l'incapacité et l'incapacité d'exercer une profession quelconque sont deux choses distinctes».

3. Het Hof van Cassatie verwerpt de zienswijze van het Arbeidshof te Antwerpen en aanvaardt niet dat het voldoende is dat het kind 66% arbeidsongeschikt is en tewerkgesteld is in een beschutte werkplaats (voorwaarde bepaald in artikel 63, eerste lid, 2°, b) om te besluiten dat het «ongeschikt is om enig beroep uit te oefenen» (voorwaarde bepaald in artikel 63, eerste lid, 2°, a). Daarmee geeft het Hof van Cassatie te kennen dat, waar in de toekenningsvoorwaarden om de verhoogde kinderbijslag te genieten, het «ongeschikt erkend worden om enig beroep uit te oefenen» als voldoende beschouwd wordt, daarmee bedoeld wordt de voorwaarde van artikel 63, eerste lid, 2°, a, nl. het «volledig ongeschikt zijn om enig beroep uit te oefenen».

Het koninklijk besluit van 10 maart 1964 neemt in artikel 2, § 1, vierde lid, niet letterlijk de tekst van artikel 63 over. Het vereist niettemin «dat in toepassing van artikel 63 ... (het kind) ongeschikt erkend wordt om enig beroep uit te oefenen». Welnu, de enige erkenning die in toepassing van artikel 63 wettelijk is vereist in verband met de ongeschiktheid om enig beroep uit te oefenen is de erkenning van een volledige ongeschiktheid.

4. Samengevat en binnen het kader van het geannoteerde arrest kan worden gesteld dat, alle andere toekenningsvoorwaarden buiten beschouwing gelaten, recht op verhoogde kinderbijslag bestaat voor het kind dat de gewone kinderbijslag blijft genieten omdat het volledig ongeschikt is erkend om enig beroep uit te oefenen. Recht op verhoogde kinderbijslag heeft ook het kind aan wie de gewone kinderbijslag blijft toekomen omdat het 66% arbeidsongeschikt is en tewerkgesteld in een beschutte werkplaats, en dat getroffen is door een ontoereikendheid of vermindering van zijn lichamelijke of geestelijke geschiktheid voor ten minste 66%, vastgesteld volgens de O.B.S.I.

Gh. Dhaeyer

HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER — 27 JUNI 1985

Voorzitter : de h. Laurens

Raadsheren : de hh. Casier (rapporteur) en D'Hont

Advocaat-generaal : de h. Colpaert

Advocaat : mr. Denys

Millieurecht — Verontreiniging van afvalwateren — A.v.a.s.

Een bedrijfsleider treft geen schuld wanneer hij, voor de keuze gesteld een aanzienlijk kwaad te laten gebeuren, nl. de ondergang van zijn onderneming, ofwel een inbreuk op een strafbaar gestelde minder zware norm te plegen, deze laatste toestand verkiest.

T.

Telastlegging : met overtreding van de artt. 1, 2, 5 en 41 van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de

oppervlaktewateren tegen verontreiniging, afvalwateren te hebben geloosd in de wateren van het openbaar hydrografisch net, nl. in de Speybeek en in de Kerkebeek zonder voorafgaande lozingsvergunning of zonder de bij de lozingsvergunning van 10 maart 1977 opgelegde voorwaarden te hebben nageleefd.

A. Met toepassing van art. 5, § 1, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging werd aan de N.V. C., waarvan de beklaagde gedelegeerd bestuurder is, op 10 maart 1977 een lozingsvergunning afgeleverd voor het lozen van normaal huisafvalwater in de openbare riool en voor het lozen van ander afvalwater dan normaal huisafvalwater in de Kerkelbeek. Volgens art. 3 moesten de in de vergunningsakte bepaalde voorwaarden nageleefd worden ten laatste veertig maanden na de aflevering van de vergunning, dit is tegen 10 juli 1980. Op (...) werd vastgesteld dat de afvalwateren geloosd in de Speybeek en in de Kerkelbeek niet voldeden aan de voorwaarden gesteld in genoemde lozingsvergunning.

B. Ten einde te voldoen aan de in de lozingsvergunning gestelde voorwaarden en opgelegde normen had de vergunninghouder beslist een eigen zuiveringsinstallatie op te richten.

Stelling van beklaagde. Gelet op de aard van het bedrijf had de N.V. C. praktisch geen keuzemogelijkheid tussen het aansluiten bij een waterzuiveringsmaatschappij en het opzetten van een eigen zuiveringsinstallatie. Op 5 november 1975 reeds verklaarde een hoge ambtenaar van het Ministerie van Volksgezondheid dat een conservenfabriek niet gewenst was op een openbaar zuiveringsstation wegens zijn sterk schommelend debiet en belasting. In die omstandigheden was de N.V. C. praktisch gedwongen een zeer dure zuiveringsinstallatie te plaatsen, waarvan de kostprijs einde 1976 geraamd werd op 41.393.571 frank en waarvoor een subsidiëring ten belope van 45% in het vooruitzicht werd gesteld.

Het oprichten van deze installatie viel daarenboven nog in een crisisperiode van de groentenverwerkende nijverheid (jaren 1978 tot 1980).

De N.V. C., die voor het grootste gedeelte met eigen middelen voor de bouw van de zuiveringsinstallatie diende te zorgen, bevond zich dan in een kiese financiële situatie en kon aldus moeilijk rekenen op de hulp of tussenkomst van financiële instellingen.

Zij bevond zich dan in zo'n moeilijke economische toestand dat de financiële uitgaven die uit de onderneming zouden worden besteed om in korte tijd een zuiveringsinstallatie op te richten conform het gestelde doel van de lozingsvergunning, de economische, financiële en ook sociale ondergang van de onderneming zou betekenen. Rond die periode stelde de N.V. C. ongeveer 600 personen tewerk.

Tussen de onafwendbare ondergang van de onderneming en de geleidelijke opbouw van de zuiveringsinstallatie met het gevolg echter in dit laatste geval dat gedurende een zekere tijd nog slechts een deel van de gestelde normen van de lozingsvergunning zouden kunnen worden nageleefd en aldus een toestand van strafbaarheid in stand werd gehouden, koos de beklaagde deze laatste oplossing.

Beklaagde roept dan ook de noodsituatie in als rechtvaardigingsgrond voor de gepleegde misdrijven.

Het blijkt nu dat na die kritische periode in de groenten-

verwerkende nijverheid, die het failliet betekende van meerdere gekende ondernemingen in het Rijk, de toestand geleidelijk verbeterde vanaf 1981-82, ook bij de N.V. C.

De omstandigheden die deze laatste onderneming verhindert hadden op korte tijd de zuiveringsinstallatie te plaatsen, verdwenen geleidelijk, en het werd aldus opnieuw mogelijk de beoogde installatie te bespoedigen. Aldus kon de in de voorwaarden gestelde controleput in september 1982 geplaatst worden en kon de vertegenwoordiger van de zuiveringsmaatschappij van het Kustbekken te Oostende op de terechtzitting van de Correctionele Rechtbank te Brugge van 24 oktober 1983 bevestigen dat sedert de zomer 1983 het bedrijf N.V. C. volledig in orde was met de afgeleverde vergunning.

C. De rechtvaardigingsgrond ingeroepen door de beklagde en omstandig ontwikkeld in zijn conclusie voor het hof neergelegd op 21 maart 1985 met belangrijke documenten tot staving, blijkt een ernstige bestaansgrond te hebben.

Hij wordt niet weerlegd door het openbaar ministerie dat ook niet aanbiedt het te weerleggen.

Het is evident dat het realiseren in de zomer 1983 van de zuiveringsinstallatie waardoor het geloosde water van toen af conform de normen van de lozingsvergunning kon zijn, niet noodzakelijk inhoudt dat er vroeger geen overmacht geweest kon zijn. Zulks moet worden beoordeeld naar het ogenblik van het plegen van het misdrijf.

Er kan echter wel door ieder redelijk mens aangenomen worden dat buiten elk bewijs van overtreding van de zorgvuldigheidsnorm door de beklagde, deze laatste voor de keuze gesteld ofwel een aanzienlijk kwaad te laten gebeuren zoals ten deze de ondergang, het failliet van zijn onderneming met alle zwaar economische en sociale gevolgen ervan, ofwel het plegen van een inbreuk op een strafbaar gestelde minder zware norm, deze laatste situatie verkiest waarbij hij een rechtsgoed van lagere order opoffert voor een hogere.

Deze situatie van overmacht ingeroepen door de beklagde voor de feiten van de telastlegging en waarvan het tegendeel niet bewezen wordt, neemt alle schuld van de beklagde weg aan wie ontslag van rechtsvervolgning dient te worden verleend (...)

NOOT—Een beroep op a.v.a.s. inzake milieuverontreiniging

1. Ook al staat het niet met zoveel woorden in het Strafwetboek, toch aanvaarden wij geen bestraffing zonder schuld van de beklagde. Hoe miniem ook het verzuim, hoe gering de onachtzaamheid, hoe onbenullig het gebrek aan voorzorg, toch veronderstelt elke bestraffing een voorafgaande fout. Bij a.v.a.s. (afwezigheid van alle schuld) volgt de vrijspraak van de beklagde automatisch.

De strafrechter stelt op onaantastbare wijze vast of een beklagde schuld treft of niet. Technisch-juridisch is op deze beslissing bijgevolg niets aan te merken.

2. Toch zijn er heel wat bedenkingen te maken bij deze zaak. Hoe komt de wetgever ertoe bepaalde normen op te leggen, die achteraf economisch niet verantwoord blijken? Werd dan niet overwogen welke weerslag de invoering van deze milieubeschermdende maatregelen had op de tewerkstelling, de overlevingskansen van de voedingsnijverheid, de economie van het land?

Heeft de Regering die bepaalde normen oplegt, dan geen subsidieplicht t.a.v. de nijverheid? Moet ook de Staat niet bijdragen tot de waterzuivering?

3. Het komt me zonderling voor dat de strafrechter met deze problematiek wordt geconfronteerd. Het siert de strafrechter dat hij de strafwet niet blindelings hanteert, dat hij begrip opbrengt voor de sociale gevolgen van zijn beslissing, dat hij zich bewust is van zijn rol bij het toepassen van strafsancities.

Maar wijst deze vrijspraak niet op een ondoordacht vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie? Inzake waterverontreiniging zoals in andere takken van de milieubescherming dient men de wettelijke voorschriften met redelijkheid en met realiteitszin te hanteren wil men 's lands economie niet ontredde.

Of wou men hier de gebrekkigheid van de wet bewijzen door de absurditeit van de strafvervolgning?

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER — 3 OKTOBER 1985

Voorzitter: de h. Laurens

Raadsheren: de hh. Casier en Decorte (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Colpaert

Advocaten: mrs. De Padt en Snick

Landschappen en monumenten — Onderhoudswerkzaamheden.

Wanneer het herstel van een monument dat in het bezit is van een particulier, zeer zware kosten meebrengt en de betrokkene geen zekerheid heeft dat hij aanspraak kan maken op een subsidie, heeft hij geen schuld wanneer hij het herstel niet uitvoert indien zulks zeer zware financiële kosten zou veroorzaken die zijn gezin en zijn bedrijf ten ondergang brengen.

De Vlaamse Gemeenschap en S. t/ F. en D.

1. Beklaagden, die eigenaar zijn van het vast gedeelte van de Margrietmolen, als monument beschermd bij K.B. van 20 september 1958, betwisten in feite niet ernstig dat het deel van de molen waarvan zij eigenaar zijn, in slechte staat verkeert ten gevolge van het uitblijven van de nodige instandhoudings- en onderhoudswerkzaamheden waartoe zij door de Rijksdienst voor Monumenten- en Landschapszorg herhaaldelijk werden aangemaand overeenkomstig art. 11, § 1, decreet 3 maart 1976 en de artt. 1 en 2 K.B. van 6 december 1976, waarvan art. 2 louter als voorbeeld enkele instandhoudings- en onderhoudswerkzaamheden opnoemt. De foto's bewijzen dit genoegzaam. De materialiteit van de telastlegging staat derhalve vast.

2. Beklaagden stellen dat zij als eenvoudige landbouwers financieel niet bij machte zijn de gevorderde herstellingswerken aan de molen uit te voeren.

Welke de juiste kostprijs tot herstel van de molen bedraagt, is niet bekend.

Volgens de burgerlijke partij «De Vlaamse Gemeen-

schap» kunnen de herstellingswerken voor het gedeelte dat eigendom is van beklaagden, geraamd worden op vijf miljoen frank. Zij blijft evenwel totaal in gebreke ook maar één betrouwbaar document voor te brengen ter staving van haar schatting.

De burgerlijke partij S. raamt de kostprijs van herstel van de molen in zijn geheel, op heden B.T.W. en honoraria inbegrepen, op 10.400.000 frank. Samen met zijn echtgenote is hij medeëigenaar van de Margrietmolen geworden sinds hij op 8 november 1976 de «roerende en draaiende werken» van de molen kocht van de familie R. uit V. Daar hij ingenieur-architect is met bijkomende licentie Stedebouw, Ruimtelijke Ordening en Ontwikkeling, mag aangenomen worden dat zijn vooropgestelde raming de werkelijkheid benadert te meer daar architect G. uit A., aangesteld door beklaagden, met een cijfer van 10.260.698 frank, ongeveer tot een zelfde raming komt. Diens raming is gebaseerd op een exact samenvattende meetstaat door S. opgesteld, die in juni 1977 reeds een kostprijs van meer dan 4.000.000 frank exclusief B.T.W. en honoraria vermeldde. Bovendien wijst architect G. er terecht op dat een aantal posten enkel een exacte meting zullen toelaten bij gebeurlijke uitvoering van het werk waarvoor hij een meerprijs voorziet van ongeveer 10%, hetgeen het geheel der herstelkosten zou brengen op een «goede» elf miljoen frank.

Waarop de burgerlijke partij S. steunt om in haar nota voorop te stellen dat enkel ongeveer de helft van de ramingskosten nodig zou zijn voor de restauratie van het vast gedeelte — eigendom van beklaagden — is geenszins duidelijk. Gelet op haar vakkundigheid, was het nochtans gemakkelijk geweest nauwkeurige en voor de beklaagden controleerbare gegevens te verstrekken. De zeer slechte staat van het vast gedeelte zoals kleurfoto's aantonen, doet sterk vermoeden dat een verdeling der kosten bij helfte weinig waarschijnlijk is. Ware dit wel het geval geweest, dan mag aangenomen worden dat S. in detail de kostenraming naar voren had gebracht inzake herstel van de roerende- en draaiende werken, waarvoor hij in 1976 tenslotte slechts 50.000 frank betaalde.

3. De rechtvaardigingsgrond ingeroepen door de beklaagden, blijkt aldus een ernstige bestaansgrond te hebben. Het spreekt voor zichzelf dat beklaagden als kleine landbouwers die, zoals zij ter zitting verduidelikten (en niet tegengesproken door partijen) een hoeve van 3,5 ha exploiteren, zomaar niet over de financiële middelen beschikken om hun wettelijke verplichting na te komen. De ingeroepen rechtvaardigingsgrond wordt noch door het openbaar ministerie noch door de burgerlijke partijen weerlegd evenmin bieden zij aan het te weerleggen.

Uit het dossier briefwisseling door de Rijksdienst voor Monumenten- en Landschapszorg toegezonden aan de procureur des Konings, blijkt overigens dat beklaagden reeds bij de eerste vergadering met de Rijksdienst in persoon van inspecteur De S. op 7 april 1981, deze erop wezen dat zij niet over de nodige financiële middelen beschikten doch op dat ogenblik was S. — huidige burgerlijke partij — eventueel nog wel bereid het vast gedeelte van de molen te kopen.

Sinds april 1981 zoeken beklaagden vruchteloos een koper. Uiteindelijk werd op 10 oktober 1982 door hen een brief gericht aan de betrokken Rijksdienst met de vraag of de dienst koper was, maar zelfs ook de Rijksdienst bleek

geen interesse in de aankoop te hebben. In maart 1984 probeerden beklaagden hun eigendomsdeel in de molen te schenken aan de gemeente L. op wier grondgebied de Margrietmolen staat. De gemeenteraad besliste op 2 mei 1984 evenwel de schenking niet te aanvaarden.

