

DE TEGENWERPBAARHEID VAN GOEDKEURINGS- EN VOORKOOPCLAUSULES AAN DE DERDE-KOPER VAN AANDELEN

I. INLEIDING ¹

Sinds de wet van 18 juli 1991 ² bevat de nieuwe vennootschappenwet bepalingen die betrekking hebben op voorkoop- en goedkeuringsclausules. De wetgever achtte het noodzakelijk om de, reeds gedurende lange tijd door de rechtsleer aanvaarde, statutaire of contractuele overdraagbaarheidsbeperkingen te reglementeren. Het resultaat is art. 41, § 2. De bedoeling van de wetgever was vooral de bestaande onzekerheid betreffende de geldigheid van deze beperkingen weg te nemen en alzo meer rechtszekerheid op dit vlak tot stand te brengen ³. De slechte formulering van het wetsartikel had echter tot gevolg dat de bepaling onmiddellijk aanleiding gaf tot onenigheid in de rechtsleer.

Zo bleef onder meer de vraag open wat de gevolgen zouden zijn indien aandelen waaraan een overdraagbaarheidsbeperking verbonden is, worden overgedragen aan een derde zonder dat de goedkeurings- en/of voorkoopclausule is nageleefd. In dit opstel zal *getracht* worden een antwoord te geven op deze vraag door de verschillende standpunten in de rechtsleer en rechtspraak bijeen te brengen alsmede ze kritisch te benaderen. Na een korte kennismaking met de begrippen goedkeurings- en voorkoopclausules zullen we hun tegenwerpbaarheid ten aanzien van derden onderzoeken wat betreft de aandelen op naam en aan toonder, waarbij ook een onderscheid gemaakt moet worden tussen de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen en de beperkingen vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst.

II. DE GOEDKEURINGS- EN VOORKOOPCLAUSULES EN DE VRIJE OVERDRAAGBAARHEID VAN DE AANDELEN

A. De situatie vóór de wet van 18 juli 1991

Aandelen zijn verhandelbare titels. De overdracht is dus in principe vrij ⁴. Zowel voor als na de nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991 ⁵ is men het erover eens dat de vrije overdraagbaarheid van de aandelen een wezenlijk kenmerk van de naamloze vennootschap blijft; de NV is immers een kapitaalvennootschap waarbij de kapitaalverschaffers veelal anoniem blijven. De persoonlijkheid van de aandeelhouders

is niet essentieel. De aandeelhouders moeten zich dus te allen tijde kunnen terugtrekken uit de vennootschap ⁶. Van daar het algemeen aanvaard principe van de vrije overdraagbaarheid van de aandelen ⁷.

Opmerking: inzake de BVBA geldt echter het principe van de beperkte overdraagbaarheid. Art. 126 Venn.W. regelt de beperking van de vrije overdraagbaarheid van aandelen in een BVBA ⁸. Niettemin werd reeds vóór de wet van 18 juli 1991 algemeen aanvaard dat de overdracht van de aandelen statutair of contractueel konden worden beperkt op voorwaarde dat ze niet volledig onverhandelbaar werden en de aandeelhouder geen gevangene werd van zijn aandeel ⁹.

De goedkeuringsclausules en de voorkoopclausules werden gebruikt om op een geldige wijze de overdraagbaarheid van de aandelen te beperken. Hierover bestond echter weinig rechtspraak en rechtsleer hoewel dit de laatste jaren vóór de nieuwe wet enigszins veranderde ¹⁰. Rechtsonzekerheid was er betreffende de volgende punten: het recht van discretionaire weigering, de motiveringsplicht, de rechtmatigheid van de belangen om de goedkeuring te weigeren betreffende de goedkeuringsclausule, de bepaalbaarheid van

⁶ Memorie van toelichting bij het ontwerp van de wet van 18 juli 1991, *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/1, 53.

⁷ VAN GERVEN, D., «De draagwijdte van de nieuwe regeling inzake overdraagbaarheidsbeperkingen», *T.R.V.*, 1992, 302; TILOUIN, T., «Les opérations d'assainissement du capital des sociétés des capitaux en difficulté et l'abus de droit actionnaires», *T.B.H.*, 1991, 9; VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, 1954, 353; FREDERICO, L., *Traité de droit commercial belge*, IV, Gent, Fecheyr, 1950, 581; GEENS, K., «De bescherming tegen de bescherming», in «De bescherming van de minderheidsaandeelhouder», *T.R.V.*, 1988, II-57 en 58; *Gedr.St., Senaat*, 1107/3, 1990-91, nr. 1107/3, 93.

⁸ Voor een grondig onderzoek zie WYCKAERT, M., «De instemmingsvereiste bij de overgang van aandelen in een BVBA: opschortende voorwaarde of bestaansvoorwaarde? Een poging tot verantwoording van de mogelijke stellingnames», *T.R.V.*, 1990, 184-197.

⁹ RESTEAU, Ch., *Traité des sociétés anonymes*, I, Brussel, Swinnen, 1981, nr. 701bis; VAN RYN, J., o.c., nr. 545; VAN RYN, J., VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1961-1965)», *R.C.J.B.*, 1967, 345 e.v.; LIEVENS, J., *De nieuwe vennootschapswet (Wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 28. Nochtans meenden sommige auteurs dat een conventie van onoverdraagbaarheid, bij eenstemmigheid van de geïnteresseerde aandeelhouders, geldig is omdat de vrije overdraagbaarheid enkel de natuur en niet het wezen van de NV raakt. Zie VAN HILLE, J.M., *Aandelen en obligaties in het Belgisch recht*, Brussel, Bruylant, 1977, nr. 842.

¹⁰ VAN OMMESLAGHE, P., «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1989, 289; WEYTS, L., «De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 413; RALET, O., «Sauvegarde et contrôle de la stabilité de l'actionariat des sociétés anonymes», *D.A.O.R.*, 1988, livr. 7, 9-23.

¹ Deze bijdrage kwam tot stand in het raam van de «gespecialiseerde opleiding in het Economisch recht» (o.l.v. prof. ph. COLLE). De auteur dankt zeer hartelijk prof. ph. COLLE voor zijn kritische beschouwingen en richtlijnen bij het tot stand komen van dit werk.

² B.S., 26 juli 1991.

³ NIEUWDORP, R., «Overeenkomsten tussen aandeelhouders», in *Het gewijzigde vennootschapsrecht*, BRAECKMANS H. EN WYMEERSCH, E. (red.), Antwerpen, Maklu, 1992, 53.

⁴ Art. 43, lid 3 Venn.W. regelt de overdracht.

⁵ B.S., 26 juli 1991.

de prijs voor de voorkooppclausules, en niet te vergeten de tegenwerpbaarheid van de clausules tegenover de derde-koper van de aandelen (wat het onderwerp van dit artikel zal uitmaken) ¹¹.

Een van de verdiensten van de nieuwe vennootschappenwet is dat zij door een uitvoerige regeling van de overdraagbaarheid van de aandelen (artt. 41 e.v. Venn.W.) vele van die onzekerheden heeft weggenomen ¹². Anderzijds leidde de wet tot ernstige interpretatieproblemen, waardoor niet alles werd opgelost ¹³.

B. De situatie na de wet van 18 juli 1991

Art. 41, § 2, Venn.W. bepaalt dat beperkingen van de vrije overdraagbaarheid van aandelen op naam en aan toonder door statuten en aandeelhoudersovereenkomsten toegelaten is voor zover dit niet tot de onoverdraagbaarheid van de aandelen leidt.

De vrije overdraagbaarheid van de aandelen blijft een wezenlijk kenmerk van de NV zodat art. 41, § 2, Venn.W. restrictief moet worden geïnterpreteerd ¹⁴.

De wet maakt gewag van de goedkeurings- en voorkooppclausule als middelen om de overdraagbaarheid te beperken ¹⁵, maar geeft geen omschrijving of definitie van deze clausules.

De goedkeuringsclausules. Dit zijn clausules waarbij de overdracht van een aandeel (obligatie of warrant) afhankelijk wordt gemaakt van de toestemming van een persoon of een college, in de clausule aangewezen (nl. de raad van bestuur of de algemene vergadering of eventueel zelfs een groep van aandeelhouders) ¹⁶. Hierdoor kan men de vennootschap besloten houden en ongewenste aandeelhouders weren. Men behoudt alzo de controle over de stabiliteit van het aandeelhouderschap ¹⁷.

In de goedkeuringsclausule kan men in volle vrijheid bepalen welke persoon of orgaan de goedkeuring mag geven. Geen enkele beperking wordt opgelegd ¹⁸. Bovendien bepaalt art. 41 Venn.W. op generlei wijze dat de goedkeuring of weigering gemotiveerd moet worden. Niet iedereen deelt deze mening. Van Ommeslaghe stelt namelijk dat de discretionaire beoordeling van de goedkeuring moet worden beschouwd als strijdig met het principe van de vrije overdraagbaarheid van de aandelen, daar dit het bevoegde orgaan in staat stelt de titels onoverdraagbaar te maken ¹⁹.

Mijns inziens blijkt uit de redactie van art. 41 Venn.W. toch duidelijk dat een ongemotiveerde weigering niet verboden wordt ²⁰, zonder dat echter het belang van de vennootschap mag worden geïgnoreerd ²¹.

De goedkeuring moet geschieden binnen een termijn van drie maanden vanaf het verzoek door de initiatiefnemer. Aan deze termijn wordt echter een tweede termijn van drie maanden toegevoegd die aanvangt één maand voor het verstrijken van de oorspronkelijke termijn (dus een maximumstermijn van vijf maanden). Wanneer de goedkeuring wordt geweigerd binnen de eerste periode van drie maanden, zullen in de tweede termijn van drie maanden alle stappen moeten worden ondernomen om een andere koper voor te stellen die de aandelen zou kunnen verwerven, m.a.w. een andere koper moet voorgedragen worden door het orgaan dat de goedkeuring weigert ²².

Ten slotte geschiedt de verkrijging tegen de door de overdrager vastgestelde prijs. Indien er geen akkoord bestaat over de prijs, wordt deze vastgesteld door een deskundige ²³.

De voorkooppclausules. De wetgever achtte het niet nodig om deze clausules in een afzonderlijke bepaling te regelen. Hierdoor wordt de wettelijke regeling moeilijk begrijpelijk en vatbaar voor verschillende interpretaties. Bovendien wordt het onderscheid tussen beide clausules niet voldoende benadrukt ²⁴.

Een voorkooppclausule is een clausule waarbij, in geval van verkoop, overdracht of overgang bij overlijden, de aandelen voor een beperkte periode moeten worden aangeboden aan sommige of alle andere aandeelhouders of derden die in de voorkooppclausule zijn aangewezen ²⁵. Van Ommeslaghe kwalificeert de voorkooppclausule als een eventuele verkoopbelofte, die niet voorwaardelijk is omdat de voorwaarde niet mag slaan op een essentieel bestanddeel van de overeen-

¹¹ NELISSEN GRADE, J.M., «Goedkeurings- en voorkooppclausules in de naamloze vennootschap», in *De NV en BVBA na de Wet van 18 juli 1991*, JAN RONSE INSTITUUT (red.) Kalmthout, Biblo, 1992, 56.

¹² LIEVENS, J., o.c., 27.