Deze vaststellingen wijzen er zeer duidelijk op dat niet enkel de gewone burger maar ook de Rijksinstellingen en openbare besturen terugschrikken voor de zeer zware kosten die eventueel herstel van de molen zou vergen, ook al «kan» dan met toepassing van het decreet van 17 november 1982 — zoals de b.p.'n beweren, doch niet voorleggen — de eigenaar een subsidie krijgen van 90%, waaromtrent beklaagden echter op heden geen enkele zekerheid hebben ontvangen. Nog moet redelijkerwijze worden aanvaard dat de doorsneeburger dergelijke uitgaven niet aankan zelfs al zou hij uiteindelijk slechts voor 10% moeten bijdragen in de herstellkosten van zijn eigendom, zoals concreet onder punt 1 is uiteengezet.

Beklaagden kwamen anderzijds eerder toevallig in het bezit van het vast gedeelte der molen en wel door een schenking van 16 februari 1966 waarbij L. thans overleden, aan D. een woonhuis met medegaande stallen, varkenshok en verdere afhankelijkheden waaronder de Margrietmolen schonk. Uit de notariële akte blijkt dat de windmolen op dat ogenblik in totaal vervallen toestand was. Aldus staat vast dat de molen noch door de nalatigheid van beklaagden noch door hun gebrek aan voorzorg in de huidige staat verkeert, aangezien de Margrietmolen begin 1966 reeds totaal vervallen was. Enige tekortkoming van beklaagden aan de algemene zorgvuldigheidsplicht komt niet bewezen voor. Men kan beklaagden niet verwijten geen koper te hebben gevonden.

4. Beklaagden verkeren in een noodsituatie ten gevolge van omstandigheden die zij redelijkerwijze noch hebben kunnen voorzien noch hebben kunnen voorkomen.

Het uitvoeren van het herstel van het vast gedeelte van de Margrietmolen door beklaagden zou voor hen de financiële ondergang van hun gezin en van hun kleine landbouwbedrijf meebrengen. Geplaatst voor dit ernstig en dreigend kwaad zijn ze verplicht en gerechtigd hun familiale belangen vóór alle andere te beschermen. Een redelijk en voorzichtig mens zou in dezelfde omstandigheden niet beter hebben gekund. Het recht kan niemand verplichten boven zijn krachten te handelen.

Deze situatie van overmacht ingeroepen door beklaagden en waarvan het tegendeel niet bewezen wordt, neemt alle schuld van de beklaagden weg, aan die de eerste rechter dan ook terecht ontslag van rechtsvervolgning zonder kosten heeft verleend.

(...)

NOOT—Monumentenzorg en subsidiëring

Dit arrest toont aan dat het niet voldoende is een onroerend goed bij besluit te beschermen om het voor (verder) verval te behoeden. Een dergelijke papieren bescherming heeft maar zin, als de nodige middelen voor herstel en onderhoud vrijgemaakt kunnen worden, en het arrest neemt terecht aan dat daarbij de financiële draagkracht van de eigenaars niet overschreden mag worden. Weliswaar is er een subsidieregeling (besluit Vlaamse Executieve 1 juli 1982, bekrachtigd bij decreet van 17 november 1982), maar

ten minste 10% van de kosten van de subsidieerbare werken (en niet alle werken zijn subsidieerbaar) blijven ten laste van de eigenaars. Bovendien kan de uitbetaling van deze subsidies lang op zich laten wachten, zodat de eigenaar in vele gevallen ten minste een deel van de subsidieerbare kosten zal moeten voorschieten. Er is inderdaad nog een spoedprocedure voor de subsidiëring (circulaire van 27 maart 1985, *B.S.*, 31 augustus 1985, 12595), maar het maximale bedrag dat kan worden toegekend, bedraagt 2.000.000 frank, en dan nog in uitzonderlijke gevallen.

Gelet op de bedragen die voor de restauratie van de molen vereist waren, blijktbaar onvoldoende.

Ten slotte heeft ongetwijfeld een rol gespeeld de vaststelling dat geen enkele overheid bereid was de molen over te nemen, zelfs niet gratis. In dit verband kan worden opgemerkt dat het voor Vlaanderen opgeheven artikel 2, laatste lid, van de wet van 7 augustus 1931 tot bescherming van monumenten en landschappen bepaalde dat de particulier aan wie het monument toebehoorde, mocht eisen, in plaats van de nodige werken uit te voeren, dat de Staat het onroerend goed onteigende.

M. Boes

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

3e KAMER — 28 NOVEMBER 1986

Voorzitter : mevr. Scheere

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Vanderschelde en September

Eerste advocaat-generaal : de h. De Leye

Advocaten : mrs. Isenborghs, loco Hoschet, en Haex, loco Nelissen Grade

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Sociale verkiezingen — Kandidaatstelling — Opgezegde werknemer — Bescherming — Wederopneming — Verplichting — Nationaal akkoord 1958 — Opheffing.

Het enkele feit dat de kandidatuur van een werknemer als personeelsafgevaardigde voor de ondernemingsraad en het veiligheidscomité pas na diens opzegging wordt gesteld, ontnemt de belanghebbende niet de hoedanigheid van beschermde werknemer en ontslaat de werkgever niet van de verplichting tot werkelijke wederopneming.

Op het huidige ogenblik is er geen nationaal akkoord noch c.a.o. met betrekking tot de eventuele kandidaatstelling van reeds opgezegde werknemers voor de ondernemingsorganen.

V. t/ N.V. B.

Appellant is bij geïntimeerde in dienst getreden op 10 januari 1973 in de hoedanigheid van bediende, overeen-

komstig de voorwaarden bepaald in de aanwervingsbrief van 8 januari 1973, door beide partijen ondertekend.

Op 23 februari 1979 heeft geïntimeerde de volgende aangetekende brief aan appellant toegestuurd : «... U bij deze te betekenen dat wij van uw diensten zullen afzien vanaf 1 oktober 1979. De opzeggingstermijn, waarvan de duur zeven maanden bedraagt, zal een aanvang nemen op 1 maart 1979 om te eindigen op 30 september 1979. Tijdens deze opzegtermijn bent U vrijgesteld van prestaties.»

Op 27 februari 1979 heeft de A.C.L.V.B. de kandidatenlijst meegedeeld voor de ondernemingsraad en voor het comité-V.G.V., met het oog op de aanstaande sociale verkiezingen ; appellant komt op deze lijsten voor als kandidaat «bedienden».

Op 7 maart 1979 vroeg de A.C.L.V.B. de wederopneming van appellant. Bij brief van 15 maart 1979 vroeg geïntimeerde aan de Centrale «de mogelijkheid te willen onderzoeken uw standpunt ter zake te herzien», gelet op het «gentleman's agreement» tussen de bedrijven en de vakbonden. De Centrale antwoordde niet, ook niet toen geïntimeerde aandrang om «uw standpunt ter zake te mogen kennen».

De sociale verkiezingen hadden plaats op 27 april 1979. Appellant kwam voor op de lijst nr. 2 voor zowel de ondernemingsraad als het C.V.G. ; hij werd ook opgeroepen om aan de verkiezingen deel te nemen.

Het «loon» werd verder per maand uitbetaald, het dubbel vakantiegeld op het einde van mei 1979. Appellant leverde vanaf 1 maart 1979 geen arbeidsprestaties meer en werd evenmin aangemaand het werk te hervatten. Op het einde van september werd de eindafrekening gemaakt, waaronder het vakantiegeld einde dienstbetrekking. Het vakantieattest vermeldt een «in dienst van de onderneming zijn» per 10 januari 1973 tot 30 september 1979.

Bij dagvaarding van 11 februari 1980 heeft appellant een vordering ingesteld bij de Arbeidsrechtbank te Leuven ten einde een forfaitaire beschermingsvergoeding te bekomen, alsmede de oogstpremie 1979 en het loon september 1979 en subsidiair een supplementaire verbrekingsvergoeding.

Geïntimeerde A. stelde dat appellant V. door «weg te blijven» zelf de arbeidsovereenkomst heeft verbroken, en stelde een tegeneis in tot het bekomen van een verbrekingsvergoeding overeenkomstig zeven maandwedden.

De Arbeidsrechtbank te Leuven heeft de hoofdeis ontvankelijk doch ongegrond verklaard en de tegeneis niet ontvankelijk wegens laattijdigheid.

(...)

1. De beschermingsvergoeding

a) het recht op beschermingsvergoeding

Het is boven elke twijfel verheven dat appellant de hoedanigheid van beschermd werknemer had en afgedankt werd tijdens de beschermde periode ; deze strekt zich immers uit van de 30e dag die de aanplakking van de datum der verkiezingen voorafgaat tot aan de dag waarop de bij de volgende verkiezingen verkozen kandidaten worden aangesteld (art. 1bis, § 4, van de wet van 10 juni 1952, gew. door de wet van 17 februari 1971 ; *Arbh. Brussel*, 30 april 1974, *Med. V.B.O.*, nr. 7, 1 maart 1975, p. 891). In casu hadden de verkiezingen plaats op 27 april 1979, zodat, overeenkomstig art. 20 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, de datum van

aanplakking gelegen was tussen 28 januari 1979 en 7 februari 1979, terwijl appellant ontslagen werd op 23 februari 1979.

Het is hierbij niet relevant dat geïntimeerde van deze kandidaatstelling toen nog niet op de hoogte was (Cass., 10 december 1975, J.T.T., 1976, 202), evenmin dat appellant nooit interesse had betoond voor vakbondsactie; immers de wet stelt noch de voorwaarde van «kennis hebben van», noch van «vermoedelijke kandidatuur»; in de duidelijk in de tijd afgebakende beschermingsperiode is inderdaad een «onzekere» periode begrepen (tussen de aanvangsdatum van die periode en het indienen van de lijsten door de vakbonden) tijdens welke elke werknemer een «mogelijk» kandidaat is, en een opzegging derhalve een zeker risico inhoudt voor de werkgever.

Ten einde misbruiken tegen te gaan werd weliswaar, zoals geïntimeerde betoogt, op 16 juli 1958 (B.S., 14 augustus 1958) een nationaal akkoord gesloten tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties. Ten onrechte beroept geïntimeerde zich hierop, om «rechtsmisbruik» ten laste van appellant vast te stellen; immers dit akkoord bond de ondergetekende partijen en dus niet de werknemers, terwijl het gewijzigd werd door dat van 28 november 1962 en opgeheven door artikel 21 van de C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 12 september 1972. In deze nieuwe, afdwingbare C.A.O. werden geen bepalingen opgenomen over de voordracht van kandidaten en, hoewel de werkgevers en werknemersorganisaties de desbetreffende bepalingen in herinnering brachten in het advies nr. 568 van de Nationale Arbeidsraad van 19 december 1977 en zij afspraken een nieuwe overeenkomst desaan gaande te sluiten, is dit tot op heden niet gebeurd (zie G. Van Acker en O. Vanachter, «Overlegorganen», losbladige editie, VI/37 van 12 januari 1983).

Geïntimeerde blijft in gebreke dit beweerd «rechtsmisbruik» ook op een andere wijze aan te tonen; integendeel blijkt appellant zijn kandidatuur reeds bij zijn vakbond te hebben voorgesteld bij het formulier *ad hoc* ingediend op 15 januari 1979, hetzij vóór het ontslag.

Ook het middel dat geïntimeerde «hoe dan ook» tot afdanking zou zijn overgegaan, dient te worden verworpen, aangezien niets in het dossier terug te vinden is omtrent onbevredigende gedragingen van appellant en de afdankingsbrief hiervan geen melding maakt.

Appellant werd dus ontslagen tijdens de beschermde periode; er is geen «rechtsmisbruik» bewezen.

Niet verzocht wordt, dat op geldige wijze om wederopneming verzocht werd; deze werd immers aangevraagd overeenkomstig de wettelijke bepalingen, namelijk bij aangetekende brief van 7 maart 1979, dit is binnen dertig dagen zowel na de betekening van de opzegging als na de voordracht van de kandidatuur, wat overigens niet eens cumulatief voorgeschreven is (Cass., 24 oktober 1983, J.T.T., 1984, 339).

Ten onrechte heeft het bestreden vonnis nochtans geoordeeld dat de werkgever voldaan heeft aan zijn verplichting, opgenomen in artikel 21, § 7, van de wet van 20 september 1948 en *ibis*, § 7, van de wet van 10 juni 1952, om de ontslagen werknemer in de onderneming te herplaatsen «binnen dertig dagen na de aanvraag der herplaatsing».

Tijdens die nuttige periode, gaande van 7 maart 1979 tot 7 april 1979, heeft geïntimeerde er zich immers niet onvoor-

waardelijk toe verbonden appellant onder dezelfde voorwaarden als voordien opnieuw te werk te stellen, noch door woorden, noch door handelingen (zie over deze verplichting Cass., 1 december 1980, R.W., 1980-81, 1991; integendeel strekken de brieven van 15 maart en 6 april 1979 er veeleer toe de kandidatuur van appellant te doen intrekken, terwijl het maandelijks uitbetalen van loon en het «zowel passief als actief laten deelnemen aan de sociale verkiezingen» — dit laatste overigens na de nuttige periode — eenvoudig de voortzetting is van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn, zoals geïntimeerde zelf beslist had en overeenkomstig de door haar bepaalde modaliteiten.

Appellant was dus wel degelijk een «beschermd werknemer» die tijdens de beschermde periode werd afgedankt en die niet gereïntegreerd werd, ondanks regelmatig verzoek daartoe.

b) De vergoeding

Appellant heeft recht op een beschermingsvergoeding; deze bedraagt twee jaar loon, wat overigens niet betwist wordt.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

3e KAMER — 2 DECEMBER 1986

Voorzitter: de h. Marcelis

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Leybaert en Van Ghe-luwe

Advocaten: mrs. Huyskens loco Deprez en Stolk loco Clij-mans

Arbeidsongeval — 1. Geneeskundige verzorging — Noodzakelijkheid — Begrip — Seksuele handicap — 2. Reiskosten — Medische redenen — Begrip.

1. Voor zover zij tot het herstel van zijn fysieke toestand kan bijdragen, heeft de getroffene recht op de geneeskundige verzorging verleend door een psychiater-seksuoloog voor een seksuele handicap veroorzaakt door een arbeidsongeval. Niet vereist is dat die verzorging uiteindelijk de arbeidsongeschiktheid vermindert.

2. De getroffene heeft recht op vergoeding van de normale reiskosten die om medische redenen worden gemaakt.

R. t/ N.V. F.

Overwegende dat appellant 15.570 fr. vordert voor medische behandelingskosten en 8.400 fr. als reiskosten, zijnde in totaal 23.970 fr.:

I. De medische kosten

Overwegende dat uit de verslagen van de dokters L. en L. blijkt dat de seksuele moeilijkheden die appellant onder-vindt wel degelijk het gevolg zijn van het arbeidsongeval; dat dit trouwens reeds in het arrest van 3 december 1985 werd vastgesteld;

Overwegende dat artikel 28, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet bepaalt dat de getroffene tot het einde van de bij artikel 72 bepaalde termijn recht heeft op geneeskundi-

ge, heelkundige, farmaceutische en verplegingszorgen die het ongeval noodzakelijk maakt;

Overwegende dat de terminologie «geneeskundige, heelkundige, farmaceutische en verplegingszorgen» duidt op alle verzorgingskosten die het ongeval kan veroorzaken en die een fysieke toestand kunnen herstellen die zoveel mogelijk de vroegere toestand benadert; dat niet vereist is dat die zorgen uiteindelijk de ongeschiktheid verminderd hebben; dat voldoende is dat ze nuttig kunnen zijn (Cass., 8 februari 1917, *Pas.*, 1917, I, 378; A. Van De Velden en H. Schamp, *Arbeidsongevallen in de privé-sector*, blz. 157; Van Deur, *De arbeidsongevallen*, blz. 167).

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat appelland bij dokter M.P., psychiater-seksuoloog, een therapie van veertien zittingen heeft gevolgd in verband met zijn seksuele moeilijkheden;

Overwegende dat dokter P. in haar brief aan de raadsman van appelland stelt dat de therapie noodzakelijk was om appelland te leren leven met zijn seksuele handicap; dat deze therapie ertoe geleid heeft dat appelland zijn handicap aanvaardde, dat hem werd bijgebracht dat hij toch nog een bevredigende seksuele relatie kon hebben, evenwel zonder goede erectie doch wel met ejaculatie en dat hem werd geleerd dat zijn impotentie niet betekende dat hij steriel was en dat zijn wens naar kinderen nog vervuld kon worden;

Overwegende dat dit verslag van dokter P. niet wordt tegengesproken door enig medisch document vanwege geïntimeerde;

Overwegende dat uit dit verslag wel degelijk blijkt dat de gevolgde therapie erg nuttig kon zijn en ook nuttig is geweest om appelland zoveel mogelijk in zijn fysieke toestand van vóór het ongeval te herstellen; dat deze therapie dan ook beschouwd dient te worden als noodzakelijk gemaakt door het ongeval;

Overwegende dat geïntimeerde ten onrechte stelt dat de gemaakte kosten niet noodzakelijk waren, aangezien dokter L. in zijn verslag had vermeld dat de toestand van appelland niet meer evolueerde en de toestand consolideerbaar was en dat dokter L. van oordeel was dat de revalidatiemogelijkheden uitgeput waren; dat immers deze appreciaties van de gerechtelijke deskundigen, zoals blijkt uit hun verslagen, enkel betrekking hebben op de arbeidscapaciteit van appelland en niet op geneeskundige verzorging die daarbuiten zo was dat de fysieke toestand van appelland zoveel mogelijk kon herstellen;

Overwegende dat het honorarium van dokter M.P. 15.570 fr. bedroeg, zoals blijkt uit haar attest van 2 juni 1986; dat dit bedrag op zichzelf door geïntimeerde niet wordt betwist;

II. De reiskosten

Overwegende dat appelland betaling vraagt van zijn reiskosten van Sint-Niklaas (zijn woonplaats) tot Lier (dokter P.), zijnde $80 \text{ km} \times 7,5 \text{ fr. per km} \times 14 \text{ zittingen} = 8.400 \text{ fr.}$;

Overwegende dat geïntimeerde meent deze kosten niet te moeten dragen; dat zij stelt dat de verzekeraar slechts tot betaling van verplaatsingskosten gehouden is voor zover deze met zijn toelating worden gemaakt, dan wel om dringende medische redenen, wat ter zake niet het geval is; dat, steeds volgens geïntimeerde, de therapeutische behandeling te Sint-Niklaas of omgeving kon plaatshebben en het der-

halve niet gerechtvaardigd was om telkens 80 km. af te leggen om de therapie te volgen;

Overwegende dat dit standpunt van geïntimeerde niet aanvaard kan worden;

Overwegende dat de zittingen bij dokter P. hebben plaatsgehad in 1984 en 1985;

Overwegende dat artikel 36, eerste lid, 7°, van het koninklijk besluit van 21 december 1971, houdende uitvoering van sommige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet, bepaalt dat de getroffene ten laste van de verzekeraar recht op vergoeding heeft van de kosten voor verplaatsing die voortvloeien uit het ongeval, telkens als hij zich moet verplaatsen om medische redenen;

Overwegende dat geïntimeerde uit het oog heeft verloren dat vermeld artikel 36, eerste lid, 7°, werd gewijzigd bij koninklijk besluit van 18 mei 1982 (Belgisch Staatsblad van 27 mei 1982); dat dit koninklijk besluit bepaalt dat in het eerste lid, 7°, van artikel 36 het woord «dringende» wordt geschrapt;

Overwegende dat hiervoor reeds werd vastgesteld dat de therapie bij dokter P. noodzakelijk voortvloeit uit het ongeval en dit derhalve ook het geval is voor de reiskosten; dat de reizen evident hebben plaatsgehad om medische redenen; dat derhalve de in artikel 36, eerste lid, 7°, gestelde voorwaarden vervuld zijn;

Overwegende dat de door een arbeidsongeval getroffene geen reiskosten van de wetsverzekeraar kan eisen die niet als normaal kunnen worden beschouwd of een buitenissig karakter hebben;

Overwegende dat dit ter zake niet het geval is;

Overwegende dat appelland immers genoodzaakt was een psychiater-seksuoloog te consulteren tot verbetering van zijn fysieke en psychische toestand; dat de psychiatrie-seksuologie een specialisatie is die in België nog weinig voorkomt, zodanig dat zelfs academische ziekenhuizen niet altijd over een gespecialiseerde dienst in die richting beschikken;

Overwegende dat de reizen van appelland tot bij dokter P. te Lier, hoogstwaarschijnlijk aanbevolen door de huisdokter, dan ook geen buitenissig of abnormaal karakter hebben; dat geïntimeerde trouwens niet aanduidt bij welke specialist appelland te Sint-Niklaas of omgeving terecht kon;

Overwegende dat wat de omvang van deze verplaatsingskosten betreft appelland, conform artikel 36, vierde lid, van het koninklijk besluit van 21 december 1971, recht heeft op: $14 \text{ (zittingen)} \times 80 \text{ (km)} \times 4 \text{ fr.} = 7.840 \text{ fr.}$;

(...)

CORRECTIONELE RECHTBANK TE GENT

5e KAMER — 25 SEPTEMBER 1986

Voorzitter: de h. Verhaegen

Rechters: de hh. De Meue en Smetryns

Openbaar ministerie: de h. Pauwels

Advocaten: mrs. Blancke, Mertens, Bruynooghe, Lefebvre, Van Nieuwenhove en Moentjens

Huwelijksgoederenrecht — Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Motorrijtuigenverzekering — Verkeersongeval,

door man veroorzaakt, waarbij zijn vrouw gewond wordt — Recht van verhaal van de verzekeringsinstelling tegen de man en tegen de motorrijtuigenverzekeraar.

Beklaagde heeft een verkeersongeval veroorzaakt waarbij zijn vrouw als inzittende gewond werd. Voor de auto had zijn zoon een verzekering van het type B.A.-Plus afgesloten.

De kosten van geneeskundige verzorging zijn als een eigen schuld te beschouwen van diegene van de echtgenoten die ze door zijn onrechtmatige daad heeft veroorzaakt, en het recht op herstel van persoonlijke lichamelijke of morele schade is eigen. De kosten van geneeskundige verzorging en de primaire vergoedingen kunnen derhalve door de gesubrogeerde Z.I.V.-instelling worden verhaald op het eigen vermogen van de man. Daaraan staat niet in de weg dat de man gerechtigde van de verzekering is.

Dat de bedingen van de polis B.A.-Plus afwijken van art. 7 van de modelpolis en de echtgenoot van de bestuurder een recht op uitkering geven, is slechts een terugkeer tot de algemene regel van de dekking in het kader van de W.A.M.-verzekering. De Z.I.V.-instelling heeft derhalve ook een recht van verhaal tegen de motorrijtuigenverzekeraar.

L.C.M. e.a. t/ De M. en N.V. U.

(...)

1. Eis van de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten als burgerlijke partij tegen de beklaagde

De burgerlijke partij vordert op grond van artikel 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 als gesubrogeerde in de rechten en vorderingen van haar lid, Antoinette S., tegen de derde verantwoordelijke, ter zake haar echtgenoot, de beklaagde, de veroordeling van deze laatste tot de terugbetaling van de door haar verleende prestaties, namelijk uitgaven voor geneeskundige verzorging en voor arbeidsongeschiktheid.

De beklaagde vordert de afwijzing van de aldus tegen hem ingestelde vordering als ongegrond, stellende:

— dat hij op 13 juli 1960, zonder voorafgaand huwelijkscontract, in het huwelijk trad met Antoinette S., derwijze dat zij, bij gebrek aan enige wijziging van het huwelijkstelsel, ressorteren onder het stelsel van de gemeenschap van aanwinsten;

— dat hij tegen de vordering van de burgerlijke partij als gesubrogeerde alle verweermiddelen en excepties kan aanvoeren, die hij had kunnen inroepen tegen de persoonlijke rechtsoverdracht van de getroffen;

— dat de kosten voor geneeskundige verzorging uitgaven zijn, die in het kader van de wettelijke verplichtingen van de echtgenoten tot wederzijds onderhoud, hulp en bijstand, ten laste vallen van de gemeenschap, terwijl de primaire vergoedingen, die de vervanging van een beroepsinkomen beogen, overeenkomstig artikel 1405 van het Burgerlijk Wetboek in de gemeenschap vallen;

— dat Antoinette S. zich in deze omstandigheden onmogelijk tegen hem burgerlijke partij had kunnen stellen, zodat de burgerlijke partij, als gesubrogeerde in de rechten van haar lid, zulks ook niet kan;

— dat de structuur van de ziekteverzekering, inzonderheid haar familiaal karakter, zich verzet tegen een terug-

vordering ten laste van hem, gerechtigde van de verzekering, voor uitkeringen gedaan aan zijn echtgenote, die door de ziekteverzekering als een persoon te zijnen laste wordt beschouwd.

Door de burgerlijke partij wordt niet betwist dat de beklaagde gehuwd is zonder voorafgaand huwelijkscontract en dat de echtgenoten De M.-S. ressorteren onder het wettelijk stelsel.

Voorts merkt de beklaagde terecht op dat de burgerlijke partij als gesubrogeerde niet meer rechten kan uitoefenen dan de oorspronkelijke schuldeiser. Er dient dan ook te worden onderzocht of er ter zake sprake kon zijn van een schuldverdring van de ene echtgenoot tegen de andere, meer bepaald van Antoinette S. tegen de beklaagde.

Het staat, op grond van artikel 1407 van het Burgerlijk Wetboek, vast dat de schulden ontstaan uit een strafrechtelijke veroordeling of uit een onrechtmatige daad begaan door een der echtgenoten hem eigen zijn.

Alle schade, veroorzaakt door de ten laste van de beklaagde bewezen verklaarde misdrijven, maakt derhalve een eigen schuld uit van de beklaagde. Ook de kosten voor geneeskundige verzorging, die normalerwijze overeenkomstig artikel 1408, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek gemeenschappelijk zijn, zijn als een eigen schuld te beschouwen van diegene van de echtgenoten die deze kosten door zijn onrechtmatige daad veroorzaakte.

Anderzijds bepaalt artikel 1401.3 van het Burgerlijk Wetboek dat het recht op herstel van persoonlijke lichamelijke of morele schade eigen is.

Het blijkt de wil van de wetgever (*Pasin.*, 1976, 1707, Verslag Hambye) te zijn geweest dat de door de echtgenoot-schadelijder aldus verkregen vergoedingen, zelfs al beogen zij de vergoeding van het verlies van een aan de gemeenschap toekomend beroepsinkomen, hem eigen blijven. Het kan in die omstandigheden bezwaarlijk de bedoeling zijn geweest van dezelfde wetgever deze vergoedingen in het toepassingsveld van artikel 1405.1 van het Burgerlijk Wetboek te laten vallen. Indien zulks de wil is geweest van de wetgever voor de vergoeding van de persoonlijke lichamelijke of morele schade veroorzaakt door een derde, dan moet zulks uiteraard zijn bedoeling zijn geweest voor de vergoeding van de persoonlijke lichamelijke schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van de andere echtgenoot, die, door de opname van de vergoeding in de gemeenschap, tot aan de ontbinding van deze gemeenschap er voordeel zou uit halen.

Er dient derhalve aanvaard te worden dat A.S. zowel voor de kosten voor geneeskundige verzorging, als voor de primaire vergoedingen, die beide strekken tot het herstel of de vergoeding van de door haar geleden persoonlijke lichamelijke schade, houdster was van een eigen schuldverdring tegen de beklaagde en dat deze vordering, hangende de gemeenschap, overeenkomstig artikel 1450 van het Burgerlijk Wetboek verhaalbaar was op de eigen goederen van de beklaagde (*Cass.*, 18 juni 1976, *R.G.A.R.*, 1977, 9759).

Ten overvloede kan erop worden gewezen dat, voor zover toch zou moeten worden aanvaard dat de bepaling van artikel 1401.3 van het Burgerlijk Wetboek geen uitzondering uitmaakt op de bepaling van artikel 1405.1 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 56, § 1, van de wet van 9 augustus 1963 de vermindering door letsels of functionele stoornissen van het «vermogen tot verdienen» tot een derde

of minder als criterium van de arbeidsongeschiktheid hanteert, hetgeen erop wijst dat de primaire vergoedingen geen inkomensvervangend karakter hebben, doch enkel strekken tot het herstel of de vergoeding van de aantasting van de lichamelijke integriteit en dientengevolge eigen zijn aan de echtgenoot-schadelijder (Brussel, 13 november 1975, *R.G.A.R.*, 1977, 9717).

Ten slotte kan de stelling niet worden aangenomen dat de structuur zelf van de ziekteverzekering, inzonderheid haar familiaal karakter, zich zou verzetten tegen de terugvordering ten laste van de schadeverwekker, gerechtigde van de verzekering.

In de eerste plaats omdat de prestaties krachtens artikel 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 worden toegekend in afwachting dat de schade effectief wordt vergoed krachtens een andere Belgische wetgeving, een vreemde wetgeving of het gemene recht, en, ingevolge artikel 241 van het koninklijk besluit van 4 november 1963, afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat de sociaal verzekerde zijn verzekeringsorganisme in de mogelijkheid stelt zijn subrogatierecht uit te oefenen, maar vooral omdat, zoals hierboven is uiteengezet, het verhaalsrecht slechts uitgeoefend kan worden op het eigen vermogen van de echtgenoot-schadeverwekker.

De vordering van de burgerlijke partij, waarvan de omvang als zodanig niet wordt betwist, komt in deze omstandigheden ontvankelijk en gegrond voor.

2. *Eis van de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten als rechtstreeks dagende partij tegen de N. V. U.*

De rechtstreeks dagende partij richt de door haar als burgerlijke partij tegen de beklaagde ingestelde vordering eveneens tegen de verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van de beklaagde.

De rechtstreeks gedaagde partij vordert dat de vordering van de rechtstreeks dagende partij wordt afgewezen als niet toelaatbaar, dat de rechtbank zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van de vordering en dat de vordering wordt afgewezen als ongegrond, met verwijzing van de rechtstreeks dagende partij in de kosten.

De rechtstreeks gedaagde partij betoogt hierbij:

— dat de artikelen 6 en 9 van de wet van 1 juni 1956 op de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen niet van toepassing zijn, wanneer er, zoals ter zake een conventionele uitbreiding is van dekking, die buiten de toepassingsfeer valt van de wettelijke verplichte aansprakelijkheidsverzekering;

— dat de strafrechter enkel mag onderzoeken of er voldaan is aan de wettelijke vereisten van de verplichte verzekering op motorvoertuigen, doch niet bevoegd is om het ingeroepen verzekeringscontract, inzonderheid de contractuele bepalingen in verband met de uitbreiding van dekking, op hun inhoud en draagwijdte op louter contractueel vlak te onderzoeken.

Het staat vast dat de zoon van beklaagde voor de door deze laatste bestuurde en in het ongeval betrokken wagen bij de rechtstreeks gedaagde een polis afsloot van het type B.A.-Plus.

Hoewel de ter zake toepasselijke bedingen, niet worden overgelegd, mag worden aangenomen dat deze polis, in afwijking van artikel 7 van de modelpolis, recht op uitkering toekent aan de echtgenoot van de bestuurder.

Terwijl artikel 3, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956

betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen bepaalt dat de verzekering de burgerlijke aansprakelijkheid moet dekken van de eigenaar, van iedere houder en van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, met inbegrip dus van de burgerlijke aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de echtgenoot of echtgenote, bepaalde de wetgever, uit vrees voor collusie, in artikel 4 van dezelfde wet dat «van het recht op een uitkering kunnen worden uitgesloten» onder meer de echtgenote van de bestuurder.

Hieruit volgt dat het recht op uitkering van de echtgenote van de bestuurder in het kader valt van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering, doch contractueel kan worden uitgesloten.

Deze mogelijkheid tot contractuele uitsluiting wordt te baat genomen in artikel 7 van de modelpolis.

Waar de bedingen van de polis B.A.-Plus afwijken van artikel 7 van de modelpolis en een recht op uitkering geven aan de echtgenoot van de bestuurder, betekent zulks enkel een terugkeer naar de algemene regel, namelijk de dekking in het kader van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering van de burgerlijke aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van zijn echtgenote.

Ten onrechte wordt door de rechtstreeks dagende partij gesteld dat het Benelux-Gerechtshof in zijn arrest van 16 april 1980 van oordeel was «dat de wetgever van de wet van 1 juli 1956 in artikel 4 de wil had de echtgenote van de verzekeringnemer volledig en in ieder geval uit te sluiten van het voordeel van de verzekering», terwijl dit arrest enkel beslist dat het de wil van de wetgever was dat de echtgenoot van het recht op uitkering «zou kunnen worden uitgesloten door de ondertekenaars van het contract».

Nu moet worden aanvaard dat het recht op uitkering van de echtgenote valt binnen het kader van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering, dient tevens aanvaard te worden dat ter zake de echtgenote van de bestuurder, die niet contractueel uitgesloten werd, en de gesubrogeerde verzekeraar zich kunnen beroepen op de artikelen 6 en 9 van de wet van 1 juli 1956 en dat de vordering van de rechtstreeks dagende partij ontvankelijk is.