¹³ Zie NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 56, waarin hij het standpunt verdedigt dat een wetgevende tussenkomst op dit vlak overbodig was.

¹⁴ *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, 97.

¹⁵ Op dit vlak bestaat er bovendien onzekerheid omtrent de vraag of deze opsomming in art. 41 Venn.W. van de toegelaten statutaire en contractuele overdrachtsbeperkingen al dan niet als limitatief moet worden beschouwd. Voorstanders van de limitatieve opvatting gronden hun standpunt op de restrictieve interpretatie van art. 41, § 2, de strekking van de wet en de bedoeling van de wetgever zoals dit blijkt uit de parlementaire voorbereiding (LIEVENS, o.c., 29, en NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 63). Tegenstanders verwijzen dan weer naar de Franse wet (art. 274), waarin andere vormen van onvervreemdbaarheid niet worden uitgesloten (*Encycl. Dall.*, Sociétés, tw. Actions, nrs. 503 e.v.). Bovendien bepaalt de Belgische wet niet uitdrukkelijk dat alleen de goedkeurings- en voorkooppclausules zijn toegelaten (NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 62-63; NIEUWDORP, R., «Overeenkomsten tussen aandeelhouders», *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Antwerpen, Maklu, 1992, 258-259. Eensgezindheid is op dit vlak nog niet bereikt.

¹⁶ NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 58; RESTEAU, Ch., o.c., 439.

¹⁷ GEENS, K., «Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme», *R.P.S.*, 1988-89, 323.

¹⁸ NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 68; VAN OMMESSLAGHE, P., «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1988-89, 295.

¹⁹ VAN OMMESSLAGHE, P., o.c., 296.

²⁰ RESTEAU, Ch., o.c., nrs. 701-702; FREDERICQ, L., o.c., nr. 391.

²¹ NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 68; NIEUWDORP, R., o.c., 266; RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M. en VAN HULLE, K., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1986, 1373.

²² BUTZLER, R., GEINGER, H. en HEIJERICK, N., *Inleiding tot het vennootschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 1992, 81; NIEUWDORP, R., o.c., 262; LIEVENS, J., o.c., 35-36; NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 69.

²³ LIEVENS, J., o.c., 37: wanneer er geen overeenstemming bestaat omtrent de aan te wijzen deskundige, zal deze worden aangesteld door de voorzitter van de rechtbank van koophandel in kort geding.

²⁴ NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 67.

²⁵ NELISSEN GRADE, J.M., o.c., 59; VAN RYN, R., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Laricier, 1954, nr. 547.

komst maar eerder moet bestaan in een onzekere gebeurtenis, onafhankelijk van de overeenkomst zelf²⁶. Dit werd overgenomen in de memorie van toelichting²⁷.

Ook hier stelt de wet geen beperkingen wat betreft de begunstigten van een voorkoopclausule. De begunstigten hoeven niet nominatief te worden genoemd, maar het is wel vereist dat ze individueel identificeerbaar zijn (bv. «alle bestaande aandeelhouders»)²⁸.

De bepalingen betreffende de termijn en de prijs worden eveneens beheerst door art. 42, § 2. De begunstigten kunnen gedurende de eerste drie maanden hun voorkooprecht uitoefenen. Indien dit niet gebeurt, kunnen tijdens de tweede termijn de aandelen worden verkregen door één of meer aandeelhouders of derden tegen de door de overdrager vastgestelde prijs. Het gaat echter niet op dat de houders van het voorkooprecht, naar analogie van de goedkeuringsclausules, zelf derden kunnen voordragen die het voorkooprecht in hun plaats uitoefenen, wanneer zij het zelf niet willen of kunnen doen²⁹.

II. DE TEGENWERPBAARHEID VAN GOEDKEURINGS- EN VOORKOOPCLAUSULES AAN DE DERDE-KOPER BIJ OVERDRACHT VAN DE AANDELEN

Art. 41, § 2, Venn.W. voorziet niet in een sanctie voor het geval dat de goedkeurings- en voorkoopclausules niet zijn nageleefd. Men kan daarom de vraag stellen of de overdraagbaarheidsbeperkingen al dan niet kunnen worden toegeworpen aan derden en wat de gevolgen zijn ten aanzien van de kopers bij niet-naleving ervan. Een antwoord werd hierop gezocht door de rechtsleer en de rechtspraak³⁰.

Een onderscheid wordt gemaakt tussen statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen en beperkingen die bij overeenkomst zijn bedongen.

A. De statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen

In een dergelijk geval zijn de clausules ingeschreven in de statuten welke openbaar werden gemaakt in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (art. 10 Venn.W.).

De tegenwerpbaarheid van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen wordt verschillend benaderd naargelang het aandelen op naam dan wel aandelen aan toonder betreft.

1. De aandelen op naam

a) De theorie van de derde-medeplichtigheid

Op 22 februari 1990 besliste de Rechtbank van Koophandel te Namen: «Bij niet-naleving van een statutair voorkooprecht kan de schadeloosstelling in specifieke vorm geschieden indien de derde-medeplichtigheid van de koper wordt aangetoond.»³¹

Naar aanleiding van deze beslissing schreef Hilde Laga een noot waarin zij deze stelling ondersteunt³². Statutaire voorkoopclausules worden beschouwd als obligatoire verbintenissen die vennoten opnemen ten aanzien van de vennootschap. De clausules vallen dus onder de toepassing van art. 1165 B.W. zodat ze slechts gerespecteerd moeten worden door de vennoten en niet door de derde-kopers van aandelen³³. Van Ommeslaghe oordeelt dat de statutaire goedkeurings- en voorkoopclausules alleen maar interne gevolgen teweegbrengen³⁴. Een derde-koper zou dus enkel instaan voor de niet-naleving van de overdraagbaarheidsbeperkingen, hij zal de gevolgen moeten ondergaan van een nietigverklaring van de overdracht van aandelen, bij toepassing van de theorie van de derde-medeplichtigheid³⁵.

Deze theorie vloeit voort uit het beginsel dat een ieder het bestaan van andermans contractuele rechten als feit dient te erkennen en dat in bepaalde omstandigheden een derde die andermans contractuele rechten negeert, volgens de artt. 1382 en 1383 B.W. een onrechtmatige daad begaat³⁶. Krachtens de huidige opvatting van het Hof van Cassatie maakt een derde zich schuldig aan medeplichtigheid van andermans contractbreuk wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan³⁷: 1) een vooraf bestaande contractuele verbintenis, 2) waarvan de derde kennis had of moest hebben, 3) en waarbij deze derde bewust zijn medewerking verleent 4) aan de schending van de contractuele verbintenis³⁸. Sommige rechtsleer voegt daaraan toe dat de schul-

³¹ Kh. Namen, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, 234 e.v. met noot LAGA, H.

³² LAGA, H., *o.c.*, 241.

³³ LAGA, H., *o.c.*, 241.

³⁴ VAN OMMEFLAGHE, P., «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1988-89, 304.

³⁵ Cass., 22 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1002; LAGA, H., *Statuten, statutenwijziging en reglement van inwendige orde getoetst aan algemene beginselen van het contractenrecht*, Leuven, proefschrift, 1991, 276, nr. 231; VAN OMMEFLAGHE, P., *o.c.*, 304.

Zie ook Kh. Namen, 22 februari 1991, *T.R.V.*, 1991, 234.

³⁶ DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Kluwer, 1984; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 117bis; VAN GERVEN, W., *Beginnels van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 1260; KRUIHOF, R., «La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante dix années d'incertitude juridique», *R.C.J.B.*, 1980, 93-120.

³⁷ Hierover zijn ellenlange discussies geweest in de rechtsleer alsook in de rechtspraak. Er bestonden verschillende theorieën naast elkaar. Zie hierover KRUIHOF, R., *o.c.*, 93. Aan de rechtsonzekerheid werd een einde gemaakt door het Hof van Cassatie op 22 april 1983 (*R.W.*, 1983-84, 1427, *R.C.J.B.*, 1984, 359).

³⁸ Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 1427, *R.C.J.B.*, 1984, 359; MERCHERS, Y., «Contractbreuk en derde-medeplichtigheid», *R.W.*, 1985-86, 2089-2091: naast het bestaan van de schuld is ook vereist

²⁶ NELISSEN GRADE, J.M., *o.c.*, 59; VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Larcier, 1954, nr. 547.

²⁷ *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/7, 52.

²⁸ NIEUWDOOP, R., *o.c.*, 266.

²⁹ Nelissen Grade beschouwt dit als strijdig met het doel van de clausule, nl. het besloten karakter van de vennootschap verzekeren. Dit is dan ook duidelijk een voorbeeld van de vergissing van de wetgever om beide clausules in één bepaling te regelen. Zie NELISSEN GRADE, J.M., *o.c.*, 69-71.

³⁰ LAGA, H., «Het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkooprechtclausules», *T.R.V.*, 1991, 241.

denaar willens en wetens zijn contractuele verbintenissen moet hebben geschonden ³⁹, ⁴⁰.

Een derde-koper van de aandelen zal alleen dan de gevolgen van de niet-naleving van de beperkingen moeten ondergaan wanneer er een voorafgaande goedkeurings- of voorkoopclausule bestaat, waarvan de derde kennis had of moest hebben, en hij bewust zijn medewerking heeft verleend aan de schending van de clausules. Echter, om dit als een fout te beschouwen in de zin van art. 1382 B.W. dient in de beoordeling zeker ook rekening te worden gehouden met andere omstandigheden zoals de gebruiken, de inhoud van het contract, de professionele hoedanigheid van de partijen, kortom met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de situatie ⁴¹.

Indien die voorwaarden zijn vervuld, zal de overdracht van de aandelen kunnen worden nietigverklaard, zoals blijkt uit een cassatiearrest van 30 januari 1965 ⁴². Indien de verkrijger te goeder trouw was, zou een schadevergoeding kunnen worden toegekend ⁴³. Het betreft immers een toepassing van art. 1382 B.W., waarbij de overdrager een wanprestatie pleegt doordat de overdracht plaats had in strijd met de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen. De overdrager is dan een schadevergoeding verschuldigd aan de verkrijger te goeder trouw ⁴⁴.

In enkele gevallen is de rechtbank nog verder gegaan wanneer er kwade trouw in het spel was. De rechter beperkte zich niet tot de nietigverklaring maar beval de uitvoering in natura van het voorkooprecht. De overdragers werden verplicht hun aandelen aan te bieden aan de begunstigen van het voorkooprecht. Indien deze laatsten dit wensten, konden zij de aandelen kopen tegen de prijs die in de statuten werd bepaald ⁴⁵.

dat er schade is alsmede een causaal verband tussen schuld en schade. Het betreft immers een toepassing van de artt. 1382-1383 B.W.

³⁹ Waelbroeck, M., «Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé», *R.C.J.B.*, 1962, 343-344.