Waar ter zake evenmin kan worden betwist dat de door de echtgenote van de bestuurder opgelopen lichamelijke schade veroorzaakt werd door de fout van de beklaagde en dat, zoals hierboven is uiteengezet, zij een eigen recht op herstel en vergoeding ervan bezit, komt de vordering van de rechtstreeks dagende partij, waarvan de omvang als zodanig niet wordt betwist, als gesubrogeerde in de rechten van de echtgenote, tevens gegrond voor.

De rechtbank oordeelde hierbij niet over een vordering die buiten het kader van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering viel, noch over de rechten die de verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid kan doen gelden tegenover de verzekerde of de verzekeringnemer.

(...)

NOOT—Bovenstaand vonnis is definitief geworden.

Zie Cass., 12 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 194: een zelfde persoon kan niet ten opzichte van een zelfde verzekeraar en betreffende een zelfde schadegeval tegelijkertijd de verzekerde en ten opzichte van de verzekering een derde zijn. Zie ook Cass., 5 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1125.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 17 september 1986

Wegverkeer — Twee bestuurders die een manoeuvre uitvoeren — Voorrang voor de van rechts komende bestuurder.

Eisers middel tegen het bestreden vonnis (Corr. Brussel, 5 februari 1986), dat is afgeleid uit de schending van de artt. 12.3.1 en 12.4 van het Wegverkeersreglement, wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het bestreden vonnis impliciet doch onmiskenbaar vaststelt dat eiser op het ogenblik van het ongeval een manoeuvre uitvoerde in de zin van artikel 12.4 van het Wegverkeersreglement en hem wegens dat misdrijf veroordeelt;

«Dat het middel, in zoverre het kritiek oefent op die vaststelling, het Hof ertoe zou verplichten feitelijke gegevens te onderzoeken, waartoe het niet bevoegd is;

«Overwegende dat weliswaar uit de overige consideransen van het vonnis volgt dat de appelrechters, althans impliciet, door te verwijzen naar de situatietekening van de verbalisanten, hebben aangenomen dat de bestuurster S. zelf een manoeuvre uitvoerde door van rijstrook te veranderen, maar dat ze nochtans hebben uitgesloten dat zij dat zou hebben gedaan op een plaats waar een doorlopende witte streep haar dat verbodt;

«Overwegende dat de appelrechters, na aldus te hebben overwogen dat de beide weggebruikers een manoeuvre uitvoerden, wettig beslissen dat eiser bij het verlaten van de middenlaan en het oprijden van de zijlaan van de Louizalaan voorrang diende te verlenen aan de van rechts komende bestuurster;

«Overwegende dat de wettigheid van de beslissing niet wordt aangetast door de omstandigheid dat het vonnis eerder een overtreding van artikel 12.4 van het Wegverkeersreglement dan van artikel 12.3.1 van dat reglement in aanmerking neemt.»

(Voorzitter: de h. Stranard — Raadsheer-rapporteur: de h. Helvétius — Advocaat-generaal: de h. Piret — Advocaat: mr. Van Rossum — In de zaak: S. t/ N.V. A. en Z.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 september 1986

Verzekering — Motorrijtuigen — Regres van de verzekeraar tegen bestuurder die niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden — Bromfietsbestuurder van minder dan 18 jaar die een passagier vervoert.

Het bestreden vonnis (Rb. Luik, 5 februari 1985) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 8.2, 3°, van het koninklijk besluit van 1 december 1975 de vereiste minimumleeftijd om een motorvoertuig te besturen op 18 jaar vaststelt; dat die leeftijd echter wordt teruggebracht tot 16 jaar voor de bestuurders van bromfietsen, voor zover alleen de bestuurder het voertuig berijdt;

«Dat daaruit volgt dat de bestuurder van een bromfiets die geen 18 jaar is, deze reglementaire bepaling overtreedt wanneer hij een passagier vervoert;

«Overwegende dat artikel 25, 6°, van de algemene voorwaarden van het tussen de partijen gesloten modelcontract voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen bepaalt dat de verzekeraar een recht van verhaal heeft op de verzekeringnemer en, indien daartoe grond bestaat, ook op de verzekerde die niet de verzekeringnemer is, 'wanneer het motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval bestuurd wordt door een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden door de Belgische wet en reglementen voorgeschreven om dat motorrijtuig te mogen besturen';

«Dat dit beding geen enkele andere toepassingsvoorwaarde stelt dan de overtreding van de wet en de reglementen;

«Overwegende dat het bestreden vonnis, nadat het vonnis alvorens recht te doen had vastgesteld dat verweerder, op het ogenblik van het ongeval 17 jaar en 10 maanden oud was, niet zonder miskenning van de bewijskracht van dat contract en van de verbindende kracht ervan, heeft kunnen beslissen dat het verhaal van de verzekeraar niet is gegrond, om de reden dat voornoemd artikel 25, 6°, slechts mag worden toegepast 'op permanente toestanden met een zekere duur en niet op het occasioneel vervoer van een passagier'»

(Voorzitter: de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur: mevr. Charlier — Advocaat-generaal: de h. Piret — Advocaat: mr. Dassel — In de zaak: N.V. A. t/ B.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 13 oktober 1986

Bescherming van het loon — Loon — Begrip — Sluiting van ondernemingen — Ontslagvergoeding — Loon in de zin van de Loonbeschermingswet — Interest.

Verworpen wordt het cassatieberoep tegen de beslissing van het arrest van 18 mei 1985 van het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, dat op de ontslagvergoeding bepaald in art. 6 van de Sluitingswet van 28 juni 1966, overeenkomstig art. 10 van de Loonbeschermingswet, van rechtswegte rente is verschuldigd:

«Overwegende dat de vergoeding wegens ontslag, bepaald bij artikel 6 van de wet van 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen, toegekend wordt in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking en dus een voordeel is waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever; dat die vergoeding derhalve loon is in de zin van artikel 2 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers.»

(Voorzitter: de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaat: mr. Delahaye — In de zaak: M. e.a. t/ E. en Sluitingsfonds)

NOOT—Sluitingsvergoeding en de schadeloosstelling door het Sluitingsfonds

1. De sluitingsvergoeding bedoeld in de wet van 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen (*B.S.*, 2 juli 1966), wil een tegemoetkoming zijn voor het feit dat de werknemer met extra-reclasseringsmoeilijkheden zal worden geconfronteerd door de plotselinge toevloed van werkzoekenden op de lokale arbeidsmarkt ten gevolge van de ondernemingsluiting.

2. De vergoeding bedoeld in artikel 6 van de wet van 28 juni 1966 is een geldelijk voordeel waarop de werknemer ten laste van de werkgever recht heeft ingevolge de dienstbetrekking, meer bepaald ingevolge de beëindiging van de dienstbetrekking in de beoogde omstandigheden. Zij is dan ook loon in de zin van het artikel 2, 1°, van de wet van 12 april 1965 (cf. geannoteerd arrest).

3. Luidens artikel 9 van de wet van 28 juni 1966 is het Fonds tot Vergoeding van de in geval van Sluiting van Ondernemingen ontslagen Werknemers gehouden tot betaling van de sluitingsvergoedingen, ingeval de werkgever ter zake in gebreke is gebleven binnen de gestelde termijn van vijftien dagen volgend op de beëindiging van de overeenkomst of, wanneer de beëindiging van de overeenkomst aan de sluiting voorafging, binnen de vijftien dagen die op die sluiting volgen, of binnen de vijftien dagen die volgen op de door het beheerscomité van het Fonds vastgestelde datum.

4. Luidens artikel 2 van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot Vergoeding van de in geval van Sluiting van Ondernemingen ontslagen Werknemers, gewijzigd bij de wet van 30 maart 1976, art. 2, dient het Fonds, wanneer de werkgever bij sluiting van zijn onderneming zijn geldelijke verplichtingen tegenover de werknemers niet nakomt, aan de werknemers te betalen: 1) de lonen verschuldigd krachtens de individuele collectieve arbeidsovereenkomsten; 2) de vergoedingen en voordelen verschuldigd krachtens de wet of collectieve overeenkomsten.

5. De aanspraak op betaling van de in de wet van 28 juni 1966 bedoelde sluitingsvergoeding of van de achterstallige lonen of vergoedingen bedoeld in de wet van 30 juni 1967, die de werknemer bij sluiting van de onderneming tegen het Fonds heeft op grond van voormelde wetsbepalingen, vloeit voort uit de wet en niet uit een overeenkomst met het Fonds, noch uit een overneming door het Fonds van de verbintenissen van de werkgever. Het Fonds is dan ook geen loon verschuldigd in de zin van het artikel 2 van de wet van 12 april 1965.

Met betrekking tot de vergoedingen bedoeld in de wet van 30 juni 1967 heeft het Hof van Cassatie dit uitdrukkelijk beslist in het arrest van 1 oktober 1975 (*R.W.*, 1975-76, 1688, *Pas.*, 1976, I, 133; E. Keereman, «De loonwaarborg volgens de wet van 30 juni 1967», *J.T.T.*, 1986, 385, enz., blz. 391, nr. 3B).

6. De stelling, dat de door het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting ontslagen werknemers betaalde vergoedingen geen loon zijn in de zin van de Loonbeschermingswet, werd aangevochten (*Arbh.* Luik, 20 april 1983, *J.T.T.*, 1983, 321; *Arbrb.* Verviers, 14 juni 1978, *J.T.T.*, 1979, 206). Als argument werd aangevoerd dat uit artikel

19, § 2, 1, van het K.B. van 28 november 1969 *a contrario* volgt dat de vergoedingen toegekend in geval van sluiting van ondernemingen, loon zijn in de zin van artikel 2 van de Loonbeschermingswet.

In een arrest van 26 september 1985 verwerpt het Hof van Beroep te Gent dit tekstargument (*R.W.*, 1986-87, 688; *Soc. Kron.*, 1986, 44) als volgt: «Het gebruik van de termen 'met afwijking' beduidt geenszins dat de besproken sluitingsvergoedingen normaal wel loon zijn en alleen met betrekking tot de sociale zekerheid niet als loon worden beschouwd. Niet alleen wordt uitdrukkelijk artikel 2, eerste lid, aangeduid dat bepaalt: deze wet verstaat onder 'loon' maar ook bepaalt dat artikel 2, tweede lid: 'voor de toepassing van deze wet worden evenwel niet als loon beschouwd ...', zodat de uitdrukking 'met afwijking van artikel 2, eerste lid' geenszins noodzakelijkerwijze de betekenis inhoudt die de voorstanders van dit tekstargument aan die tekst toeschrijven, maar beduidt dat één der gevallen bedoeld wordt waarin de werkgever bepaalde vergoedingen rechtstreeks of onrechtstreeks betaalt zonder dat deze uitkeringen als loon worden beschouwd, inzonderheid dat de vergoedingen moeten worden beschouwd als een aanvulling toegekend door de verschillende takken van de sociale zekerheid».

Hierbij valt op te merken dat het Sluitingsfonds werd opgericht bij de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening.

In hetzelfde arrest oordeelt het Hof van Beroep te Gent dat de Herstelwet van 22 januari 1985 het standpunt dat de sluitingsvergoedingen loon zijn in de zin van de Loonbeschermingswet ten volle ontkracht: wanneer de sluitingsvergoedingen bevoorrecht zijn op grond van artikel 19, 3° *bis*, van de Hypotheekwet, is het creëren van een nieuw voorrecht onder artikel 19, 4° *quinquies*, ondenkbaar. De voormelde Herstelwet beklemtoont slechts dat voordien de sluitingsvergoedingen geen loon waren in de zin van artikel 2 van de wet van 12 april 1965 en dus niet bevoorrecht.

7. In ieder geval dient te worden besloten dat de vergoedingen uitbetaald door het sluitingsfonds, geen loon zijn in de zin van de Loonbeschermingswet.

De sluitingsvergoeding, bedoeld in artikel 6 van de wet van 28 juni 1966 en betaald door de werkgever, is wel loon in de zin van de Loonbeschermingswet.

Artikel 19, § 2, 1°, van het K.B. van 28 november 1969 beoogt kennelijk enkel de vergoeding, betaald door de werkgever. De termen «met afwijking op het artikel 2, eerste lid, van de wet van 12 april 1965» in voormeld artikel 19, leveren also geen interpretatiemoeilijkheden op.

8. Luidens voormeld artikel 19, § 2, 1°, van het K.B. van 28 november 1969 zijn dus geen bijdragen voor sociale zekerheid verschuldigd op de vergoedingen toegekend in geval van sluiting van onderneming (*Parl. Doc.*, *Senaat*, 1965-66, nr. 242, blz. 5). Zoals reeds is gesteld bedoelt deze tekst blijkbaar enkel de sluitingsvergoeding, die door de werkgever wordt uitbetaald.

De door het Sluitingsfonds uitbetaalde vergoedingen zijn geen loon in de zin van de Loonbeschermingswet en zijn dus, overeenkomstig artikel 14, § 2, van de wet van 27 juni 1969, evenmin loon voor de financiering van het sociale zekerheidsstelsel.

9. Aangezien noch de Sluitingsvergoeding door de werkgever uitbetaald, noch de vergoedingen door het Fonds uitbetaald, als tegenprestatie voor geleverde arbeid uitbetaald

worden, kunnen deze vergoedingen niet worden aange-
merkt als loon in arbeidsrechtelijke zin.

R. Boes

Hof van Cassatie (3e Kamer), 13 oktober 1986

*Arbeidsovereenkomst — Dringende reden — Aange-
voerde feiten — Begrip — Bewijs — Ondernemings-
raad — Beschermde werknemer — Ontslag — Erken-
ning van dringende reden door arbeidsgerechtigd — Ver-
zoekschrift — Inhoud.*

Vernietigd wordt het arrest van 21 augustus 1985 van het
Arbeidshof te Brussel:

«Overwegende dat het arrest, door te verwijzen naar het
beroepen vonnis, met name vaststelt: dat eiseres vanaf 19
januari 1981 verweerder in dienst nam als bediende-telefo-
nist: dat verweerder bij de sociale verkiezingen van 1983 als
plaatsvervangend lid van de ondernemingsraad werd verko-
zen; dat vanaf 1982 aan verweerder een aantal feiten wer-
den verweten, te weten zijn voortdurende onvriendelijkheid
en zelfs onbeleefde houding ten opzichte van bezoekers of
leveranciers met wie hij in de uitoefening van zijn taak in
contact kwam; dat eiseres bij verzoekschrift van 9 mei 1985
het geschil aanhangig maakte bij de arbeidsrechtbank;

«Overwegende dat eiseres de in het verzoekschrift aange-
voerde dringende reden mocht bewijzen door alle middelen
rechtens, onder meer door feiten die zij achteraf heeft ver-
nomen;

«Overwegende dat eiseres in haar appelconclusie de brief
van 3 juli 1985 van dokter M. aanhaalt die, volgens haar
'getuigt' van verweerders houding die zij als dringende
reden aanvoerde;

«Overwegende dat het arrest oordeelt dat de brief van 3
juli 1985 van dokter M. 'ter zake dit geschil als niet dienend
afgewezen wordt, aangezien alleen de feiten omschreven in
het inleidend verzoekschrift, aangewend kunnen worden
tot rechtvaardiging van de ingeroepen dringende redenen';
dat het beslist dat de in het inleidend verzoekschrift aange-
voerde feiten geen dringende reden uitmaken;

«Overwegende dat het arrest door aldus te beslissen, zon-
der te onderzoeken of bedoelde brief van 3 juli 1985 de in
het verzoekschrift als dringende reden aangevoerde feiten
kan bewijzen, de in het onderdeel aangevoerde wetsbepa-
lingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur:
mevr. Baeté-Swinnen — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts
— Advocaat: mr. De Bruyn — In de zaak: V.Z.W. I. t/
D.P.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 27 oktober 1986

*Arbeidsovereenkomst — Beëindiging — Wil tot beëin-
digen — Tekortkoming aan de verplichting de over-
eenkomst uit te voeren.*

Uit het enkele feit dat de werknemster ongerechtvaar-
digd het werk had verlaten na een opmerking en discussie

over een haar door de werkgever aangewezen fout, besloot
het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, dat bij de werk-
nemster de wil aanwezig was geweest om de arbeidsover-
eenkomst te beëindigen. De vordering van de werkgever
wegens contractbreuk werd toegewezen.

Op de voorziening van de werknemster volgt cassatie:

«Overwegende dat uit de in het middel geciteerde consi-
deransen van het arrest blijkt dat het arbeidshof de beslis-
sing dat bij eiseres de wil aanwezig was om de arbeidsover-
eenkomst te beëindigen, uitsluitend grondt op de vaststel-
ling dat zij tekort is gekomen aan haar verplichting de ar-
beidsovereenkomst uit te voeren;

«Dat uit die enkele tekortkoming niet kan volgen dat die
wil bij eiseres aanwezig is geweest.»