⁴⁰ Voor een diepgaander onderzoek inzake de leer van de derde-medeplichtigheid: Bove, P., «De la responsabilité du tiers complice de l'inexécution d'une obligation contractuelle», *J.T.*, 1946, 4; Dalco, R.O., *Traité de la responsabilité civile, Les Novelles, Droit civil*, Vol. I, 205; Dirix, E., Van Oevelen, A., «Overzicht van rechtspraak (1978-1979 en 1979-1980). Verbintenissenrecht», *R.W.*, 1980-81, 2367 en 2435, (2443-2446); Frederico, L., *Traité de droit commercial belge*, Gent, Fechey, 1947, II, 293; Kruthof, R., o.c., 93, en Kruthof, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 495; Kruthof, R., Moons, H., Paulus, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 439; Limpens, J., «Examen de jurisprudence (1949-1952). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1953, 48; Merchiers, Y., «La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude», *R.C.J.B.*, 1984, 366 en verdere verwijzingen aldaar.

⁴¹ Simont, L., «Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle», in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Brussel, 1989, 356.

⁴² Cass., 30 januari 1965, *R.C.J.B.*, 1966, 77, noot Dabin, J.

⁴³ Van Ommeslaghe, P., o.c., 303.

⁴⁴ Zie ook Weyts, L., «De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 417, nr. 10, noot 12.

⁴⁵ Kh. Brussel, 1 februari 1985, *R.P.S.*, 1985, 217; Kh. Namen, 22 februari 1990, *T.R.V.*, 1991, 234 e.v. Zie ook Laga, H., o.c., 242,

In de praktijk komt het voor dat de schending van de clausules verbonden is aan een schadebeding ⁴⁶. Deze strafbepaling is zonder twijfel geldig, met dien verstande dat men het bedrag van de schadevergoeding niet te hoog heeft vastgelegd. In een dergelijk geval bestaat immers het gevaar dat de clausule haar schadevergoedend karakter verliest en zodoende beschouwd wordt als een private straf, met als sanctie de nietigverklaring ⁴⁷.

De voorstanders van die theorie verwerpen de stelling als zouden de statutaire beperkingen steeds tegenwerpbaar zijn, bij gebrek aan grondslag. Het feit dat de clausules in de statuten zijn ingeschreven en dat deze krachtens art. 6 en art. 10, a, Venn.W. bekend worden gemaakt, veronderstelt immers niet dat de derde-koper altijd kennis moet hebben van de inhoud van de statuten (en dus van de clausules), zodat de derde-overdrager dus niet altijd als te kwader trouw kan worden beschouwd. De openbaarmaking van de statuten heeft alleen de tegenwerpbaarheid van het bestaan – externe gevolgen – tot resultaat, en niet die van de interne gevolgen. Wil men de derde dan toch mede aansprakelijk stellen, dan moet worden aangetoond dat de derde op de hoogte was van de overdraagbaarheidsbeperkingen, aldus Laga ⁴⁸.

De opmerking dat elke koper van aandelen steeds verplicht is vooraf kennis te nemen van de statuten overtuigt deze auteur evenmin daar zij geen grondslag kan vinden die de derde-koper verplicht de statuten van de vennootschap na te gaan wanneer hij aandelen wenst aan te kopen ⁴⁹. Hier moet toch een bedenking bij gemaakt worden. Voor zover de verkrijger als derde wordt beschouwd, ben ik het volledig eens met deze stelling. Maar men moet steeds voor ogen houden dat de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen krachtens art. 6 en art. 10, § 1, Venn.W. worden bekendgemaakt in de statuten. Welnu, in het cassatiearrest van 22 april 1983 ⁵⁰ merken we op dat het in verband met de voorwaarde van de kennis van de derde spreekt over «kennis hebben of moeten hebben». Wat men hiermee duidelijk maakt, is dat de derde niet wordt geacht een bijzonder en diepgaand onderzoek naar de feiten te moeten instellen ⁵¹. Dit belet echter niet dat de rechter moet nagaan of een normaal en voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de derde, kennis had kunnen hebben van de

die erop wijst dat de rechter steeds op onaantastbare wijze oordeelt welke de beste manier is om de schade te herstellen.

⁴⁶ Van Ommeslaghe, P., o.c., 304.

⁴⁷ Cass., 17 april 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 754, *B.R.H.*, 1970, 701, noot De Backer, *R.C.J.B.*, 1972, 454, noot Moreau-Margrève; Cass., 24 november 1972, *Pas.*, 1973, I, 297, *R.W.*, 1973-74, 2427, *B.R.H.*, 1973, I, 323.

⁴⁸ Laga, H., o.c., 242, nr. 4; Cass., 5 mei 1976, *Pas.*, 1976, I, 957, *Arr.Cass.*, 1976, 994: de openbaarmaking van de statuten bij uittreksel in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad levert geen wettelijk vermoeden op dat impliceert dat derden worden geacht de statuten te kennen.

⁴⁹ Laga, H., o.c., 242, nr. 5; *contra*: Geens, K., «Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een NV dat de aandelen op naam zijn», *T.R.V.*, 1989, 421, nr. 25; Ronse, J., o.c., 171. Die grondslag bestaat er mijns inziens echter wel, nl. de bonus pater familias. Zie hierover later.

⁵⁰ *R.W.*, 1983-84, 142, *R.C.J.B.*, 1984, 359.

⁵¹ Swennen, H., «Desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk is fout», *R.W.*, 1978-79, 1937 e.v.

geschonden contractuele verbintenis⁵². Dit is in feite niet meer dan de toepassing van het principe van de bonus pater familias. Een potentiële aandeelhouder die aandelen op naam gaat aankopen van een vennootschap, handelt nu mijns inziens slechts dan als een normaal en voorzichtig persoon wanneer hij eerst de situatie van de vennootschap nagaat en dus de statuten bekijkt om na te gaan of er geen beperkingen zijn verbonden aan het aandeel; dit is zijn zogenaamde zorgvuldigheidsplicht. Indien de derde-koper na laat dit te doen en geen kennis heeft van de beperkingen, zou hij zich niet meer kunnen beroepen op zijn goede trouw. Bijgevolg zal de derde dan toch de gevolgen van de niet-naleving van de overdraagbaarheidsbeperkingen moeten dragen.

Zo komt men nu tot het besluit dat, indien men de theorie van de derde-medeplichtigheid zou toepassen op de overdraagbaarheidsbeperkingen, de niet-naleving van deze beperkingen steeds (behoudens uitzonderlijke gevallen zoals bv. overmacht, dwaling, bedrog) zal leiden tot het resultaat dat de derde de gevolgen zal moeten dragen van de schending der statutaire clausules. De voorwaarde dat de derde kennis had of moest hebben van de clausules is volgens deze redenering immers steeds vervuld naast de andere voorwaarden⁵³.

b) De statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen kunnen steeds tegengeworpen worden

Sommige rechtsleer opteert voor een andere stelling: «Wanneer goedkeurings- en voorkoopclausules zijn opgenomen in de statuten zijn zij tegenwerpbaar aan derden en a fortiori aan de bestaande en toekomstige aandeelhouders.»⁵⁴

Deze auteurs verwijten de aanhangers van de toepasselijkheid van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid op de overdraagbaarheidsbeperkingen dat zij uitgaan van een verkeerde kwalificatie van de clausules.

Allereerst moet worden opgemerkt dat de aandelen op naam zuiver onlichamelijke rechten zijn die tot een samenwerkingsverband van contractuele aard leiden⁵⁵. Het betreft geen waardepapier op naam. Het certificaat van inschrijving in het aandelenregister en het aandelenregister zelf zijn slechts bewijsmiddelen, naast andere⁵⁶. De overdracht van de aandelen kan geschieden op de wijze bepaald in art. 1690 B.W. alsook krachtens art. 43 Venn.W. De overdracht van het aandeel wordt «inter partes» teweeggebracht door de enkele toestemming tussen koper en verkoper. De

geldigheid is niet afhankelijk van een verklaring in het aandelenregister. Om de overdracht aan derden tegenwerpbaar te maken alsook aan de vennootschap moeten de formaliteiten van art. 1690 B.W. (betekening aan de vennootschap) of art. 43 Venn.W. (inschrijving in het aandelenregister) vervuld worden⁵⁷.

De overdracht van aandelen op naam kan niet worden gelijkgesteld met de overdracht van louter pecuniaire rechten, welke zonder probleem overdraagbaar zijn daar er geen sprake is van een «intuitu personae»-karakter⁵⁸. Men kan de verwerving van aandelen eerder beschouwen als een afgeleide vorm van toetreding tot een contractuele rechtsbetrekking⁵⁹, waarbij men actief gaat meewerken aan het samenwerkingsverband, nl. de vennootschap. De oprichters stellen de toetreding van anderen afhankelijk van het akkoord van de andere aandeelhouders of van de vennootschap. Dit kan niet worden beschouwd als een louter obligatoire verbintenis. Het is dan ook in deze context dat de juridische aard van de overdraagbaarheidsbeperkingen moet worden omschreven: de goedkeurings- en voorkoopclausules zijn een uitdrukking van het persoonlijk karakter dat de oprichters wensen te geven aan hun vennootschapscontract⁶⁰.

Geens ziet de aanvaardingsclausule zelfs als een contractuele en materiële tegenwerpbaarheidsvoorwaarde die wordt opgelegd naast de wettelijke en formele tegenwerpbaarheidsvoorwaarden. Dus zelfs indien art. 1690 B.W. is nageleefd, kan de overdracht nog niet tegenworpen worden aan de vennootschap zolang zij er niet mee heeft ingestemd⁶¹. De beperkte overdraagbaarheid van de aandelen – teweeggebracht door de clausules – wordt immers een intrinsiek element van het aandeel⁶². De koper zal dus bij de verwerving van die aandelen rekening moeten houden met de rechten en de regelingen die eraan verbonden worden (in die zin zou de koper dan niet als een derde kunnen worden beschouwd). Deze opvatting vindt haar grondslag vooral in art. 10, § 4, Venn.W.⁶³. Indien dus de statuten openbaar zijn gemaakt, dient de koper rekening te houden met de bepalingen ervan, zo ook desbetreffende de overdraagbaarheidsbeperkingen.

Wat is nu echter de juiste draagwijdte van art. 10? Art. 10 Venn.W. voorziet sinds de wetwijziging van 1973 in een systeem van dubbele publiciteit wat betreft de akten en ge-

⁵⁷ GEENS, K., *o.c.*, 415.

⁵⁸ PEETERS, *o.c.*, 512, nr. 4.

⁵⁹ LAGA, H., «Toetredingsvoorwaarden in de statuten van een C.V. en het beding ten behoeve van een derde», *T.R.V.*, 1989, 362, nr. 5; DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984, 69, nr. 86.

⁶⁰ GEENS, K., *o.c.*, 416, nr. 7; PEETERS, I., *o.c.*, 512, nr. 3.

⁶¹ GEENS, K., *o.c.*, 416, nr. 6; zie ook GEENS, K., «Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme», *R.P.S.*, 1988-89, 326.

⁶² PEETERS, S., *o.c.*, 512, nr. 5.

⁶³ «De akten kunnen aan derden niet worden tegengeworpen dan vanaf de dag dat zij bij uittreksel of in de vorm van een mededeling in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt, tenzij de vennootschap aantoonde dat die derden er van tevoren kennis van droegen.»

⁵² MERCHERS, Y., *o.c.*, 2090, nr. 8.

⁵³ De bewijslast komt dus in principe te liggen bij de derde die moet aantonen dat hij de statuten niet kon raadplegen.

⁵⁴ LIEVENS, J., *o.c.*, 39; RONSE, J., *o.c.*, 171; GEENS, K., «Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat aandelen op naam zijn?», *T.R.V.*, 1989, 421; PEETERS, I., «Kunnen beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen van een NV jegens een derde-verkrijger enkel afgedwongen worden op grond van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan ander-mans contractbreuk?», *T.R.V.*, 1991, 511.

⁵⁵ RONSE, J., *o.c.*, 171, nr. 325.

⁵⁶ RONSE, J., NELISSEN-GRADE, J.M. en VAN HULLE, K., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1986, 1372, noot 48.

gevens van vennootschappen⁶⁴. Naast de bekendmaking in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad (art. 10, § 4, Venn. W.) is er het vereiste dat het uittreksel uit de oprichtingsakte met bepaalde gegevens bij de oprichting moet worden neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel van het gebied waarbinnen de vennootschap haar zetel heeft (art. 10, § 1, Venn. W.)⁶⁵. Deze publiciteitsvereisten hebben echter niet dezelfde waarde: het is enkel de openbaarmaking in de Bijlagen tot het Belgisch Staatsblad die de gegevens in kwestie tegenwerpbaar maakt. Het dossier dat men kan raadplegen ter griffie, strekt alleen maar tot informatie. De gegevens hierin vermeld kunnen slechts aan derden worden tegengeworpen wanneer de vennootschap bewijst dat de derden er effectief kennis van hadden⁶⁶.

Art. 10, § 4, Venn. W. bepaalt dat de openbaar te maken akten en gegevens niet eerder kunnen worden tegengeworpen aan derden dan vanaf de dag van hun bekendmaking in de Bijlagen van het B.S., maar verduidelijkt niet wat men onder derden moet verstaan. Dit wordt overgelaten aan de rechtsleer en de rechtspraak.

Als derden moeten worden beschouwd alleen diegenen die met de vennootschap of met de vennoten als zodanig in betrekking zijn geweest, terwijl het kennis dragen van de openbaar te maken akten en gegevens van betekenis kon zijn voor het verrichten of nalaten van hun rechtshandelingen⁶⁷. Daar de openbaarmaking enkel in het belang is van hen die buiten de vennootschappelijke rechtsbetrekking staan, worden de vennoten, aandeelhouders, de organen of leden van de collegiale organen van de vennootschap niet als derden aangemerkt.

Uitgesloten zijn tevens diegenen wier vordering uit een onrechtmatige daad of uit de wet is ontstaan⁶⁸.

De belangrijkste vraag echter betreffende art. 10 vloeit voort uit de mogelijkheid, voorzien in § 4, eerste lid, voor de vennootschap om de akten en gegevens toch aan derden tegen te werpen. Art. 10, § 4, eerste lid, voorziet in de mogelijkheid voor de vennootschap om de akten en gegevens aan derden tegen te werpen vooraleer ze zijn bekendgemaakt, indien men kan aantonen dat de derden er tevoren kennis van hadden. De bepalingen zouden alleen dan niet tegenwerpbaar zijn wanneer de derde te goeder trouw heeft gehandeld⁶⁹.

Nu rijst de vraag of deze bepaling zich beperkt tot de derden die er kennis van hadden dan wel of ze uitgebreid moet worden tot diegenen die er kennis van «moesten» hebben. Hoewel Van Ommeslaghe de gelijkstelling verdedigt tussen de derde die er werkelijk kennis van had en de derde die er kennis van behoorde te hebben, staat hij enigszins alleen

achter deze opvatting⁷⁰. De meerderheid van de rechtsleer is immers de mening toegedaan dat de niet bekendgemaakte gegevens of akten alleen aan die derden kunnen worden tegengeworpen die er effectief kennis van droegen⁷¹. Een belangrijk argument hierbij is dat aan de derden op geen enkele wijze een onderzoeksplicht wordt opgelegd omtrent de niet bekendgemaakte feiten en gegevens. Hierbij moeten de artt. 63bis en 130, laatste lid, Venn. W. als een afwijking van de algemene regel worden beschouwd⁷².

Coipel meent dat het systeem van de onderzoeksplicht niet moet worden verworpen, maar dat alleen moet worden vastgesteld dat de wet de derden vrijstelt van de zaak te onderzoeken, want anders zou de vereiste publikatie in het Staatsblad geen zin meer hebben⁷³.

We kunnen dus besluiten dat de niet bekendgemaakte gegevens en akten slechts kunnen worden tegengeworpen aan de derden die er werkelijk kennis van hadden.

Ten slotte kunnen we dat nog in verband brengen met art. 54, derde lid, Venn. W. Krachtens deze bepaling zou de vennootschap tegenover een aspirant-aandeelhouder in zijn hoedanigheid van derde de onregelmatigheid van een goedkeuring tot overdracht van de raad van bestuur, omdat de statuten deze bevoegdheid toebedeelde aan de algemene vergadering, niet kunnen tegenwerpen⁷⁴. Terwijl Ronse de mening is toegedaan dat wie in een vennootschap wil intreden toch steeds kennis behoort te nemen van de statuten. Deze onregelmatigheid zou dus wel kunnen worden tegengeworpen en de toestemming zou ongeldig zijn⁷⁵.

Een ander argument dat pleit voor de tegenwerpbaarheid van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen berust op het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de verkrijging van vorderingsrechten en de verkrijging van het eigendomsrecht van een lichamelijk goed. Het eigendomsrecht is immers een zakelijk recht. Zakelijke rechten rusten op de zaak zelf en de verkrijger zal de last van de zakelijke rechten die op het goed betrekking hebben, moeten dragen krachtens het adagium «Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet»⁷⁶. Zij zijn de verkrijger dus tegenwerpbaar. Zakelijke rechten zijn echter limitatief opgesomd in art. 543 B.W. Het «numerus clausus»-beginsel van de zakelijke rechten houdt in dat geen nieuwe zakelijke rechten in het leven geroepen kunnen worden door de rechtssubjecten dan die welke in de wet zijn opgesomd⁷⁷. Dit betekent dat, wanneer andere rechten of verplichtingen worden gevestigd op het lichamelijk goed, en deze niet onder de opsomming van art. 543 B.W. vallen, dit geen zakelijke rechten zijn. Daarom blijven deze rechten en verbintenissen onderworpen aan art. 1165 B.W.: ze brengen alleen gevolgen teweeg tussen de contractanten en brengen

⁶⁴ SIMONT, L., *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, Bruylant, 1975, 11, nr. 15.

⁶⁵ Deze bepaling is bij de wet van 6 maart 1973 ingevoegd om tegemoet te komen aan de eisen van een Europese richtlijn; zie hierover SIMONT, L., o.c., 11.

⁶⁶ KILESTE, P., noot onder Rb. Charleroi, 9 maart 1983, *R.P.S.*, 1985, 193-203, waarin dit probleem uitgebreid aan bod komt.

⁶⁷ RONSE, J., *De vennootschapswetgeving 1973*, Story-Scientia, Gent, 1975, 21.

⁶⁸ RONSE, J., o.c., 21, nr. 40; SIMONT, L., o.c., 25; Kh. Brussel, 24 maart 1928, *R.P.S.*, 1931, nr. 3137, p. 158, met noot.

⁶⁹ RONSE, J., o.c., 22, nr. 42.

⁷⁰ VAN OMMESLAGHE, P., «La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», *Cah. Dr. Eur.*, 1969, 551 e.v.

⁷¹ RONSE, J., o.c.

⁷² RONSE, J., o.c., 23; SIMONT, L., o.c., 28-29.

⁷³ COIPEL, M., *Répertoire Notariat, dispositions communes*, Tome XII, Droit commercial, Livre II, nr. 158.

⁷⁴ SIMONT, L., o.c., 42, nr. 44.

⁷⁵ RONSE, J., o.c., nr. 325.

⁷⁶ DIRIX, E., o.c., 28, nr. 13.

⁷⁷ VAN NESTE, F., *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, boek 1, Brussel, Story Scientia, 1990, 59, nr. 30, en andere verwijzingen aldaar.

aan derden geen nadeel toe ⁷⁸. Een contractuele beperking van de overdraagbaarheid van het lichamelijk goed zou dus slechts kunnen worden tegengeworpen aan derden wanneer de voorwaarden van de derde-medeplichtigheid aan ander-mans contractbreuk zijn vervuld. (Het is echter ook mogelijk dat de koper verplicht werd om deze bestaande overeenkomst over te nemen.) De overgang van een persoonlijke verplichting op de rechtverkrijgende onder bijzondere titel bij de overdracht van de zaak past immers niet in ons vermogensrecht ⁷⁹.

Echter, door een overdracht van een aandeel verwerft de koper eerder een bundeling van vorderingsrechten (onlichamelijke rechten), met name het aandeel op naam. Welnu, de vorderingsrechten zijn niet limitatief opgesomd. Evenmin zijn ze onderworpen aan art. 2279 B.W., zodat het bezit ervan niet als titel geldt waarop de derde aanspraak zou kunnen maken ⁸⁰.

In een dergelijk geval is de vrijheid om rechten in het leven te roepen slechts beperkt door de goede zeden, de openbare orde en de dwingende wetbepalingen. Van de aspirant-rechtverkrijgende wordt dan verwacht dat hij nagaat wat de inhoud is van die rechten en of de overdrager de bevoegdheid heeft om die rechten af te staan, alvorens hij de rechten overneemt. In casu betekent dit dat de koper van aandelen van de vennootschap het best de statuten van die vennootschap eerst nakijkt alvorens de aandelen over te nemen. De statuten zullen hem immers kunnen worden tegengeworpen daar ze nu juist de inhoud van de rechtsbetrekking vastleggen waartoe de koper toetreedt, aldus Peeters ⁸¹.

De aspirant-overnemer dient zich aan als een rechtverkrijgende onder bijzondere titel en kan zich in die hoedanigheid niet op de relativiteit van de overeenkomst krachtens art. 1165 B.W. beroepen ⁸².

Welke is nu de sanctie wanneer de overdracht in strijd met de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen is geschied?

Volgens de rechtsleer is tussen de partijen, te weten overdrager en overnemer, de overdracht rechtsgeldig tot stand gebracht door de onderlinge wilsovereenstemming. Er wordt een beroep gedaan op de figuur die geregeld is in art. 1861 B.W. ⁸³. Dit bepaalt dat iedere vennoot van een vennootschap een derde persoon tot deelgenoot mag nemen, wat zijn aandeel in de vennootschap betreft. Hij kan hem echter zonder toestemming van de medevennoten niet opnemen als lid in de vennootschap ook al had hij het beheer van de vennootschap. Wanneer dus een vennoot zijn deel aan de derde afstaat, behoudt de vennoot zijn hoedanigheid. De derde, «croupier» genaamd, treedt echter niet toe tot de vennootschap. Er ontstaat dus een croupierverhouding. De derde heeft alleen een band met de vennoot. Tegenover de ven-

nootschap blijft de overdracht een *res inter alios acta* ⁸⁴. Welnu, de overdracht in strijd met de overdraagbaarheidsbeperkingen blijft een *res inter alios acta* en doet dus een croupierverhouding ontstaan. De overdracht heeft wel degelijk gevolgen maar beperkt zich tot de overdrager en de derde-overnemer ⁸⁵. De overdrager neemt de overnemer en croupe: de overnemer deelt in het aandeel van de overdrager (die ook vennoot blijft), maar hij blijft vreemd aan de vennootschap. Dit heeft tot gevolg dat alleen de overdrager het stemrecht kan uitoefenen maar dat de overnemer wel dividenden zal opstrijken ⁸⁶.