(Voorzitter: de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur:
mevr. Baeté-Swinnen — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts
— Advocaat: mr. Nelissen Grade — In de zaak: Deschacht
t/ Feys)

NOOT—Zie ook Cass., 13 januari 1986, *R.W.*, 1986-87,
58, met noot; Cass., 26 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 1869,
en Cass., 21 november 1983, *ibid.*, 1246, met noot.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 november 1986

Woonplaats — Keuze van woonplaats — Draagwijdte.

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 28 november
1984) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de verweerders
voor de beslagrechter de opheffing vorderden van een bes-
lag dat de eiseressen hadden gelegd op een aan verweerster
toebehorend zeeschip na betekening van verstekvonnissen
op 8 juni 1982 en 27 maart 1984 uitgesproken door de
Rechtbank van Koophandel te Antwerpen; dat het arrest
het beslag opgeheven verklaart op grond dat de betekenin-
gen van de vonnissen krachtens artikel 40, vierde lid, van
het Gerechtelijk Wetboek ongedaan zijn daar zij gedaan
werden in het buitenland en niet aan de gekozen woon-
plaats van verweerster in België;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de eiseressen in
een vroegere procedure verweerster hadden gedagvaard aan
de door haar gekozen woonplaats bij haar agent te Antwer-
pen en dat alle verdere briefwisseling naar aanleiding van
die procedure via de agent werd gevoerd; dat het arrest
daaruit afleidt dat de eiseressen, met betrekking tot latere
procedures, namelijk die welke geleid hebben tot de ver-
stekvonnissen van 8 juni 1982 en 27 maart 1984, geen on-
wetendheid omtrent de gekozen woonplaats van verweer-
ster konden voorwenden;

«Overwegende dat het arrest aldus beslist dat verweerster
voor de latere procedures keuze van woonplaats heeft ge-
daan bij haar agent te Antwerpen en dat de eiseressen dat
wisten;

«Overwegende echter dat, volgens artikel 111 van het
Burgerlijk Wetboek, woonplaats wordt gekozen voor de
uitvoering van een akte; dat zulks meebrengt dat de keuze
van woonplaats speciaal is en dat ze geldt voor alle aan de
uitvoering van de akte verbonden gevolgen; dat het arrest
derhalve die wetsbepaling schendt door uit de vaststelling

dat verweerster voor een vroegere procedure keuze van woonplaats had gedaan bij haar agent te Antwerpen en dat de briefwisseling naar aanleiding van die procedure via de agent werd gevoerd, af te leiden dat die keuze van woonplaats ook gold voor andere procedures.»

(Voorzitter : de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur : de h. Caenepeel — Procureur-generaal : de h. Krings — Advocaten : mrs. Dassel en Simont — In de zaak : N.V. P. e.a. t/ Vennootschap naar Ghanees recht B.)

NOOT—Zie het vernietigde arrest van Hof Antwerpen, 28 november 1984, *R.W.*, 1985-86, 1725 (met noot), verkeerdelijk vermeld met de datum van 30 november 1984.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 24 november 1986

Beroepsziekten — Schade — Begrip — Vergoeding — Bestaande beroepsziekte — Percentage arbeidsongeschiktheid — Optreden van andere ziekte — Invloed — Geen verbetering van beroepsziekte.

De voorziening tegen het arrest van het Arbeidshof te Gent van 5 september 1985 wordt verworpen :

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de tevoren bestaande beroepsziekte, waarvoor verweerder door eiser 87 percent arbeidsongeschikt was erkend en vergoedingen genoot, niet verbeterd is, ook al mocht een opgetreden andere ziekte een invloed hebben op de totale gezondheidstoestand van verweerder ;

«Dat die vaststelling de beslissing dat verweerders graad van 87 percent arbeidsongeschiktheid wordt gehandhaafd, wettelijk verantwoordt ;

«Overwegende dat uit de in het middel weergegeven motieven blijkt dat het arrest niet beslist dat bij een ambtshalve herziening geen rekening mag worden gehouden met een andere ziekte die een weerslag heeft op de gezondheidstoestand van de getroffenene.»

(Eerste voorzitter : de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur : de h. Rauws — Advocaat-generaal : de h. Lenaerts — Advocaten : mrs. Houtekier en Bützler — In de zaak : Fonds voor de Beroepsziekten t/ G.)

WETGEVING IN KORT BESTEK

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

Aan het nazien van het Belgisch Staatsblad van september 1986 verleenden hun medewerking : W. Lambrechts, I. Opdebeek en H. Wyckaert.

Gemeentewet — Ondertekening van de stukken

In het *B.S.* van 5 september 1986 verscheen de wet van 5 augustus 1986 tot wijziging van art. 101 Gemeentewet. Krachtens dit artikel worden de reglementen en verordenin-

gen van de gemeenteraad en van het college van burgemeester en schepenen, alsook de bekendmakingen, de akten en de briefwisseling van de gemeente, ondertekend door de burgemeester en medeondertekend door de secretaris. De wetswijziging biedt de burgemeester en de gemeentesecretaris de mogelijkheid de (mede)ondertekening van bepaalde documenten te *delegeren*, respectievelijk naar een schepen en een gemeentebestuurder, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Aldus werd een wettelijke basis geschapen voor een reeds lang bestaande en door de rechtsleer getoleerde administratieve praktijk van delegatie.

Tot slot een waarschuwing : deze wetswijziging mag er niet toe leiden dat een soort paraplu-systeem wordt opgezet, waardoor de burgemeester en de gemeentesecretaris zouden worden ontslagen van een deel van hun verantwoordelijkheid ! (*Parl. St.*, Kamer, 1985-1986, nr. 463/3, 2).

I.O.

Geïntegreerd buitengewoon onderwijs

De wet van 11 maart 1986 houdende organisatie en subsidiëring van het geïntegreerd buitengewoon onderwijs (*B.S.*, 13 september 1986) vindt haar oorsprong in een wetsvoorstel van 1977 (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1977) betreffende het gehandicaptenbeleid in het algemeen waarvan hoofdstuk IV betrekking had op het geïntegreerd buitengewoon onderwijs. Sinds de staatshervorming van 1980 zijn sommige van de betrokken materies aan de Gemeenschappen toegewezen. Daarom werd een afzonderlijk voorstel ingediend door mevr. W. Demeester, medeondertekend door vertegenwoordigers van alle partijen dat is uitgemond in de huidige wet. Het doel is tweeledig : art. 1 van de wet van 6 juli 1970 wordt gewijzigd en positief geformuleerd ; een wettelijke basis wordt gecreëerd om in het kader van het gewone onderwijs een extra-begeleiding te kunnen verstrekken aan bepaalde gehandicapte leerlingen.

Op grond van art. 15 van het K.B. van 28 juni 1978 houdende organisatie van het buitengewoon onderwijs en de toelatingsvoorwaarden werd gedurende meerdere jaren geëxperimenteerd in de drie onderwijsnetten. Op 30 september 1985 waren in Vlaanderen 404 gehandicapte leerlingen geïntegreerd in het gewoon onderwijs : 53 in het Rijks-onderwijs, 34 in het officieel gesubsidieerd onderwijs en 317 in het vrij onderwijs. Het gaat om motorisch gehandicapten, visueel gehandicapten en gehoorgestoorden. Deze categorieën van gehandicapten komen het best in aanmerking voor integratie.

Het geïntegreerd onderwijs heeft niet de bedoeling het buitengewoon onderwijs te ontmantelen. Gehandicapten die een permanente en intensieve begeleiding nodig hebben, komen niet onmiddellijk in aanmerking om het gewoon onderwijs te volgen.

W.L.

Ambulante activiteiten

Met het oog op de wijziging van de wet betreffende de handelspraktijken (ontwerp van wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker, *Parl. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 947/1) werden

de bepalingen in verband met de ambulante activiteiten wat «opgeblonken» en in één wet samengebracht (ter vervanging van K.B. nr. 82 van 28 november 1939: leurhandel en artikel 53 wet betreffende de handelspraktijken: reizende verkopen).

De wet van 13 augustus 1986 betreffende de uitoefening van de ambulante activiteiten (*B.S.*, 24 september 1986) verduidelijkt — in een niet steeds logische volgorde — wat wordt verstaan onder «ambulante activiteiten» (art. 2, §§ 1 en 2), wat niet als «ambulante activiteiten» wordt beschouwd en aan welke voorwaarden in casu moet worden voldaan (art. 2 § 3, EN 3) alsook welke «Ambulante activiteiten» buiten het toepassingsgebied van deze wet vallen (art. 8).

«Ambulante activiteiten» zijn enkel mogelijk met machtiging van de minister van Middenstand, die wel ongeveer weet aan wie hij een dergelijke machtiging kan verlenen (artt. 1 en 5 — waar de verblijfst termijn in België kan variëren van 10 tot 0 jaar) maar die nog moet wachten op het koninklijk besluit dat het onderwerp van ambulante activiteiten moet specificeren en dat de voorwaarden waaraan de personen die ambulante activiteiten wensen uit te oefenen moet vastleggen.

Het handhavingsmechanisme wordt door deze wet zelf geregeld (artt. 7, 9 en 10).

Deze wet betreffende de uitoefening van de ambulante activiteiten staat nu wel te «blinken» in het Belgisch Staatsblad tot het ontwerp van wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker wordt goedgekeurd daar deze wet een uitvloeisel is van dit ontwerp.

H. W.

K.B. nr. 450 — N.I.M.

Het K.B. nr. 450 van 29 augustus 1986 (*B.S.*, 16 september 1986) wijzigd de wet van 2 april 1962 tot oprichting van een Nationale Investeringsmaatschappij en van Gewestelijke Investeringsmaatschappijen.

Om de uitgaven van de Staat te verminderen en om de regeringsbeslissingen tot sanering van de Openbare Financiën uit te voeren, waarbij wordt bepaald dat de Staat niet meer zal deelnemen in de kapitaalverhogingen van de Openbare Financiële Instellingen, wordt de oprichtingswet van de N.I.M. gewijzigd om de privé-sector toe te staan deel te nemen in het kapitaal van deze instelling. Aldus wordt, ter uitvoering van de regeringsverklaring, meer privé-kapitaal aangetrokken voor de gemengde bedrijven en de overheidsbedrijven.

Deze gedeeltelijke privatisering van de N.I.M., waarbij de Staat en de andere openbare financiële instellingen alleszins 75% van het kapitaal zullen behouden, zal worden verwezenlijkt bij de volgende kapitaalverhogingen. De privé-aandeelhouders zullen naargelang het aandeel van hun participatie vertegenwoordigers in de Raad van Bestuur kunnen voordragen met maximum van vijf beheerders.

K.B. nr. 451 — Sanering N.M.B.S.

Het K.B. nr. 451 van 29 augustus 1986 betreffende het saneren van de financiën van de N.M.B.S. (*B.S.*, 16 sep-

tember 1986) heeft tot doel de Raad van Beheer van de N.M.B.S. ertoe te brengen vóór 1 december 1986 bijkomende besparingsvoorstellen te doen uitwerken, rekening houdend met de verminderde verwachte tussenkomsten van de Staat voor de jaren 1986 en 1987, wat een besparing van ongeveer 4,5 miljard frank betekent. Het K.B. nr. 97 van 28 september 1982 betreffende het saneren van de financiën van sommige instellingen van openbaar nut heeft daarbij inspirerend gewerkt.

K.B. nr. 452 — Beheer N.M.B.S.

Het K.B. nr. 452 van 29 augustus 1986 (*B.S.*, 16 september 1986) wijzigd de wet van 23 juli 1926 tot oprichting van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen. Dit genummerd K.B. beoogt voor de N.M.B.S.: een vermindering der kosten, een verbetering van het rendement, een gevoelige vermindering van de jaarlijkse tussenkomst ten laste van de Rijksbegroting, een vermindering van de schuldenlast en correlerende verhoging van de investeringscapaciteit en het concurrentievermogen.

Hierbij zal de N.M.B.S. zich voortaan bij de uitvoering van haar wettelijk omschreven opdracht laten leiden door de in vijfjarenprogramma's precies aangeduide economische krachtlijnen.

De activiteiten van de maatschappij zullen plaatsvinden binnen een vooraf bepaalde enveloppe. Ook zullen de participaties van de maatschappij worden beperkt.

Het aantal leden van de Raad van Beheer wordt teruggebracht van 21 op 16. Het Bestendig Comité wordt ontbonden. Een beperkt comité van 6 leden wordt opgericht. De directie van 13 leden wordt vervangen door een Directiecomité van 7 leden.

Inzake controle stelt het K.B. nr. 452 de N.M.B.S. volledig op gelijke voet met de andere instellingen van categorie B, omschreven in de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.

De vereenvoudiging van de administratieve procedures en de versnelde besluitvorming moeten eveneens tot besparingen leiden.

Krachtens het K.B. van 26 september 1986 (*B.S.*, 30 september 1986) is het K.B. nr. 452 op 1 oktober 1986 in werking getreden.

K.B. nr. 453 — Weddetoelagen bepaalde leerkrachten

Door het K.B. nr. 453 van 29 augustus 1986 (*B.S.*, 23 september 1986) wordt de bonus moedertaal die was toegekend aan de leerkracht met een volledige opdracht die in zijn of haar betrekking tien of meer uren moedertaal presteerde, afgeschaft. Bij de oorspronkelijke invoering van deze bonus werd aangenomen dat de leerkracht moedertaal extra belast werd door het nazien van de taken (opstel, verhandeling) ten opzichte van leraren van andere vakken.

K.B. nr. 454 — Werkingsmiddelen P.M.S.-centra

Door het K.B. nr. 454 van 29 augustus 1986 (*B.S.*, 16 september 1986) worden beperkingen opgelegd aan de werkingsmiddelen voor P.M.S.-centra van het Rijk en aan de werkingstoelagen van de gesubsidieerde P.M.S.-centra.

— Maatregelen voor alle centra: door genummerd K.B.

worden de werkingskosten en de werkingstoelagen geblokkeerd op het niveau 1985.

— Maatregelen voor de rijks- P.M.S.-centra: de rijks- P.M.S.-centra worden ingericht als staatsdiensten met afzonderlijk beheer. Daartoe wordt aan deze centra een grote beheersverantwoordelijkheid toevertrouwd, zoals in het rijksonderwijs. Er wordt aan deze centra een jaarlijkse dotatie toegekend voor werking en uitrusting.

— Maatregelen voor de gesubsidieerde P.M.S.-centra: aan de gesubsidieerde centra worden forfaitaire werkings- toelagen verleend om de kosten te dekken voor werking en uitrusting.

K.B. nr. 455 — Academisch Ziekenhuis R.U.G.

Het K.B. nr. 455 van 10 september 1986 (*B.S.*, 30 september 1986) concretiseert het saneringsplan dat wordt opgelegd aan het zwaar deficitaire academische ziekenhuis van de Rijksuniversiteit Gent. Er bestaat een driedelig plan:

— bij het K.B. nr. 455 wordt het door de Raad van Beheer van de R.U.G. goedgekeurde saneringsplan opgelegd;

— een staatswaarborg wordt toegekend aan een door de R.U.G. aan te gane lening met het oog op de sanering van het A.Z.;

— er wordt een directorium opgericht dat met betrekking tot het A.Z. de bevoegdheden van de raad van beheer, van de administrateur en van het vast bureau overneemt; het zorgt voor de correcte uitvoering van het saneringsplan.

K.B. nr. 456 — Rationalisatie en programmatie van de internaten

Het K.B. nr. 456 van 9 september 1986 (*B.S.*, 30 september 1986) beoogt in de eerste plaats de rationalisatie van de internaten. Om in stand te worden gehouden (rijks- onderwijs) of om in de subsidieregeling opgenomen te blijven (gesubsidieerd onderwijs) moeten de internaten, met uitzondering van de internaten van het buitengewoon onderwijs en die gelegen in de Bondsrepubliek Duitsland, minimaal dertig interne leerlingen herbergen.

Vervolgens wordt verhinderd dat tot 30 juni 1992 internaten worden opgericht of in de subsidieregeling opgenomen. In het kader van deze beslissing worden fusies niet als nieuwe internaten aangemerkt.

De budgettaire weerslag van de rationalisatie bedraagt voor het schooljaar 1986-1987 53 miljoen frank in de Nederlandstalige sector en 116 miljoen frank in de Franstalige.