Men doet hier echter een beroep op een zeldzame rechtsfiguur waar bovendien weinig rechtspraak en rechtsleer over bestaat, wat op zich geen bezwaar mag zijn ⁸⁷. Maar bovendien bestaat er twijfel omtrent de aard van de croupierverhouding. Betreft het een overdracht/verkoop dan wel een vennootschap? Dit is immers van belang met het oog op de gevolgen die ontstaan uit deze verhouding ⁸⁸. Het lijkt me niet verstandig om het probleem van de tegenwerpbaarheid langs deze weg op te lossen. Men komt zo immers weer in een impasse. Bovendien lijkt mij de situatie van de croupierverhouding niet bevordelijk voor de goede werking van de vennootschap en haar besluitorganen (ook al heeft de vennootschap theoretisch niets te maken met de croupier, praktisch zal de relatie tussen de croupier en de overdrager van de aandelen haar weerslag hebben op de werking van de vennootschap).

c) De Nederlandse oplossing: de zakelijke werking van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen

De hierboven beschreven stelling van Peeters vertoont grote gelijkenissen met de oplossing die in de Nederlandse rechtsleer wordt gegeven aan het probleem van de tegenwerpbaarheid van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen.

Ook in het Nederlandse vennootschapsrecht wordt aanvaard dat de aandelen niet steeds vrij overdraagbaar zijn. De overdracht van aandelen kan ook hier statutair beperkt worden. (Voor de BV bepaalt de wet dat de statuten een bepaling *moet* bevatten die de overdracht van de aandelen slechts mogelijk maakt aan bepaalde personen. Bij de NV mag de overdraagbaarheid van aandelen op naam worden beperkt) ⁸⁹.

⁸⁴ De Page spreekt van een «sous-participation»: DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 106, nr. 93; DEKKERS, R., *Handboek van het Burgerlijk Recht*, II, Antwerpen, Standaard, 1971, 652-653, nr. 1158; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, 26, Brussel, Bruylant, 1887, nrs. 337-340.

⁸⁵ FREDERICO, L., *Traité de droit commercial belge*, IV, Gent, Fechey, 1950, 584; RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Swinnen, 1981, nr. 702.

⁸⁶ GEENS, K., *o.c.*, 416, nr. 9; 'T Kint, J. en GYSELINCK, R., *Les sociétés anonymes*, Brussel, Larcier, 1975, 54, nr. 114.

⁸⁷ DE PAGE, *o.c.*, nr. 93, 102; LAURENT, F., *Principes de droit Civil*, 24, Brussel, Bruylant, 1887, nrs. 337-342.

⁸⁸ Voor een diepgaander onderzoek zie LAURENT, F., *o.c.*, nrs. 337-342.

⁸⁹ SCHWARZ, L.A., «Blokking van aandelen», *Vennootschap en Recht*, Deventer, Kluwer, 1986.

⁷⁸ Voor lichamelijke roerende goederen geldt zelfs de bescherming van art. 2279 B.W.: als de derde te goeder trouw is kan deze de eigendom verwerven van iemand die zelf geen eigenaar is: PEETERS, I., *o.c.*, 513.

⁷⁹ HERBOTS, J., «De exceptie van niet-nakoming», *T.P.R.*, 1991, 398, nr. 39.

⁸⁰ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 804.

⁸¹ PEETERS, I., *o.c.*, 513.

⁸² PEETERS, I., *o.c.*, 513, nr. 6: de koper wordt hier niet beschouwd als een derde.

⁸³ GEENS, K., *o.c.*, 416, nr. 9.

Dergelijke bepalingen worden blokkeringsregelingen genoemd en zijn beheerst door art. 2:195 NBW:

«1. Een aandeelhouder kan, voorzover de statuten deze bevoegdheid niet beperken of uitsluiten, een of meer van zijn aandelen vrijelijk overdragen aan zijn echtgenoot, aan zijn bloedverwanten, in de rechte lijn onbeperkt en in de zijlijn in de tweede graad, aan een mede-aandeelhouder en aan de vennootschap. De kring van personen aan wie de aandeelhouder een of meer van zijn aandelen vrijelijk kan overdragen, kan bij statuten worden uitgebreid tot zijn bloed- en aanverwanten in de zijlijn, of sommigen van hen, in de derde en vierde graad.

2. Voor iedere andere overdracht dan die welke ingevolge het vorige lid vrijelijk kan geschieden, dienen de statuten een blokkeringsregeling te bevatten.

3. Deze blokkeringsregeling dient zodanig te zijn dat de aandeelhouder voor de overdracht, wil zij geldig zijn, de goedkeuring behoeft van een bij de statuten daartoe aangewezen orgaan der vennootschap. De overdracht moet plaatsvinden binnen drie maanden nadat de goedkeuring is verleend. De goedkeuring wordt geacht te zijn verleend indien het orgaan der vennootschap dat met de beslissing is belast niet gelijktijdig met de weigering van de goedkeuring van de verzoeker opgave doet van een of meer gegadigden die bereid zijn al de aandelen waarop het verzoek om goedkeuring betrekking heeft tegen contante betaling te kopen.

4. Het derde lid vindt geen toepassing, voorzover de statuten een blokkeringsregeling bevatten, volgens dewelke de aandeelhouder die een of meer aandelen wil vervreemden, deze eerst moet aanbieden aan zijn mede-aandeelhouders. Deze regeling kan voorts inhouden dat, zo de mede-aandeelhouders het aanbod niet aanvaarden, het aanbod moet geschieden aan andere gegadigden, aangewezen door een bij de statuten daarmee belast orgaan der vennootschap. De aanbieder blijft bevoegd zijn aanbod in te trekken, mits dit geschiedt binnen een maand nadat hem bekend is aan welke gegadigden hij al de aandelen waarop het aanbod betrekking heeft kan verkopen en tegen welke prijs. Indien vaststaat dat niet al de aandelen waarop het aanbod betrekking heeft tegen contante betaling worden gekocht, zal de aanbieder de aandelen binnen drie maanden na die vaststelling vrijelijk mogen overdragen.

5. De blokkeringsregeling dient zodanig te zijn dat de aandeelhouder, indien hij dit verlangt, van degenen die als gegadigden in de zin van het derde lid worden opgegeven of aan wie ingevolge de blokkeringsregeling als bedoeld in het vierde lid moet worden aangeboden een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandeel of aandelen, vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen.

6. De vennootschap zelf kan slechts met instemming van de aandeelhouder ingevolge het derde of vierde lid gegadigde zijn.

7. Beperking van de overdraagbaarheid van de aandelen kan niet zodanig geschieden, dat die overdraagbaarheid onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt.»

Ondanks het verschil in terminologie kan vastgesteld worden dat er vele overeenkomsten bestaan tussen het Belgische en het Nederlandse stelsel⁹⁰; de blokkeringsregeling

kan ook hier geschieden krachtens een goedkeuringsclausule (voor de overdracht is de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap vereist) of een voorkoopclausule/aanbiedingsregeling (bij vervreemding is men verplicht de aandelen eerst aan te bieden aan zijn mede-aandeelhouders)⁹¹.

Ook de bepalingen omtrent de vaststelling van de prijs, met eventuele aanstelling van een deskundige, alsmede het bepalen van een termijn waarbinnen de operatie moet gebeuren, vinden we terug in het Nederlandse systeem van overdraagbaarheidsbeperkingen. Zonder verder dieper in te gaan op de werking van de Nederlandse blokkeringsregeling van de aandelen, kunnen we thans met zekerheid stellen dat beide systemen grote overeenkomsten vertonen zodat we ons kunnen wagen aan een vergelijking met de oplossing die de Nederlandse rechtsleer voorstelt voor de tegenwerpbaarheid van de blokkeringsregelingen aan derde-kopers⁹².

In de Nederlandse rechtsleer wordt algemeen aangenomen dat aan statutaire blokkeringsregelingen bij een NV of een BV zakelijke werking moet worden toegekend. De overdracht is bij niet-naleving van de clausules ongeldig, de verkrijger is niet gerechtigd tot uitoefening van de rechten verbonden aan het aandeelhouderschap⁹³.

De meningen waren echter verdeeld toen het erop aan kwam te bepalen waarop de ongeldigheid van de overdracht is gebaseerd. Men was het dus niet eens over de grondslag van de zakelijke werking van de statutaire blokkeringsregelingen.

De beschikkingsonbevoegdheid. De overgrote meerderheid in de rechtsleer verklaart de zakelijke werking van de blokkeringsregeling door het feit dat een dergelijke regeling de vervreemder beschikkingsonbevoegd maakt⁹⁴.

De beschikkingsonbevoegdheid zou afgeleid kunnen worden uit de bewoordingen van art. 2:195, lid 3, NBW, dat bepaalt dat de overdracht «wil zij geldig zijn» de goedkeuring behoeft van een bij de statuten daartoe aangewezen orgaan van de vennootschap⁹⁵. Dortmund voegt daar nog aan toe dat uit de wetsgeschiedenis van art. 195 lid 2 en 7 en de laatste woorden kan worden afgeleid dat de niet-naleving van

⁹¹ SCHWARZ, C.A., o.c., 24 e.v.; DORTMOND, P.J., *Enige beschouwingen rondom aandelen*, Deventer, Kluwer, 1989, 27 e.v.

⁹² Voor meer informatie: SCHWARZ, C.A., o.c., 24 e.v.; DORTMOND, P.J., o.c., 27 e.v.; VAN SCHILFGAARDE, P., *Van de Besloten Vennootschap en de Naamloze Vennootschap naar het recht van 1992*, Arnhem, Gouda, 1992, 103 e.v., en de verdere verwijzingen aldaar.

⁹³ DORTMOND, P.J., o.c., 29; SCHWARZ, C.A., o.c., 21; WACHTER, B., «Blokkeeringsclausules en stemrecht», in *Verzekeringen van vriendschap*, Deventer, Kluwer, 1974, 231; CAHEN, J.L.P., *Deblokkering van blokkeringsclausules*, Arnhem, Gouda Quint, 1966, 6 e.v.; HUIZINK, J.P., «De zakelijke werking van blokkeringsregelingen», *NV*, 1991, 67; HONÉE, J.M.M., «Beperking van overdraagbaarheid en van beschikkingsonbevoegdheid», *NV*, 1922, 33; KORTMANN, S.C.-J.J., «Verbonden aandelen als blokkeringsregeling», *NV*, 1991, 281.

⁹⁴ SCHWARZ, C.A., o.c., 23; DORTMOND, P.J., o.c., 28, 1977, 137; HONÉE, H.J.M.N., o.c., 34; DORTMOND, P.J., «Blokkeeringsregeling», *T.V.V.S.*, 1977, 173.

⁹⁵ DORTMOND, P.J., o.c., 29 en *T.V.V.S.*, 1977, 173, die erop attent maakt dat de wet niet meer zo duidelijk is wanneer ze de aanbiedingsregeling beschrijft. Dortmund meent eveneens dat het beter was in de wettekst op te nemen dat de overdracht slechts geldig is indien de aandelen tevoren aan de mede-aandeelhouders zijn aangeboden.

⁹⁰ Niettemin moet er toch op gewezen worden dat het Nederlandse artikel veel duidelijker en vollediger is geredigeerd.

de blokkeringsregeling bij overdracht van aandelen de nietigheid van die overdracht meebrengt. Hij beschouwt de niet-naleving van de blokkeringsregeling als een niet-nakomen van een van de vereisten voor de overdracht, namelijk de beschikkingsbevoegdheid van diegene die levert ⁹⁶. Dortmund stelt: «Het lijkt verdedigbaar dat het niet-nakomen van de blokkeringsregeling een niet-naleven van de in acht te nemen formaliteiten inhoudt», maar vervolgt: «Uit de tekst van art. 195 boek 2 B.W. volgt echter dat het niet om het ontbreken van een formaliteit gaat maar om een aandeelhouder die niet gerechtigd is zijn aandelen vrijelijk over te dragen, dus niet gerechtigd is over de aandelen vrijelijk te beschikken, m.a.w. beschikkingsonbevoegd is ⁹⁷.»

Honée baseert de zakelijke werking van de blokkeringsregeling eveneens op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder maar komt via een andere redenering tot deze conclusie: de bevoegdheid om over een goed te beschikken wordt bepaald door de omvang van het recht dat men op het goed heeft; bv. indien het recht op een goed is beperkt, dan is de bevoegdheid tot beschikking ook beperkt; ontbreekt ieder recht, dan is er sprake van algehele onbevoegdheid ⁹⁸.

Tussen de beperking van de overdraagbaarheid – als kwaliteit van het goed – en de beperking van de beschikkingsbevoegdheid – als kwaliteit van de gerechtigde – moet wel een onderscheid bestaan, aldus Honée, maar niet in de zin van een tegenstelling ⁹⁹, doch in termen van oorzaak en gevolg. Dit houdt in dat wanneer een goed beperkt overdraagbaar is, dit tot gevolg heeft dat de beschikkingsbevoegdheid van de gerechtigde tot dat goed ook wordt beperkt ¹⁰⁰.

De minderheidsstellingen. Niet alle auteurs waren overtuigd van het feit dat de blokkeringsregeling de overdrager beschikkingsonbevoegd maakt.

Kortmann meende dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de beperking van de beschikkingsbevoegdheid – kwaliteit van de gerechtigde – en de beperking van de overdraagbaarheid – de kwaliteit van het goed ¹⁰¹. Echter, de vraag naar de beschikkingsbevoegdheid kan pas gesteld worden wanneer het goed voor overdracht vatbaar is. De wet regelt in art. 2:195 NBW de overdraagbaarheid van aandelen en niet de beschikkingsbevoegdheid van de gerechtigde. Door de statutaire beperking van de overdracht van aandelen krijgt het aandeel dus de eigenschap dat het

beperkt overdraagbaar is. De blokkeringsregel is immers een deel van de materiële inhoud van het recht dat het aandeel is, aldus Kortmann. Bijgevolg kan men niet spreken over de beschikkingsbevoegdheid daar het aandeel zelf beperkt is in zijn overdracht ¹⁰².

Huizink daarentegen verdedigt de stelling dat het niet-naleven van de blokkeringsregeling moet worden beschouwd als een leveringsgebrek ¹⁰³. De leveringshandeling bestaat uit een tweezijdige rechtshandeling, waarbij rekening moet worden gehouden met bepaalde formaliteiten. Zo zijn de formaliteiten voor de levering van aandelen: een akte van levering en de betekening van die akte of een schriftelijke erkenning op grond van de overlegging van de akte aan de vennootschap (art. 2:196 NBW). Een bijkomende formaliteit kan worden ingevoerd door de statutaire blokkeringsregeling, nl. de naleving van de blokkeringsregeling. Zolang nu de formaliteiten niet zijn vervuld, is de overdracht niet geldig geschied, aldus Huizink ¹⁰⁴. Een dergelijke stelling zou volgens deze auteur vooral op praktisch gebied veel voordeliger zijn. Zo zou art. 3:88 NBW ¹⁰⁵, waarvan de ratio legis is de nadelige gevolgen van het causale stelsel ten aanzien van derden-verkrijgers alsook een voorafgaand gebrek in de levering op te vangen ¹⁰⁶, slechts kunnen worden toegepast wanneer men de niet-naleving van een blokkeringsregeling als een leveringsgebrek beschouwt en niet als een beschikkingsonbevoegdheid ¹⁰⁷.

Bovendien zou ook art. 3:58 NBW, dat de bekrachtiging van rechtshandelingen regelt, slechts toepasselijk zijn indien de niet-naleving van de regeling een leveringsgebrek of een titelgebrek betreft. De beschikkingsonbevoegdheid is immers geen rechtshandeling, zodat bekrachtiging overeenkomstig art. 3:58 NBW niet mogelijk is, tenzij men de term «overdracht» van art. 3:58 niet opvat als een «bewerkstelligde rechtsovergang» maar eerder als «de handeling van het overdragen». Maar een dergelijke ingewikkelde redenering kan volgens Huizink vermeden worden door de schending van de blokkeringsregeling op te vatten als een leveringsgebrek ¹⁰⁸.

Deze minderheidsstellingen zijn echter thans achterhaald. De theorie van de beschikkingsonbevoegdheid vindt immers tegenwoordig haar volledige steun in art. 195 NBW.

⁹⁶ De vereisten voor een geldige overdracht zijn: 1) de levering (d.i. de zakelijke of goederrechtelijke overeenkomst en de inachtneming van zekere formaliteiten waaruit de overdracht kan blijken; 2) een geldige titel en 3) de bevoegdheid van degene die het goed levert om over dat goed te beschikken; ASSER, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht*, I, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, 174, nr. 283.

⁹⁷ DORTMOND, P.J., o.c., 29, en T.V.V.S., 1977, 174.

⁹⁸ HONÉE, H.J.M.N., o.c., 34, die verwijst naar de toelichting op art. 3.4.2.3 van het ontwerp van Meijers (Parl.Gesch., boek 3, 322) waarin hij bepaalt dat de onbevoegdheid voortvloeit uit een gemis aan recht.

⁹⁹ Zie hierover de opvatting van KORTMANN, S.C.J.J., o.c., 282.

¹⁰⁰ HONÉE, H.J.M.N., o.c., 34: let wel op, de beperking van de beschikkingsbevoegdheid kan ook andere oorzaken hebben.

¹⁰¹ KORTMANN, S.C.J.J., o.c., 282; HONÉE, H.J.M.N., o.c., 34, naschrift van Kortmann.

¹⁰² KORTMANN, S.C.J.J., o.c., 281-284.

¹⁰³ HUIZINK, J.B., o.c., 67 e.v.; deze stelling kan echter ontkracht worden door het feit dat in de wet een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen «overdracht» en «levering»: bv. art. 3:84 NBW stelt dat de levering een van de vereisten is van de overdracht en art. 2:195 NBW spreekt over de beperking van de overdracht en niet van de levering. Zie KORTMANN, S.C.J.J., o.c., 283.

¹⁰⁴ HUIZINK, J.B., o.c., 68.

¹⁰⁵ «Ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder is de overdracht van een aandeel of de vestiging of levering van een beperkt recht daarop geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid uitsluitend het gevolg is van een gebrek in de titel of levering, die voor de geldigheid van een eerdere overdracht vereist was.»

¹⁰⁶ ASSER, o.c., I, 279, nr. 418.

¹⁰⁷ HUIZINK, J.B., o.c., 69.

¹⁰⁸ HUIZINK, J.B., o.c., 70.

d) De zakelijke werking in het Belgisch vennootschapsrecht ?

Kan men ook in België aan de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen een zakelijke werking toekennen ?

Dit zou zeer interessant zijn daar de discussie omtrent het al dan niet tegenwerpbaar zijn van de statutaire voorkeuren en goedkeuringsclausules aan derden zou kunnen worden beëindigd. De niet-naleving van de clausules zou dan immers leiden tot de ongeldigheid van de overdracht.

In de huidige stand van zaken lijkt me dit echter zeer moeilijk verwezenlijikbaar.

Allereerst moet erop worden gewezen dat in Nederland de zakelijke werking vrijwel algemeen gebaseerd wordt op de tekst van art. 2:195 NBW, dat duidelijk bepaalt dat de blokkeringsregelingen moeten worden nageleefd «wil de overdracht geldig zijn».

Wanneer we nu art. 41, § 2, van onze Belgische vennootschappenwet ernaast leggen, dan stellen we vast dat er geen sanctie is gesteld op de niet-naleving van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen, laat staan de ongeldigheid van de overdracht. Het is immers daarom ook dat de Belgische rechtsleer en rechtspraak gaan stellen zijn dat tussen overdrager en derde-verkrijger de overdracht wel zal bestaan maar dat ze niet tegenwerpbaar zal zijn aan de betrokken vennootschap ¹⁰⁹.

Een belangrijker en doorslaggevend argument is echter dat het «numerus clausus»-beginsel in ons zakelijk recht zich verzet tegen de zakelijke werking van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen. Dit beginsel houdt in dat rechtssubjecten geen nieuwsoortige zakelijke rechten in het leven kunnen roepen. Alleen de wetgever kan nieuwe zakelijke rechten tot stand brengen ¹¹⁰. Naast de meerderheid van de rechtsleer werd deze stelling ook bevestigd door het Hof van Cassatie ¹¹¹. Wanneer nu de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen bepaalde rechten toekennen aan de andere aandeelhouders (nl. het recht om de aspirant-verkrijger te weigeren of het recht om bij voorrang de over te dragen aandelen zelf aan te kopen), dan kunnen deze rechten onmogelijk zakelijke werking hebben waardoor zij het goed zouden volgen ongeacht de houder. Het zijn eerder rechten die verbonden zijn aan de persoon zelf, namelijk de huidige aandeelhouders.

De zakelijke werking kan dus niet worden toegepast in België. De controverse blijft voortbestaan.

Kan het probleem opgelost worden naar analogie van het reglement van medeëigendom in het appartementsrecht ?

Dit reglement is een akte die rechten en verplichtingen vastlegt van de eigenaars van het appartement met betrekking tot onder meer het onderhoud, de reparatie, het beheer, het genot en het gebruik van de gemene delen ¹¹². Ook

hier werd de vraag opgeworpen of al deze bepalingen kunnen worden teruggeworpen aan de derde-verkrijger van een appartement.

De eerste stelling, dualistische theorie genoemd, maakt een onderscheid tussen bepalingen met een zakenrechtelijk statuut en bepalingen die een persoonsrechtelijk karakter hebben ¹¹³. De zakenrechtelijke bepalingen zoals de regelingen in verband met de eigendom, het gebruik en het genot van het appartement, worden overgeschreven bij de hypotheekbewaarder waardoor ze tegenwerpbaar worden aan derden. De persoonlijke bepalingen van het reglement van medeëigendom echter blijven onderworpen aan art. 1165 B.W., ongeacht het feit dat ze ook zijn overgeschreven, en gelden dus alleen tussen de contractanten ¹¹⁴.