K.B. nr. 457 — Lesuren pakket secundair onderwijs type II

Omwille van een zekere gelijkvormigheid wat betreft de berekeningswijze van het aantal uren/leerkracht in scholen van het type II en van het type I, wordt door het K.B. nr. 457 van 9 september 1986 (*B.S.*, 30 september 1986) bepaald hoe voor het schooljaar 1986-87 het aantal betrekkingen in het traditionele type van het secundair onderwijs met volledig leerplan wordt vastgesteld.

In plaats van een berekening op basis van schoolbevolkingsminima en splitsingsnormen, wordt, zoals in het type

I (V.S.O.) een berekeningswijze vastgesteld waarbij de omkadering per leerling van elke school voor het schooljaar 1985-86 als uitgangspunt dient. De gebruikte methode, waarbij het leerlingenaantal op 1 oktober 1986 als basis genomen wordt, heeft tot gevolg dat, zoals in het type I, de denataliteit voor het schooljaar 1986-87 onmiddellijk wordt verrekend. Bovendien heeft het K.B. nr. 457 tot doel de normen voor instandhouding van een afdeling van het zevende vervolmakings- en specialisatiejaar aan te passen.

K.B. nr. 458 — Optellingscoëfficiënt voor sommige leerlingen in het secundair onderwijs

Het K.B. nr. 458 van 9 september 1986 tot vaststelling van de optellingscoëfficiënt van sommige leerlingen in het secundair onderwijs (*B.S.*, 30 september 1986) heeft tot doel de voorwaarden vast te leggen waaronder de leerlingen, waarvan de ouders of de personen die de ouderlijke macht uitoefenen, in België niet onderworpen aan de personenbelasting als inwoner van het Koninkrijk, in aanmerking komen voor het bepalen van sommige personeelsbetrekkingen alsmede voor de vaststelling van de minimale schoolbevolking en het aantal uren/leerkracht in het secundaire onderwijs. Deze studenten zullen slechts voor 80% meetellen voor het bepalen van het aantal regelmatige leerlingen. Bij het ontwerp van dit genummerd K.B. had de Raad van State verschillende vragen.

K.B. nr. 459 — Wijziging schoolpactwet

Het K.B. nr. 459 van 8 september 1986 (*B.S.*, 30 september 1986) heeft aanknopingspunten met het K.B. nr. 411 van 25 april 1986 (*B.S.*, 10 mei 1986).

Het K.B. nr. 459 verruimt de actieradius van de drie gebouwenfondsen: Gebouwenfonds voor de Rijksscholen, Fonds voor Provinciale en Gemeentelijke Schoolgebouwen en Waarborgfondsen.

Zij worden bevoegd voor het financieren (G.F.R.S.), subsidiëren (F.P.G.S.) en toekennen van leningsmachtigingen (W.B.F.) voor de gebouwen van de P.M.S.-centra, voor internaten en voor de eerste uitrusting van de onderwijsgebouwen.

Het K.B. nr. 459 bepaalt ook dat de rentelast die de gesubsidieerde instellingen moeten dragen voor de leningen, goedgekeurd door het Waarborgfonds, bij koninklijk besluit kan worden gewijzigd.

W.L.

BOEKEN

Kernwapens en recht, (Tegenspraak Cahiers 1), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 134 p.

Deze publikatie¹ bevat de referaten van A. Beirlaen, L. Denys, E. Lanckswaert, M.J.F. Stelling, J. Vande Lanotte, J.C.M. Wil-

¹ In het «Ten geleide» formuleert de redactie van *Tegenspraak* het uitgangspunt van deze publikatie wel enigszins ongelukkig: «Niettemin dienen oorlogsmisdaden in de huidige context eerder vóór dan ná de feiten te worden verijdeld en veroordeeld.» Een strafrechtelijke veroordeling vóór de feiten zet de juridische beginselen toch wel op hun kop.

lems voorgebracht op het «Colloquium van Juristen tegen Kernwapens» dat plaatsvond te Brussel op 14 december 1985. Nu de politieke beslissing genomen werd en onmiddellijk uitgevoerd en de desbetreffende politieke passies enigszins geluwd zijn, lijkt het nuttig om in het kader van deze boekbespreking wat dieper in te gaan op de juridische aspecten van de plaatsing van middellange afstands-raketten in België², waarbij dient te worden benadrukt dat een dergelijke beslissing een eminent politiek karakter heeft en dat het recht, al evenmin als de geneeskunde of de natuurwetenschappen, niet geroepen is om de vraag naar de opportuniteit ervan te beantwoorden.

1. Onder de titel «De plaatsing en het gebruik van kernraketten in België en de problemen van soevereiniteit» behandelt A. Beirlaen (pp. 9-17) een eerste serie problemen:

A. De juridische waarde van NAVO-besluiten

NAVO-besluiten zijn inderdaad slechts bindend in zover de betrokken Staat ermee instemt. Het is echter niet juist dat de lid-staten een vetorecht³ zouden hebben dat — zoals dit het geval is voor de permanente leden van de VN-Veiligheidsraad — het nemen van beslissingen kan verhinderen. Evenwel is een lid-staat die met een bepaalde beslissing niet instemt, er ook niet door gebonden. Beweren dat het NAVO-dubbelbesluit «geen enkele juridische kracht» heeft⁴ is toch te sterk. Niets in het volkenrecht verhindert een Staat zich juridisch te verbinden in een besluit van de NAVO-Raad. Aangezien België echter destijds een voorbehoud heeft geformuleerd («de Belgische Regering [zal], vanaf mei 1980, overgaan tot een eigen analyse van de toestand, ten einde haar houding tegenover de uitvoering of niet-uitvoering van voornoemde beslissing te bepalen»)⁵, zou een besluit tot niet-plaatsen niet kunnen worden beschouwd als het schenden van een volkenrechtelijke verbintenis. Het zou uiteraard wel politieke problemen inzake geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van België als NAVO-partner hebben veroorzaakt, in het bijzonder wanneer de niet-uitvoering zou zijn ingegeven door andere motieven dan destijds aangegeven (met name een mogelijke wijziging in de internationale toestand).

B. De «ontoelaatbare soevereiniteitsoverdracht»

Er is veel te doen geweest over het begrip «niet toegelaten soevereiniteitsoverdracht» omdat bij eventueel gebruik van de middellange afstands-raketten niet de Koning overeenkomstig artikel 68 van de Grondwet, maar de President van de Verenigde Staten zou

beslissen dat België in staat van oorlog zou zijn⁶. Het is nu eenmaal eigen aan het aangaan van internationale overeenkomsten dat daardoor in zekere mate de uitoefening wordt beperkt van rechten die — zonder het bestaan van volkenrechtelijke verbintenissen ter zake — behoren tot de uitsluitende nationale bevoegdheid van de staat⁷. Een dergelijke beperking in de uitoefening van soevereine rechten is dus niet op zichzelf een grondwettelijk ontoelaatbare soevereiniteitsvervreemding, maar juist een uitoefening van deze soevereiniteit⁸.

Het is echter duidelijk dat een overeenkomst waarbij de Koning afstand zou doen aan een buitenlands Staatshoofd van zijn recht om namens België de oorlog te verklaren in strijd met de Grondwet zou zijn. Hoewel deze raketten geplaatst worden in het kader van een afschrikingsstrategie, is het daarom niettemin noodzakelijk even de hypothesen van het gebruik van deze wapens onder ogen te zien:

- 1) een Amerikaanse «strike» — al of niet «first use» — als reactie op een agressie: België zal dan reeds in oorlog zijn, omdat een aanval op een NAVO-lid-staat moet worden beschouwd als een aanval tegen alle andere. Het is namelijk niet mogelijk Beirlaen⁹, alsook Van den Wijngaert¹⁰, te volgen aangezien zij steunend op Fried¹¹ menen dat België neutraal kan blijven. Wanneer de Sovjet-Unie de Verenigde Staten in het door het NAVO-Verdrag bestreken gebied zouden aanvallen dan laat artikel 5 weliswaar — afhankelijk van de vorm welke deze aanval aanneemt — enige speelruimte over aan de bondgenoten om te bepalen in welke mate en op welke wijze zij hierop zullen reageren («such action as it deems necessary»), maar neutraal blijven is in elk geval uitgesloten¹²;
- 2) een Amerikaanse verrassingsaanval («first strike»)¹³ strijdig

⁶ Cf. Beirlaen, *l.c.*, 13, en Van den Wijngaert, *l.c.*, 1058; ook de rectoren van de Vlaamse Universiteiten hebben het in hun oproep van 11 maart 1985 over «een onbegrijpelijke en onverantwoorde afstand van soevereiniteit».

⁷ Zie ook het Advies van de (Nederlandse) Raad van State inzake grondwettelijke aspecten verbonden aan plaatsing van kruisvluchtwapens, 23 december 1983, *Kamerstukken*, 1983-84, 17980 A, p. 1 (ook gepubliceerd in het *Nederlands Juristenblad*, 14 april 1984); BESSELINK, L.F.M., «De ziel van Leviathan. Plaatsing van kruisvluchtwapens en de paradox van de soevereiniteit», *Internationale Spectator*, 1984, 364-370).

⁸ Cf. C.P.J.I., *Rec.*, Série A nr.1, arrest van 17 augustus 1923: «La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat.»

⁹ *L.c.*, 13.

¹⁰ *L.c.*, 1060.

¹¹ »Nato States are not obliged to participate in nuclear war«, in *Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle de missiles cruise et pershing en Europe*, Brussel, Bruylant, 1984, 57.

¹² Cf. artikel V van het Navo-Verdrag van 4 april 1949: «De partijen komen overeen dat een gewapende aanval tegen een of meer van haar in Europa of Noord-Amerika als een aanval tegen haar allen zal worden beschouwd (!); zij komen bijgevolg overeen dat, indien zulk een gewapende aanval plaatsvindt, ieder van haar de aldus aangevallen partij of partijen zal bijstaan, in de uitoefening van het recht tot individuele of collectieve zelfverdediging erkend in artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties, door terstond, individueel en in samenwerking met de andere partijen, op te treden op de wijze, die zij nodig oordeelt — met inbegrip van het gebruik van gewapende macht — om de veiligheid van het Noord-Atlantisch gebied te herstellen en te handhaven.» Deze twee delen van artikel V moeten in samenhang gelezen worden. Een interpretatie die het NAVO-Verdrag van zijn voorwerp en doel zou beroven is bovendien strijdig met het beginsel van de goede trouw (cf. artikel 32 van de Conventie van Wenen over het verdragsrecht).

¹³ Bij Van den Wijngaert (*l.c.*, 1061) blijkt er een verwarring te zijn op basis van *Le Monde diplomatique* (cf. *ibid.*, noten 21-23)

² Zie vooral ook ANDRIES, A., «L'emploi de l'arme nucléaire est un crime de guerre», *La Revue Nouvelle*, 1983, 315-332, en «Pour une prise en considération de la compétence des juridictions pénales à l'égard des emplois d'armes nucléaires», *Rev. dr. pén. & crim.*, 1984, 31-98 (met addendum); DAVID, Eric, «A propos de certaines justifications théoriques à l'emploi de l'arme nucléaire», *Mélanges Pictet*, CICR, Genève/Nijhoff, Den Haag, 1984, 325-342, en «Examen de certaines justifications théoriques à l'emploi de l'arme nucléaire (2e partie)», in *Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle de missiles cruise et pershing en Europe* (Actes du colloque de l'Association belge des juristes démocrates et de l'Union belge et luxembourgeoise de droit pénal, Brussel, 1-2 oktober 1983), Brussel, Bruylant, 1984, 4-40; ELENS, J.F., «Les armes nucléaires», *Rev. dr. pén. & crim.*, 1984, 421-429; VAN DEN WIJNGAERT, Chris, «Het juridisch debat rond de kernraketten — Een terreinverkenning», *R.W.*, 1983-84, 1055-1070; VERHAEGEN, Jacques, «Le problème pénal de la dissuasion nucléaire», *Rev. dr. pén. & crim.*, 1984, 5-30; over het moeizame beslissingsproces en de reacties erop, zie men HEIRMAN, Mark, *Het Belgisch Raketten-dossier 1979-1984* (IPIS-Dossier 6), Antwerpen, IPIS, 1985, 128 p.; voor de politieke aspecten, zie men DE RIDDER, Hugo, *Geen winnaars in de Wetsstraat*, Leuven, Davidsfonds, 1986, 111-241 en SIMONET, Henri, *Je n'efface rien et je recommence*, Brussel, D. Hatier, 1986, 230-274.

³ Cf. Beirlaen, *l.c.*, 11.

⁴ Cf. *ibid.*, 12.

⁵ Cf. de verklaring van eerste minister Martens in de Kamer op 12 december 1979.

met VN- en met NAVO-Verdrag : een gebruik van wapens die zich op Belgisch grondgebied bevinden door een vreemde mogendheid (niet alleen zonder de instemming van België, maar bovendien) in strijd met alle verbintenissen ter zake aangegaan door deze vreemde mogendheid kan in geen geval op zichzelf als een Belgische oorlogsverklaring worden beschouwd¹⁴.

Er mag ook niet vergeten worden dat een oorlogsverklaring geen feitelijke handeling is, zoals het gebruik van geweld, maar een juridische handeling waardoor de «animus bellandi» (onontbeerlijk aan de zijde van minstens één der partijen om de rechtstoestand van oorlog te doen ontstaan) op ondubbelzinnige wijze wordt te kennen gegeven. Er kunnen daden van geweld gesteld worden zonder dat er staat van oorlog uit volgt¹⁵ en er kan staat van oorlog zijn zonder wederzijds gebruik van geweld¹⁶.

C. De «sleutel»-kwestie

Zoals verklaard in de Kamer door de Minister van Landsverdediging¹⁷ werd de dubbele sleutel aangeboden door de Verenigde Staten op voorwaarde dat het door alle betrokkenen zou worden aanvaard, wat niet het geval is gebleken¹⁸. Er kan echter ten eerste betwijfeld worden dat, zoals beweerd door Beirlaen¹⁹, een eventuele dubbele sleutel strijdig zou zijn met het non-proliferatieverdrag van 1 juli 1968²⁰. Zeker is dat het huidige systeem van de enkele Amerikaanse sleutel niet in strijd is met de letter van het verdrag²¹. Zoals Van den Wijngaert²² betoogt, zou het inderdaad een vreem-

tussen «early first use» (het eerste gebruik van het atoomwapen tegen een vijand die zelf als eerste tot agressie is overgegaan) en «first strike» (als eerste tot agressie overgaan met gebruik van kernwapens). Er moet dan ook ernstig voorbehoud gemaakt worden wanneer Van den Wijngaert de «Airlandbattle»-strategie als een agressieve strategie bestempelt (*ibid*; cf. SICCAMA, J.G., *Roepnaam: Airland Battle: Een nieuwe militaire aanpak voor de NAVO* (Clingendael-reeks deel 3), Den Haag, Staatsuitgeverij, 1984, 102). Deze strategie voorziet wel het doordringen tot achter de lijnen van de agressor, die echter als eerste tot de aanval is overgegaan.

¹⁴ Er moet bovendien opgemerkt worden dat de in België geïnstalleerde middellange afstands-raketten gezien hun relatieve traagheid (vluchtijd van vier uur op maximum reikwijdte van 2.500 km) niet geschikt zijn voor een verrassingsaanval («first strike») en dat een dergelijke hypothese als een reëel mogelijke eventualiteit ernstig nemen ook moeilijk verenigbaar lijkt met het vertrouwen dat vereist is voor het in stand houden van een bondgenootschap.

¹⁵ Bv. de Amerikaanse raid op Libië leidde niet tot een staat van oorlog tussen Libië en de Verenigde Staten en evenmin met het Verenigd Koninkrijk, van wiens grondgebied de Amerikaanse vliegtuigen — met uitdrukkelijke toestemming van de Britse Regering — vertrokken waren.

¹⁶ Bv. «la drôle de guerre» tussen Duitsland enerzijds en Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk anderzijds van september 1939 tot mei 1940.

¹⁷ *Parl. Hand.*, 8 november 1983, 384.

¹⁸ Het werd niet opportuun geacht dat een systeem van dubbele sleutel in het ene land wel en in het ander land niet zou worden ingevoerd. Vooral de West-Duitsers meenden dat in geval van enkele sleutel de verantwoordelijkheid voor het inzetten van de middellange afstands-raketten duidelijker zou worden gelegd bij de Verenigde Staten, zodat hun veiligheid dus sterker met de Westeuropese verbonden zou zijn (de zogenaamde «coupling»). Het spreekt vanzelf dat de dubbele sleutel logisch ook een deelname in de kosten van de raketten zou meebrengen, wat ongetwijfeld ook de belangstelling hiervoor verminderde.

¹⁹ *L.c.*, 12.

²⁰ Wet van 14 maart 1975 (*B.S.*, 20 november 1975, 14681-14684).

²¹ Cf. Beirlaen, *l.c.*, 12: «Wat het non-proliferatieverdrag dus niet verbiedt is dat kernmogendheden kernwapens plaatsen op het grondgebied van niet kernmogendheden, zolang zij maar de eigendom van en controle over de kernwapens behouden.»

²² *L.c.*, 1058: «Men zou zelfs kunnen stellen dat een dubbele sleutel, waardoor het effectief inzetten van het kernwapen bemoeilijkt wordt, beter verenigbaar is met de doelstelling van het non-proliferatieverdrag dan de enkele sleutel.»

de interpretatie zijn een eventuele dubbele sleutel, die een bijkomende rem stelt op het gebruik van het kernwapen, als strijdig met het verdrag te beschouwen. Zolang het kernwapen niet kan worden ingezet zonder toestemming van de kernmogendheid²³, is er geen probleem met het non-proliferatieverdrag.

II. De bevoegdheidsvraag in het kernraketten debat wordt behandeld door J. Vande Lanotte en E. Lanckswert (pp. 19-56). Hun uitgangspunt hierbij is dat de beslissing tot het plaatsen van middellange afstands-raketten in België een «ongrondwettelijke aantasting is van de Belgische soevereiniteit»²⁴. Wanneer dit uitgangspunt wordt afgewezen²⁵, gaat bijgevolg een deel van hun argumentatie verloren. Niettemin is het nuttig op een aantal aspecten van de bevoegdheidsvraag dieper in te gaan, waarbij de artikelen 68 en 121 van de Grondwet centraal staan.

A. Artikel 121 van de Grondwet

Voor de doortocht en het verblijf van vreemde troepen in België vereist art. 121 van de Grondwet de toelating van de wetgever. De Regering is de mening toegedaan dat deze toelating werd gegeven door de volgende wetten: a) de wet van 2 juni 1949 houdende goedkeuring van het NAVO-Verdrag (4 april 1949); b) de wet van 9 januari 1953 houdende goedkeuring van de Overeenkomst betreffende de rechtspositie van de NAVO-strijdkrachten (19 juni 1951); c) de wet van 11 april 1962 die de doortocht en het verblijf in België toelaat van de troepen van de met België door het Noordatlantisch Verdrag verbonden landen.

Hoewel het eigenlijk niet nodig werd geacht, zoals is aangegeven in de memorie van toelichting²⁶, werd de wet van 1962 niettemin aan het Parlement voorgelegd «met het oog op het vermijden van mogelijke betwistingen van juridische aard». De toenmalige minister van Buitenlandse Zaken, P.-H. Spaak, achtte deze wet overbodig en protesteerde tegen het nutteloze perfectionisme van deskundigen en tegen het verlangen om al maar door wetten te maken. Indien evenwel de goedkeuringswet, zoals later gezegd werd door de procureur-generaal W.-J. Ganshof van der Meersch in zijn conclusie bij het Ski-arrest van 27 mei 1971²⁷, geen normatieve handeling is, kan worden betwijfeld of deze goedkeuringswetten kunnen volstaan om aan de vereisten van artikel 121 te voldoen.

Zich beroepend op interpretaties vanuit verschillende invalshoeken komen Vande Lanotte en Lanckswert²⁸ tot het besluit dat de wet van 1962 niet de mogelijkheid opent tot opstelling van kernraketten met een enkel-sleutelsysteem. De discussie betreft vooral de draagwijdte van de omstandigheden waarin het amendement Rolin²⁹, dat beoogde geen machtiging te verlenen voor plaatsing van nucleaire projectielen, werd ingetrokken. In de discussie voorafgaand aan het intrekken van dit amendement heeft minister Spaak verklaard dat de Regering niet voornemens was kernwapens te plaatsen zonder het Parlement op de hoogte te brengen, dat zich zou kunnen uitspreken door vrouwen te schenken of te weigeren. CVP/PSD-fractieleider Van Hemelrijck ging evenwel verder: «sans qu'au préalable le Parlement ait été amené à donner son assentiment». Minister Spaak ging duidelijk niet zover, maar ver-

²³ *L.c.*, de Verenigde Staten.

²⁴ *L.c.*, 19.

²⁵ Cf. *supra*.

²⁶ *Gedr. St., Kamer*, 1959-60, nr. 646/1: «Men mag besluiten dat het Parlement door het ondertekenen van het Noordatlantisch Verdrag, stilzwijgend de door artikel 121 van de Grondwet vereiste toestemming heeft gegeven voor de doortocht en het verblijf in België van de troepen der landen, leden van de NAVO, in het kader der gemeenschappelijke verdediging» en «Door het goedkeuren, door de wet van 9 januari 1953 van de Overeenkomst ... van Londen (van) 19 juni 1951 heeft het Parlement ook reeds het verblijf in België van troepen die behoren tot onze bondgenoten van de NAVO onder ogen genomen.»

²⁷ *Pas.*, 1971, I, 886.

²⁸ *L.c.*, 30-40.

²⁹ Het amendement luidde: «De voorgaande bepaling houdt geen machtiging in tot het bedienen of het aanleggen van lanceerbases noch tot het opslaan van nucleaire ammunitie voor middelbare- of lange-afstandsprojectielen» (*Gedr. St., Senaat*, 1961-62, nr. 119).

zekerde dat een dergelijke beslissing voor het Parlement niet geheim zou worden gehouden³⁰.

Er moet op gewezen worden dat geen al te groot belang mag worden gehecht aan deze parlementaire voorbereiding, zoals volgt uit de volgende argumenten ingeroepen tegen de stelling van A. Beirlaen³¹:

1) de Regering zelf acht de tekst van de wet van 11 april 1962 duidelijk. Eerste minister Martens³² zonder en minister van Buitenlandse Betrekkingen Tindemans³³ met verwijzing naar prof. J. De Meyer, volgens wie «niets ... staft de bewering (van minister Spaak) dat (deze wet) de plaatsing van het in het amendement bedoelde wapens niet zou toelaten», zeggen zelfs: «De betekenis van de wet werd beter begrepen door de auteur van het amendement (senator Rolin) dan door (minister Spaak)». Zij wijzen erop dat juist omdat Senator Rolin oordeelde dat de wet de plaatsing van kernraketten mogelijk maakte, hij zijn amendement had ingediend;

2) minister Spaak, en *a fortiori* fractieleider Van Hemelrijck, hadden de bevoegdheid niet om latere Regeringen te binden;

3) verklaringen enkel voor de Senaat afgelegd, en niet voor de Kamer, zijn niet bindend³⁴;

4) op 7 december 1983 verwierp de Senaat³⁵ met 107 tegen 34, bij 4 onthoudingen een amendement van dezelfde strekking als dat destijds van senator Rolin. Een nieuwe wet zou trouwens de instemming vereisen van de drie takken van de wetgevende macht (Kamer, Senaat en Koning) en dus ook van de Regering, die de Koning hiervoor moet dekken.

Een uitvoerig advies³⁶ van de Raad van State van 14 maart 1984 bij het wetsvoorstel Dierickx³⁷ strekkende tot interpretatie van de wet van 11 april 1962 brengt ook niet veel klaarheid. Op basis van de discussie betreffende het amendement-Rolin meent de Raad van State enerzijds: «Gelet op de verklaring van de heer Rolin en in tweede instantie op de verklaring van de Heer Van Hemelrijck, die geleid heeft tot de intrekking van het amendement van de heer Rolin, lijkt de wet van 11 april 1962 beperkend te moeten worden uitgelegd in die zin dat zij de Belgische Regering slechts machtigt tot het sluiten van uitvoeringsakkoorden die de vestiging aan troepen van een NAVO-lid-staat op Belgisch grondgebied mogelijk maken, op voorwaarde dat die troepen niet met kernwapens zijn uitgerust»³⁸. Maar na een onderzoek van verklaringen die recenter zijn dan de wet van 11 april 1962 oordeelt de Raad van State anderzijds dat deze wet «zowel in de ene als in de andere zin (kan) worden uitgelegd» en dat het derhalve de zaak is «van de wetgever te oordelen of het ter wille van de rechtszekerheid niet nodig is dat hij bepalingen aanneemt om de moeilijkheid die ten aanzien van de strekking van de wet van 11 april 1962 gerezen is, op beslissende wijze op te lossen»³⁹. Dit probleem wordt ten slotte opgelost op 14 februari 1985, wanneer de Kamer van Volksvertegenwoordigers

het wetsvoorstel Dierickx verwerpt met 90 tegen 54, bij 8 onthoudingen⁴⁰.

B. Artikel 68 van de Grondwet

Vande Lanotte en Lanckswert⁴¹ zijn de mening toegedaan dat de diplomatieke nota waardoor op 15 maart 1985 aan de Ambassadeur van de Verenigde Staten de toelating van de Belgische Regering voor de plaatsing van de middellange afstands-raketten wordt meegedeeld, een verdrag is dat op grond van artikel 68 van de Grondwet door het Parlement moest worden goedgekeurd. Zij menen a) dat het begrip «de Staat bezwaren» ruim dient te worden opgevat; b) dat er financiële, budgettaire implicaties zijn; c) dat aan de Amerikanen te Florennes een internationale erfdiensbaarheid wordt toegekend en d) dat het een uiterst belangrijke beslissing is zoals door «verschillende betogingen meer dan duidelijk aangetoond» werd.

Het is natuurlijk moeilijk aan te nemen dat het al of niet plaatsvinden van betogingen grondwettelijk relevant zou zijn. Het is ook duidelijk dat de Amerikaanse kolonel Reed, die op 28 februari 1985 een Belgische parlementaire delegatie te Florennes zou hebben verwelkomd met de woorden «Welcome on American territory» mogelijk een goed militair is, maar als rechtsgeleerde (en als diplomaat) minder geslaagd is. Voor wie eraan zou twifelen heeft minister van Landsverdediging Vreven op een parlementaire vraag van senator Wijninckx op 14 maart 1985 geantwoord dat er in Florennes geen sprake is van een overdracht van soevereiniteit van een deel van ons nationaal grondgebied, maar enkel van een ter beschikking stellen aan de Amerikaanse Luchtmacht van een onroerend goed dat derhalve eigendom blijft van de Belgische Staat⁴². De kosten ten laste van België van de installatie van Amerikaanse raketten in Florennes, die zoals blijkt uit een antwoord van 12 juni 1984 van minister Vreven op een parlementaire vraag van volksvertegenwoordiger Sleecx⁴³ geraamd werden op 43 à 51 miljoen BF, kunnen voor zover nodig toegeschreven worden aan een uitvoeringsakkoord gesloten in het kader van de wet van 1962, dat als zodanig, zoals gesteld werd in de memorie van toelichting bij deze wet⁴⁴, niet meer de instemming van de Kamers behoeft.

In het algemeen dient ook nog opgemerkt te worden dat op basis van artikel 68 van de Grondwet («De Koning ... verklaart de oorlog, sluit de vredesverdragen, de verdragen van bondgenootschap en de handelsverdragen. Hij geeft daarvan kennis aan de Kamers, zodra het belang en de veiligheid van de Staat het toelaten») traditioneel wordt aangenomen dat de defensie en het buitenlands beleid principieel behoren tot de Uitvoerende Macht. In ons grondwettelijk bestel moet de Regering inzake defensie en buitenlands beleid eerst haar verantwoordelijkheid opnemen, waarna het Parlement al of niet zijn vertrouwen behoudt in de Regering⁴⁵. Het

³⁰ In zijn interventie gebruikte minister Spaak niet minder dan zeven maal de woorden «secrètement» of «secret» (cf. *Hand., Senaat*, B.Z. 1961-62, 1 maart 1962, 749-750).

³¹ BEIRLAEN, André, «Quelques aspects constitutionnels concernant le problème de l'utilisation, la menace d'utilisation et la détention de l'arme nucléaire», in *Les conséquences ...*, 1-3.

³² *Hand., Kamer*, 1983-84, 8 november 1983, 420.

³³ *Hand., Senaat*, 1983-84, 7 december 1983, 463.

³⁴ Vande Lanotte en Lanckswert (*l.c.*, 37) benadrukken dat «deze uitspraken in de Senaat geen enkele weerstand ondervonden».

³⁵ *Hand., Senaat*, 1983-84, 7 december 1983, 482.

³⁶ *Gedr. St., Kamer*, 1983-84, 13 juli 1984, nr. 784/2.

³⁷ Het wetsvoorstel Dierickx strekte ertoe de wet van 11 april 1962 aan te vullen met de volgende bepaling: «De voorgaande bepaling houdt geen machtiging in voor de Koning om toelating te verlenen tot het bedienen of het aanleggen van lanceerbases noch tot het opslaan van nucleaire ammunitie voor middelbare- en lange-afstandsprojectielen op Belgisch grondgebied.»

³⁸ *Ibid.*, 7.

³⁹ *Ibid.*, 10; Vande Lanotte en Lanckswert (*l.c.*, 38) wijzen erop dat er in 1983 geen sprake was van unanimiteit en dat het debat werd beschouwd «als één van de meest geanimeerde debatten van de laatste jaren».

⁴⁰ *Hand., Kamer*, 1984-85, 14 februari 1985, 1723. Volgens Vande Lanotte en Lanckswert (*l.c.*, 40) werd door de meerderheidspartijen niet zozeer aangegeven hoe ze wilden dat de wet geïnterpreteerd werd, maar wel hoe ze meenden dat de interpretatie was. Hoe men het draait of keert, de stemming van 14 februari 1985 ondergraft de stelling dat de wet van 11 april 1962 moet worden geïnterpreteerd alsof het amendement Rolin aangenomen was geweest. Wie meent dat uit de omstandigheden waarin het amendement Rolin in 1962 werd ingetrokken, kan worden afgeleid dat de Senaat niettemin dit amendement als de juiste interpretatie van de wet van 1962 beschouwde, kan moeilijk uit het verwerpen van het voorstel Dierickx een andere conclusie trekken dan dat de Kamer in 1985 — maar dan op een duidelijkere wijze — deze interpretatie heeft verworpen. Wie de *contrario* redenering aanvaardt in 1962 kan er moeilijk van onderuit in 1985. Dit voorbeeld toont in feite aan hoe voorzichtig moet worden omgesprongen met het trekken van *a contrario* conclusies uit het verwerpen (of intrekken) van parlementaire voorstellen (of amendementen).

⁴¹ *l.c.*, 40-46.

⁴² Cf. HEIRMAN, Mark, «Het Belgisch Rakettenbesluit (februari-maart 1985)», *IPIS-brochure*, nr. 2, Antwerpen, IPIS, 1985, 24 p.

⁴³ *Vragen en Antwoorden, Kamer*, 12 juni 1984 (32), 3137-3138.

⁴⁴ *Gedr. St., Kamer*, 1959-60, 646/1.

⁴⁵ Niets laat toe aan te nemen dat minister Spaak bereid zou zijn geweest aan dit fundamenteel grondwettelijk beginsel afbreuk te

Parlement wordt hierdoor geenszins buiten spel gesteld. Weinig problemen zijn trouwens zo vaak en zo uitvoerig in het Parlement behandeld als de plaatsing in ons land van middellange afstands-raketten. Bovendien kan het Parlement steeds de Regering ten val brengen door haar het vertrouwen te weigeren. Uiteindelijk zal het dan toch steeds de regering — dezelfde of een andere — zijn die — al dan niet na verkiezingen — een andere — of mogelijk dezelfde — beslissing zal nemen.

III. J.C.M. Willems (pp. 57-96) handelt over «Kernwapens en mensenrechten».

Sommige van Willems' argumenten die gelijklopen met die van de daaropvolgende bijdrage van Stelling, zullen in samenhang daarmee worden onderzocht.

De «mensenrechten» in aanmerking genomen door Willems zijn het recht op leven, het recht op ontwikkeling en het recht op zelfbeschikking, zodat het opvalt dat alleen het eerste een klassiek individueel mensenrecht betreft. Zoals gesteld werd door het zogenaamde «Tribunaal van de vrede» in zijn uitspraak van 21 september 1985⁴⁶ «is de staat verplicht zich te onthouden van maatregelen die het leven van de burgers nodeloos in gevaar brengen». Het blijft natuurlijk een open vraag of het plaatsen van middellange afstands-raketten in het kader van een ontradringsstrategie het gevaar voor het leven vergroot dan wel verkleint. Er wordt soms uit het oog verloren dat de voorstanders van plaatsing deze laatste mening zijn toegedaan. In zijn «algemeen commentaar» — ten onrechte door Willems als «uitspraak» bestempeld — heeft het VN-Mensenrechtencomité op 2 november 1984 de mening uitgesproken dat «de produktie, het testen, het bezit, de plaatsing en het gebruik van kernwapens dienen⁴⁷ te worden verboden en te worden beschouwd als misdrijven tegen de mensheid»⁴⁸. Deze mening kan niet anders worden beschouwd dan als een wens *de lege ferenda* van het Comité en niet als een uitspraak *de lege lata*. Alleen in de vorm van een algemeen en wederkerig akkoord ter zake zou een dergelijke regeling in het positief recht kunnen worden ingevoerd.