De unitaristische theorie, verdedigd door Hansenne, verworpt de eerste stelling omdat het voor bepaalde clausules moeilijk is, zo niet onmogelijk, om te bepalen of ze een zakenrechtelijk dan wel een persoonlijk karakter hebben ¹¹⁵. Het reglement van medeëigendom krijgt om die reden een volkomen zakenrechtelijk statuut toegemeten onderworpen aan art. 1 Hyp.W. Deze theorie klinkt verleidelijk daar zij toestaat het reglement van medeëigendom in zijn totaliteit tegenwerpbaar te maken. Niettemin wordt zij door een groot deel van de rechtsleer zwaar bekritiseerd ¹¹⁶.

De dualistische theorie toegepast op het vraagstuk van de tegenwerpbaarheid van overdraagbaarheidsclausules zou betekenen dat de overdraagbaarheidsbepalingen niet kunnen worden tegengeworpen aan derden daar zij tot de categorie van de persoonsgebonden bepalingen behoren. Volgens de unitaristische stelling echter zouden de overdraagbaarheidsclausules, samen met alle bepalingen in de statuten, wel tegenwerpbaar zijn aan derden op voorwaarde dat de publiciteitsvereisten zijn vervuld.

Op het vlak van het medeëigendomsrecht heerst er dus eveneens onzekerheid omtrent tegenwerpbaarheid van het reglement. Er gingen hier dan ook stemmen op om dit via een wetgevend initiatief weg te werken ¹¹⁷. In een wetsontwerp werd dan getracht dit probleem op te lossen door de inschrijving van het gehele reglement van medeëigendom op het hypotheekkantoor verplicht te maken ¹¹⁸.

Hoewel de voorgestelde oplossing in de rechtsleer nog wordt betwist ¹¹⁹, lijkt mijns inziens het feit dat de wetgever het nodig acht om dit probleem door middel van een wettekst te trachten op te lossen, een stap in de goede richting, die dan ook navolging moet krijgen wat betreft de tegenwerpbaarheid van de overdraagbaarheidsclausules aan derden. Een beredeneerd wetgevend initiatief, waarbij men even-

¹⁰⁹ LIEVENS, J., o.c., 39; VAN OMMESLAGHE, P., o.c., 303 en GEENS, K., o.c., 416.

¹¹⁰ VAN NESTE, F., o.c., 59.

¹¹¹ Cass., 16 september 1966, *J.T.*, 1967, 59, *R.C.J.B.*, 1968, 166, met noot HANSENNE, J.

¹¹² DERINE, R., VAN NESTE, F., VANDENBERGHE, H., *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, deel II, A, Story-Scientia, 1984, 130-133; BOSSARD, Ph., «La force obligatoire des règlements de copropriété», *J.T.*, 1986, nr. 2; DERMANGE, J.M., «L'opposabilité aux tiers des règlements de copropriété», *J.T.*, 1981, 217.

¹¹³ DERMAGNE, J.M., o.c., 218; DERINE, R., VAN NESTE, F., VANDENBERGHE, H., o.c., 131.

¹¹⁴ HERBOTS, J., «La situation du locataire dans un immeuble à appartements», *Rev.Dr.ULB.*, 1992, 85, nr. 6.

¹¹⁵ HANSENNE, J., *La servitude collective*, Nyhoff, Den Haag, 1969, nrs. 181-188.

¹¹⁶ DERINE, R., VAN NESTE, F., VANDENBERGHE, H., o.c., 135; HERBOTS, J., o.c., 86; DERMAGNE, J.M., o.c., nr. 19.

¹¹⁷ DERMAGNE, J.M., o.c., 218.

¹¹⁸ *Hand., Kamer*, 1990-91, 10 september 1991, 1756/1.

¹¹⁹ CASMAN, H., «Actuele en toekomstige problemen in het appartementsrecht», in *Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, XVIIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992, Kluwer, Antwerpen, 1992, 104.

tueel te werk zou kunnen gaan overeenkomstig het Nederlandse model, is hier geboden. Voorlopig echter blijft de discussie voortbestaan.

2. De aandelen aan toonder

Een fundamenteel kenmerk van een aandeel aan toonder is dat het recht belichaamd wordt in een titel: de titel is de materialisatie van het recht. Diegene die een titel aan toonder uit geeft, verbindt zich in het materiële stuk jegens elke houder van het stuk ¹²⁰. Toonderpapieren zijn bovendien lichamelijke goederen.

De natuur van het toonderaandeel heeft de meerderheid in de Belgische rechtsleer ertoe doen besluiten dat de statutaire aanvaardings- en voorkoopclausules «onwerkzaam» zijn wanneer ze betrekking hebben op aandelen aan toonder ¹²¹. Deze onwerkzaamheid wordt echter op verschillende manieren uitgelegd. Zo stelt men dat het toonderkarakter van de aandelen het de vennootschap onmogelijk maakt om de naleving van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen te controleren ¹²².

't Kint en Gyselinck oordelen dat de onmogelijkheid van de controle kan worden opgelost door de houder van het toonderaandeel statutair te verplichten het bewijs te leveren dat hij het aandeel met naleving van de statutaire bepalingen heeft verkregen ¹²³.

Voor Peeters betekent de onwerkzaamheid vooral de niet-tegenwerpbaarheid van de statutaire overdrachtsregeling aan de verkrijger te goeder trouw ¹²⁴. De onwerkzaamheid vloeit immers voort uit de tegenstrijdigheid die er bestaat tussen het karakter van een toonderaandeel en de overdraagbaarheidsbeperkingen; het aandeel aan toonder is een lichamenlijk roerend goed, dit wil zeggen dat art. 2279 B.W. van toepassing is.

De overdracht van het aandeel aan toonder geschiedt door de overgave van het effect (art. 45 Venn.W.) en het bezit van het effect geldt als titel. Vanaf de afgifte van het effect aan de derde-verkrijger moet de vennootschap de bezitter aanvaarden als rechtmatige eigenaar van het aandeel en dus als houder van de erin belichaamde rechten ¹²⁵. Bij de verkoop van de titel wordt dus het eigendomsrecht van de titel (zakelijk recht) overgedragen; een statutaire overdraagbaarheidsbeperking moet echter worden beschouwd als een louter obligatoire verbintenis die niet overgaat op het aandeel en waarvan de schending dan slechts kan worden bestraft indien de voorwaarden van de derde-medeplichtig-

heid aan andermans contractbreuk zijn vervuld ¹²⁶. Bovendien meent Peeters dat de handeling waarbij een vennootschap een statutaire overdraagbaarheidsbeperking aan de aandelen aan toonder verbindt, een tegenstrijdigheid in het leven roept en alzo handelt in strijd met het billijkheidsgevoel. Deze vennootschap zal zich dus niet op de goede trouw kunnen beroepen en de onwetende koper niet kunnen verwijten dat hij de statuten niet heeft nagekeken om de nieuwe aandeelhouder te weigeren ¹²⁷.

De overdracht zou, ondanks de niet-naleving van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen, tegengeworpen kunnen worden aan de vennootschap indien de verkrijger te goeder trouw is. Men kan dit ook in verband zien met de suggestie om de clausule in kwestie op de titel zelf te vermelden zodat de verkrijger van een dergelijke titel zich niet meer kan beroepen op zijn goede trouw ¹²⁸. De vraag is echter op welk ogenblik de goede trouw moet worden beoordeeld. De hierboven besproken techniek zou immers enkel werken indien de goede trouw beoordeeld moet worden op het ogenblik van de materiële levering of overdracht. De Belgische rechtspraak is echter vrijwel algemeen van oordeel dat men zich bij de beoordeling van de goede trouw moet plaatsen op het ogenblik van de sluiting van de overeenkomst ¹²⁹. Bovendien moet worden opgemerkt dat door de vermelding van de overdraagbaarheidsbeperking op het aandeel aan toonder deze titel zijn toonderkarakter verliest ¹³⁰.

In een bijdrage in het *T.R.V.* van 1989 ¹³¹ waarin hij zijn stelling verdedigt dat het toonderkarakter van aandelen verenigbaar is met een statutaire goedkeurings- of voorkoopclausule, verwierpt Geens de stelling als zou het toonderkarakter van het aandeel de werkzaamheid van de aanvaardingsclausule onmogelijk maken. Allereerst stelt hij dat dit euvel eventueel zou kunnen worden verholpen door te voorzien in een verplicht depot van de titels aan toonder bij de vennootschap of een derde. In een dergelijk geval zal de bewaarnemer de aandelen enkel teruggeven of op naam inschrijven wanneer hij een schriftelijke toestemming heeft van de eigenaar-overdrager en de raad van bestuur ¹³². Geens ziet echter niet in waarom de overdracht voor aandelen aan toonder, ondanks de statutaire beperkingen, zou volstaan om ze tegenwerpbaar te maken aan de vennootschap, terwijl de enkele betekening voor aandelen op naam

¹²⁶ PEETERS, I., *o.c.*, 514 en 515, nr. 8.

¹²⁷ PEETERS, I., *o.c.*, 515, die nog wijst op het probleem omtrent de vraag of deze derde-verkrijger, die aandeelhouder wordt, zich zal moeten houden aan de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen.

¹²⁸ GEENS, K., *o.c.*, 420.

¹²⁹ Zie hierover DERINE, R., VAN NESTE, F., VANDENBERGHE, H., *Zakenrecht*, IB, Antwerpen, Standaard, 1974, 926 en 927, nr. 628.

¹³⁰ PEETERS, I., *o.c.*, 515.

¹³¹ GEENS, K., *o.c.*, 414 e.v.

¹³² GEENS, K., *o.c.*, 418-419, die zelf niet overtuigd is van de depotverplichting omdat men enerzijds de aanvaarding als materiële tegenwerpbaarheidsvoorwaarde wenst af te dwingen door de formele tegenwerpbaarheidsvoorwaarde (de afgifte) te controleren, en anderzijds omdat de verplichting tot niets dient in de mate waarin de formele tegenwerpbaarheidsvoorwaarde niet afhangt van de overdracht maar eerder van de toestemming.

¹²⁰ VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1954, 100, nr. 101.

¹²¹ VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, II, Brussel, Bruylant, 1954, nr. 546; 'T KINT, J. en GYSELINCK, R., *Les sociétés anonymes, guide pratique*, Brussel, Larcier, 1975, 55; PEETERS, I., *o.c.*, 514, nrs. 7 en 8; RESTEAU, Ch., *o.c.*, nr. 599.

¹²² Zie ook de parlementaire voorbereiding waarin toegegeven wordt dat de controle op de goedkeurings- en voorkoopclausules ingewikkelder is: *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3, 91.

¹²³ 'T KINT, J. en GYSELINCK, R., *o.c.*, 55, nr. 114; DEVOS, D., «La vente d'actions au porteur d'une société anonyme, in *Liber Amicorum Vander Elst*, 154.

¹²⁴ PEETERS, I., *o.c.*, 514, nr. 8.

¹²⁵ RESTEAU, Ch., *o.c.*, nr. 599.

niet voldoende is ¹³³. Naast de vervulling van de formele tegenwerpbaarheidsvoorwaarde – de afgifte – is dus ook de vervulling van de materiële tegenwerpbaarheidsvoorwaarde – de aanvaarding – vereist om de overdracht als geldig te beschouwen.