Ook het recht op ontwikkeling is nog niet opgenomen in het positief recht en het lijkt in elk geval te algemeen geformuleerd om daaruit te kunnen afleiden dat nu juist de uitgaven voor de installatie van middellange afstands-raketten het recht op ontwikkeling in de weg zouden staan. Terecht wijst Willems⁴⁹ erop dat het niet bijzonder zinvol was het souveriniteitsbegrip te gaan oppoetsen in het kader van de discussie m.b.t. de dubbele sleutel. De argumenten hierboven aangehaald betreffende deze kwestie blijken evenwel evenzeer geldig m.b.t. het recht op zelfbeschikking.

IV. In een volgende bijdrage handelt M.J.F. Stelling (pp. 97-127) over «Kernbewapening als internationaal strafrechtelijk probleem, gezien vanuit de Nederlandse context».

Wat het genocideverdrag betreft komt het er inderdaad op aan, zoals betoogd door P. Kooijmans⁵⁰, na te gaan wat het nagestreefde oogmerk is van de handeling, en niet wat de effecten ervan zijn.

Wat betreft het Gasprotocol van 11 juni 1925 lijkt het niet terecht de specifieke regels op het gebruik van bijzondere wapens per analogie te pogen toe te passen op kernwapens. Het protocol is de resultante van een uitdrukkelijk akkoord over het niet-gebruik van bacteriologische en chemische wapens; een dergelijk akkoord bestaat niet voor kernwapens. Terugkerend naar het uitgangspunt van het humanitair recht (een vergelijk tussen de militaire noodwendigheden en de wetten van menselijkheid)⁵¹ mag aangenomen

worden dat de verdragspartijen bij het Protocol van 1925 de mening toegedaan waren dat een verbod tot niet-gebruik van bacteriologische en chemische wapens hieraan beantwoordde. Hetzelfde kan niet beweerd worden m.b.t. tot kernwapens, waarvan de militaire mogelijkheden veel verder reiken dan die van bacteriologische en chemische wapens. Het is reeds zo moeilijk genoeg om gedaan te krijgen dat de Staten de bepalingen van het humanitair recht die zij willens en wetens hebben aangegaan, in oorlogstijd naleven, zodat het zinloos is te pogen de humanitairrechtelijke bepalingen bij wege van extensieve interpretaties uit te breiden in een mate die de partijen niet hebben vermoed, noch gewild, en die toch geen schijn van kans heeft om effectief nageleefd te worden. Dergelijke extensieve interpretaties leiden niet tot nieuwe beperkingen op het oorlogsvoeren, maar kunnen tot gevolg hebben dat het respect voor de wel degelijk aangegane verbintenissen mede op de helling wordt gezet.

Het algemeen humanitair recht, in het bijzonder het recht van Den Haag, is daarentegen wel van toepassing. Het is niet omdat de kernwapens niet bestonden ten tijde van het sluiten van de Conventies van Den Haag in 1899 en 1907, dat de regels die bepaalde effecten van het gebruik van wapens verbieden (en niet bepaalde specifieke types van wapens) niet van toepassing zouden zijn op wapens die toen niet bestonden. Zoals terecht wordt opgemerkt door Stelling⁵², dreigen de volgende bepalingen van de Haagse Conventies moeilijkheden te veroorzaken in geval van gebruik van kernwapens:

a) het onderscheid tussen militaire en burgerlijke doelwitten: vooral met de eerste generatie kernwapens, die enorme vernielingscapaciteit vereisen om gebrek aan nauwkeurigheid te compenseren, leek het weinig waarschijnlijk dat kernwapens zouden kunnen worden gebruikt zonder bovenvermeld onderscheid te miskennen. Het feit dat bij een aanval op een militair doel ook burgers kunnen worden getroffen, volstaat echter niet om de aanval als strijdig met het oorlogsrecht te beschouwen⁵³. Het vernietigen van onverdedigde steden zou evenwel duidelijk in strijd zijn met art. 25 van de Haagse Conventie, dat verbiedt «steden, dorpen, woningen of gebouwen die niet verdedigd worden aan te vallen of te beschieten». Daarentegen is het uiteraard niet voldoende kernwapens dicht bij steden te installeren om ze van een juridisch beschermde immuniteit te doen genieten;

b) geen «nodeloos onheil (des maux superflus/unnecessary suffering) veroorzaken»: art. 23, e, van de Haagse Conventie verbiedt wapens te gebruiken (hoe gering ook) die een groter leed veroorzaken dan nodig is. Of een bepaald leed al dan niet noodzakelijk is kan niet los gezien worden van de militaire noodwendigheden. Alleen wanneer een gelijkaardig militair oogmerk kan worden bereikt met wapens die minder leed veroorzaken dan kernwapens, verbiedt deze regel het gebruik van kernwapens.

Hoewel het niet gemakkelijk is hypothesen in te denken waarin kernwapens kunnen worden gebruikt in overeenstemming met het oorlogsrecht, kan deze mogelijkheid toch niet absoluut worden uitgesloten. Of het oorlogsrecht geschonden is, kan niet als een *a priori* vaststaand gegeven worden vooropgesteld, maar zal moeten worden uitgemaakt door de feiten (type van kernwapen, wijze en omstandigheden van gebruik) te toetsen aan deze regels.

De Protocols van 10 juni 1977 blijken weliswaar verder te gaan⁵⁴, maar voor zover het gaat om de ontwikkeling van nieuw

nationale de la Croix-Rouge, 1981, 7-8 (geciteerd door ELENS, *l.c.*, 423): «un intérêt humanitaire pour chacun, sans pour autant nuire aux intérêts militaires de quiconque».

⁵² *L.c.*, 109 e.v.

⁵³ Cf. SCHWARZENBERGER, G., *The Legality of Nuclear Weapons*, Londen, 1958, 20 en 48, zoals weergegeven door DAVID, *Mélanges Pictet, l.c.*, 334: «Le belligérant qui recourrait à l'arme nucléaire contre des objectifs militaires et qui toucherait des civils ne violerait pas le principe de l'immunité des civils.»

⁵⁴ Cf. het CICR (*l.c.*, 7-8): «La nécessité impérieuse de mieux protéger les populations civiles a, cependant, conduit les Etats à aller plus loin, dans les Protocoles additionnels de 1977, et à accepter de prendre en compte des facteurs humanitaires même au sacrifice de certains gains militaires. (...) Mais on doit rester conscient du fait qu'il n'est pas dans l'intérêt du droit international humanitaire de s'aventurer très avant dans cette direction. A vouloir aller trop loin, on risquerait d'ébranler tout l'édifice.»

doen. Hij verklaarde integendeel dat «si l'amendement était main-tenu, je serais forcé d'en combattre le texte» (*Hand., Senaat*, 1961-62, 1 maar 1962, 753).

⁴⁶ *N.J.*, 12 oktober 1985.

⁴⁷ Duidelijker zijn de woorden van Thoolen geciteerd door Willems (*l.c.*, 77: «zouden moeten worden»).

⁴⁸ Observation générale 14 (23) article 6.

⁴⁹ *L.c.*, 84.

⁵⁰ Geciteerd door Stelling, *l.c.*, 105-106: «De kernwapens en het Volkenrecht», *AR-Staatskunde*, nr. 80/10/11/12, 399-400).

⁵¹ Cf. de Declaratie van St.-Petersburg van 29 november 1968 tot verbod van zekere wapens: «to conciliate the necessities of war with the laws of humanity»; zie ook het CICR in de *Revue inter-*

recht zijn deze regels krachtens de zogenaamde «consensus van Genève» niet van toepassing op het gebruik van kernwapens⁵⁵.

Minder betwist is het gebruik van kernwapens als antwoord op het gebruik ervan door de tegenpartij. In overeenstemming met David⁵⁶ moeten andere uitzonderingsgronden zoals wettige zelfverdediging⁵⁷ of noodzaak⁵⁸ als irrelevant worden afgewezen. Maar zelfs door tegenstanders van het gebruik van kernwapens als eerste («first use») wordt het gebruik ervan als represaille (de zogenaamde «reprisals in kind») niet noodzakelijk uitgesloten⁵⁹. Hierbij is het dan belangrijk het onderscheid te maken tussen de zogenaamde «représailles 'gratuites'» t.o.v. van schendingen van de door het humanitair recht beschermde personen en goederen⁶⁰, die verboden blijven, en de zogenaamde «représailles 'efficaces'» betreffende de beperkingen van de strijdmiddelen, die i.c. geoorloofd zouden zijn voor zover zij ertoe zouden strekken een einde te maken aan het gebruik van kernwapens door de tegenpartij.

Wordt aangenomen dat het niet absoluut uitgesloten is dat kernwapens kunnen gebruikt worden zonder *ipso facto* het oorlogsrecht te schenden, dan vervallen, zoals ook erkend wordt door Andries⁶¹, de strafrechtelijke beschuldigingen uitgebracht wegens medeplichtigheid aan het beramen van oorlogsmisdrijven ingebracht tegen al wie zich niet actief verzet tegen de installatie van kernwapens in eigen land.

V. Het belang van de korte bijdrage van L. Denys (pp. 129-134) over «De rechtspraak over de kernraketten in de Bondsrepubliek» beperkt zich tot het verschaffen van enkele referenties over Westduitse rechtspraak (vooral arresten van 16 december 1983 en van 18 december 1984 van het Bundesverfassungsgericht en van 19 juni 1985 van de Amtsrichter uit Frankfurt).

VI. *Besluit*. Het voorgaande mag helemaal niet begrepen worden als een pleidooi voor gebruik van kernwapens. Aangezien de «ontredingsstrategie» (deterrence/dissuasion) evenwel geloof vereist in de vastberadenheid om zo nodig agressie af te slaan met kernwapens, zou deze strategie ernstig aangetast worden indien

⁵⁵ Ook België heeft bij de ratificatie van het Eerste Protocol op 20 mei 1986 verklaard dat «rekening houdend met de voorbereidende werkzaamheden (...) het Protocol werd opgesteld met het oog op de uitbreiding van de humanitaire rechtsbescherming uitsluitend bij het gebruik in een gewapend conflict van conventionele wapens, en dit zonder afbreuk te doen aan de internationale rechtsbepalingen die betrekking hebben op het gebruik van andere types van bewapening», *B.S.*, 22 november 1986, 15845).

⁵⁶ *Les conséquences ...*, l.c., 26, met verwijzing naar DECAUX, E., *La réciprocité en droit international*, Parijs, LGDJ, 1980, 240 en KALSHOVEN, F., *Belligerent Reprisals*, Leiden, Sythoff, 1971, 351-352.

⁵⁷ Een schending van het *ius ad bellum* door de ene partij kan niet een schending van het *ius in bello* door de andere partij verantwoord worden.

⁵⁸ Indien verdragsrechtelijk nauwkeurige afspraken werden gemaakt om een bepaald wapen (bv. chemische of bacteriologische wapens) niet te gebruiken, dan kan de militaire noodzaak het gebruik ervan niet rechtvaardigen, ook al vloeit daaruit het verlies van de oorlog voort; een dergelijke afspraak bestaat echter niet voor kernwapens.

⁵⁹ Het is in een punt onmiddellijk volgend op een punt 3 dat verwijst naar represailles («Le droit de la guerre en vigueur en Belgique n'est pas incompatible avec un usage de l'arme nucléaire à titre de représailles contre les combattants, à l'exclusion des populations civiles») dat Andries, Addendum, l.c., punt 4, besluit: «Dès lors qu'un mode au moins d'emploi d'arme nucléaire est licite la participation à un emploi illicite de cet arme n'entraîne de responsabilité pénale que si, au moment où l'aide a été fournie l'acceptation d'un tel emploi illicite existait dans le chef de l'agent.»

⁶⁰ Volgens DAVID, *Les conséquences ...* 30, zijn represailles ondermeer nutteloos: «Les représailles ne peuvent modifier l'issue d'un conflit puisque par définition, les personnes et les biens protégés victimes de représailles ne présentent pas d'intérêt militaire.» Het is duidelijk dat deze argumentatie alleen geldt voor de zogenaamde «représailles 'gratuites'» en niet voor de «représailles 'efficaces'».

⁶¹ Cf. *supra* noot 59.

aangenomen zou worden dat in de huidige stand van het internationaal recht (of van de moraal) elk gebruik van kernwapens onvermijdelijk in strijd zou zijn met recht (of moraal). Zowel vanuit juridisch als vanuit moreel oogpunt is er grote terughoudendheid tegenover het gebruik van kernwapens, maar op het gevaar af de ontredingsstrategie⁶² te ondermijnen is het niet zonder belang aan te tonen dat niet elk gebruik van kernwapens *a priori* juridisch of moreel onverantwoord is⁶³.

Hoewel van ongelijke waarde bevat deze publikatie een aantal bijdragen die vaak spitsvondig zijn, maar ten onrechte worden voorgesteld als de juridisch onaantastbare waarheid. Het zal dan ook weinigen verwonderen dat *Tegenspraak* tegenspraak uitlokt.

Marc Bossuyt
Hoogleraar UIA

⁶² Cf. Paus Johannes-Paulus II in zijn boodschap aan de Verenigde Naties van juni 1982: «Dans les conditions actuelles, une dissuasion basée sur l'équilibre, non certes comme une fin en soi, mais comme étape sur la voie d'un désarmement progressif, peut encore être jugée comme moralement acceptable.»

⁶³ Zoals opgemerkt door de Franse bisschoppen in hun verklaring van 8 november 1983 te Lourdes (*Les grands textes de la documentation catholique*, 1983, nr. 46, 10): «La menace n'est pas l'emploi. (...) Affronté à un choix entre deux maux quasiment imparables, la capitulation ou la contre menace ... on choisit le moindre sans prétendre en faire un bien.»

TIJDSCHRIFTEN

Journal des tribunaux, 1986

nr. 5364, 18 januari,

Paques, M., La durée et la nature du délai imparti pour l'exercice de l'action en indemnisation des dépréciations résultant des servitudes d'urbanisme; De Gavre, J., noot onder R.v.St., 30 juli 1985 (Procédure tot wijziging van familienaam, minderjarige onder voogdij, bevoegdheid tot optreden).

nr. 5365, 25 januari,

Oschinsky, S., L'intervention de l'Etat dans l'indemnisation des victimes d'actes intentionnels de volonté; Klees, O., Les voies de recours de l'inculpé contre l'ordonnance de la chambre du conseil qui le renvoie devant le tribunal correctionnel; Koekelberg, F., noot onder R.v.St., 26 juni 1985 (staatsambtenaar, terbeschikkingstelling wegens ziekte, geen invloed van de in de Kolonies gepresterde diensten op de berekening van de ancienniteit).

nr. 5366, 1 februari,

Giet, L., La fécondation in vitro et le transfert embryonnaire.

nr. 5367, 8 februari,

Hannequart, Y., Le nouveau règlement de déontologie de l'Ordre des architectes; Kohl, A., noot onder Brussel, 4 oktober 1985 (exclusieve verkoopconcessie, arbitrage, Verdrag van New York van 10 juni 1958, toepasselijke wet).

nr. 5368, 15 februari,

Renaud, R., Divorce, coût de l'enfant, pension alimentaire et fiscalité.

nr. 5639, 22 februari,

Delpérée, F., Une crise en trois temps.

nr. 5370, 1 maart,

Vankerckhove, J., Loyers et revenus immobiliers en 1986. Application de la loi de redressement du 22 janvier 1985 contenant des dispositions sociales; Dehousse, F., noot onder R.v.St., 23 oktober 1985 (Hoger onderwijs, emeritaatspensioen).

nr. 5371, 8 maart,

Dehousse, F., Le feuillet constitutionnel de l'hiver: la désignation de l'exécutif régional wallon; Perin, F., Arithmétique électorale et logique constitutionnelle; Ekkelmans, M., noot onder H.V.J., 11 juni 1985 (Verdrag van Brussel van 27 september 1968, redenen tot weigering van exequatur).