Bovendien wijst Geens de stelling af dat niet aanvaarde overdrachten van aandelen aan toonder toch kunnen worden tegengeworpen aan de vennootschap, omdat de eigendom van titels aan toonder niet geïndividualiseerd is. De eigendom van aandelen wordt namelijk geïndividualiseerd door hun nummer en juist deze individualisatie maakt het mogelijk de overdrachten te controleren. Indien de aandeelhouder zijn aandelen deponeert om deel te nemen aan de algemene vergadering, is de vennootschap in staat om zijn identiteit na te trekken en de nummers van de gedeponeerde aandelen te vergelijken met die welke hem bij de oprichting of een vorige overdracht zijn toebedeeld ¹³⁴.

Alvorens zijn eigen stelling te verdedigen onderzoekt Geens of de stelling dat de niet aanvaarde overdracht zonder meer tegenwerpbaar is, gebaseerd kan worden op het beginsel van de niet-tegenwerpbaarheid aan de verkrijger van de excepties die de vennootschap jegens de overdrager kon laten gelden. Het Hof van Cassatie besliste immers dat de verkrijger van aandelen niet beschouwd kan worden als een overnemer van een schuldvordering zodat de aan de overdrager tegenwerpbare excepties hem niet tegengeworpen kunnen worden ¹³⁵. Allereerst is het duidelijk dat de aanvaardingsclausule niet zomaar als een exceptie kan worden beschouwd. Vervolgens moet worden opgemerkt dat de regel van de niet-tegenwerpbaarheid van excepties alleen betrekking heeft op die welke eigen zijn aan de persoon. Voor de andere excepties geldt dan dat de verkrijger elke beperking mag negeren die de vennootschap hem wil tegenwerpen wanneer deze beperking niet voorkomt op de titel of in de akte waarvan de titel afhangt: «Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet» ¹³⁶. Geens vervolgt: «Het corrolarium van de regel luidens welke de verkrijger het recht heeft elke beperking te negeren die de vennootschap hem wil tegenwerpen en die niet voorkomt op de titel of in de akte waarvan hij afhangt, bestaat erin dat de vennootschap hem alle verweermiddelen kan tegenwerpen die voortvloeien uit de tekst van de titel zelf.» Dit wil zeggen dat de aanvaarde verkrijger niet kan wederverkopen zonder aanvaarding door de vennootschap van zijn koper ¹³⁷.

Omdat de boven beschreven oplossingen hem niet bevredigen, is hij van oordeel dat een niet-aanvaarde overdracht niet kan worden tegengeworpen aan de vennootschap, m.a.w. de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen kunnen bij aandelen aan toonder ook worden tegengeworpen aan de derde-verkrijger ¹³⁸. Ook hier beroept men zich op

art. 10, § 4, Venn.W.: de openbaarmaking van de statuten zou zinloos zijn wanneer de vennootschap de bepalingen erin niet zou kunnen tegenwerpen aan de aandeelhouders en de toekomstige aandeelhouders. Bovendien kan de vennootschap zich op haar statuten beroepen tegenover iedereen, dus ook tegen de verkrijger van een aandeel aan toonder. Het zou dus niet nodig zijn dat een potentiële aandeelhouder eerst de statuten bekijkt alvorens de aandelen te verwerven ¹³⁹; het resultaat is dat de niet-aanvaarde overdracht van de aandelen aan toonder een croupierverhouding (cf. supra) doet ontstaan ¹⁴⁰.

Geens voegt er ten slotte nog aan toe dat, indien al de tegenwerpbaarheid van de nieuwe aandeelhouder aan toonder kan worden afgewezen, de tegenwerpbaarheid tegenover de verkoper-aandeelhouder blijft bestaan: deze heeft namelijk een fout begaan tegenover de vennootschap, namelijk verkopen zonder aanvaarding. Deze fout leidt enkel tot schade wanneer de overdracht tegenwerpbaar wordt aan de vennootschap ¹⁴¹.

Niettemin blijft de opvatting van Geens op onoverkomelijke problemen stuiten. Zoals reeds uit de parlementaire stukken bleek ¹⁴², is de controle zeer moeilijk, zo niet onmogelijk ¹⁴³. Maar belangrijker is dat een dergelijke stelling flagrant ingaat tegen het typische toonderkarakter van het aandeel: de bezitter van de titel wordt geacht houder te zijn van de eraan verbonden rechten. De vennootschap moet dus de nieuwe aandeelhouder aan toonder, ondanks de niet-naleving van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen, aanvaarden.

De stelling van Geens moet dus verworpen worden: de niet-tegenwerpbaarheid van de clausules bij aandelen aan toonder lijkt dan ook de beste oplossing. Niettemin pleit ik toch voor een tussenkomst op het wetgevend vlak om dit probleem op te lossen. Bovendien kan opgemerkt worden dat de toepassing van de theorie van de derde-medeplichtigheid het voordeel biedt dat zowel voor aandelen op naam als voor die aan toonder dezelfde behandeling wordt nagestreefd.

B) Overdraagbaarheidsbeperkingen opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst

In de nieuwe vennootschappenwet wordt de reeds in de praktijk bestaande, aandeelhoudersovereenkomst wettelijk geregeld (art. 74ter Venn.W.). Het is thans ook mogelijk om goedkeurings- en voorkoopclausules op te nemen in aandeelhoudersovereenkomsten ¹⁴⁴.

¹³³ GEENS, K., o.c., 418, nr. 18.

¹³⁴ GEENS, K., o.c., 419. M.i. biedt dit echter nog geen oplossing om te controleren of de nieuwe aandeelhouder al dan niet kennis heeft gehad van de overdraagbaarheidsbeperkingen.

¹³⁵ Cass., 11 maart 1954, *Pas.*, 1954, I, 606, *R.P.S.*, 1954, 94, nr. 4462; Cass., 27 september 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 511, noot MERCHIERS, Y.

¹³⁶ Rb. Brussel, 7 maart 1908, *Pas.*, 1909, III, 43, *R.P.S.*, 1990, nr. 2009.

¹³⁷ GEENS, K., o.c., 419-420, nr. 21.

¹³⁸ GEENS, K., o.c., 421 e.v.

¹³⁹ RONSE, J., o.c., 171, nr. 325.

¹⁴⁰ GEENS, K., o.c., 421.

¹⁴¹ GEENS, K., o.c., 422, nr. 28.

¹⁴² *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1107/3.

¹⁴³ Zie ook Gent, 12 april 1990, *T.R.V.*, 1990, 314; «Een aanvaardingsclausule heeft geen zin met betrekking tot het aandeel aan toonder.»

¹⁴⁴ Voor meer informatie over de aandeelhoudersovereenkomst: WEYTS, L., «De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 413-431; VAN OMMESELAGHE, P., «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1989, 289 e.v.; BRAECKMANS, H., «De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991», *R.W.*, 1991-92, 1008.

In een dergelijke situatie is de rechtsleer eensgezind; ongeacht of het een aandeel aan toonder dan wel een aandeel op naam betreft, men heeft te maken met een overeenkomst die, met toepassing van art. 1165 B.W., slechts gevolgen zal hebben tussen de contractsluitende partijen. Daar de overdrachtsbeperking niet in de statuten staat, is ze niet inherent aan de rechten die gebundeld worden aan het aandeel ¹⁴⁵.

De derde-verkrijger is in deze situatie een derde in de zin van art. 1165 B.W., zodat de bepalingen in de overeenkomst hem niet kunnen worden tegengeworpen tenzij de voorwaarden van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk zijn vervuld. Dit zou eventueel kunnen leiden tot de nietigverklaring van de overeenkomst ¹⁴⁶.

IV. BESLUIT

Het antwoord op de vraag of goedkeurings- en voorkoopclausules kunnen worden tegengeworpen aan de derde-koper van aandelen, wordt niet in de wet gegeven. Een oplossing moest dus gezocht worden door de rechtsleer en de rechtspraak.

Wat de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen betreft traden er twee theorieën naar voren.

Een minderheid van de rechtsleer stelt voor om de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen steeds tegenwerpbaar te maken aan de derde-koper. Hoewel dit de eenvoudigste oplossing zou zijn alsook de beste manier om aan de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen hun maximale werking te verlenen, moet men, bij gebrek aan een bijzondere wettelijke regeling waarop deze tegenwerpbaarheid kan steunen, terugvallen op het gemene recht ¹⁴⁷.

Om deze reden valt de meerderheid van de rechtsleer en de rechtspraak terug op het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk: slechts in de gevallen dat de voorwaarden van de derde-medeplichtigheid zijn vervuld, zal de derde-koper rekening moeten houden met de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen. (Zoals reeds werd geargumenteed meen ik dat men langs deze weg eventueel kan bereiken dat de statutaire beperkingen toch nagenoeg altijd tegenwerpbaar zullen zijn door te vereisen dat de derde-koper/toekomstige aandeelhouder, wil hij beschouwd worden als een normaal zorgvuldig persoon in de gegeven omstandigheden, eerst moet nagaan of de betrokken aandelen al dan niet met een of ander recht zijn bezwaard. In een dergelijk geval zou hij dus steeds kennis hebben gehad van de statutaire beperkingen zodat de voorwaarden van de derde-medeplichtigheid steeds zouden zijn vervuld.)

Voor de aandelen aan toonder wordt het probleem nog ingewikkelder daar de controle op het naleven van de overdraagbaarheidsbeperkingen zeer moeilijk wordt, zelfs met toepassing van de derde-medeplichtigheid: de nieuwe aandeelhouder kan namelijk onbekend blijven en de aard van het toonderkarakter verzet zich tegen een niet-aanvaarden van de overdracht van de aandelen.

Het is nu duidelijk dat door het verzuim van de wetgever om de tegenwerpbaarheid van de statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen te regelen, de goedkeurings- en voorkoopclausules in grote mate aan betekenis inboeten. Een wetgevende tussenkomst lijkt me hier dan ook op zijn plaats om dit euvel te verhelpen.

Wat de overdraagbaarheidsbeperkingen opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst betreft, rijzen er geen problemen: art. 1165 B.W. is van toepassing.

Wim EVERAERT

¹⁴⁵ PEETERS, I., *o.c.*, 515, nr. 9.

¹⁴⁶ PEETERS, I., *o.c.*, 515, nr. 9; LIEVENS, J., *o.c.*, 30; VAN GERVEN, D., «De draagwijdte van de nieuwe regeling inzake overdraagbaarheidsbeperkingen», *T.R.V.*, 1992, 303; VAN OMMESELAGHE, P., *o.c.*, 303 en LAGA, H., *o.c.*, 241 e.v.

¹⁴⁷ PEETERS, I., *o.c.*, 516.

HET MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN ZIJN IMPACT OP DE LEVENSVZERZEKERING (slot)

III. BEKNOPTE RECHTSVERGELIJKENDE BESCHOUWINGEN

61. In het kader van deze studie is het uiteraard onmogelijk om op alle aspecten van het medisch beroepsgeheim in een aantal Europese landen in te gaan. Maar uit een rechtsvergelijkende studie die in 1985 in het kader van de *Raad van Europa* verricht werd en die uiteindelijk resulteerde in een aanbeveling die ertoe strekte de desbetreffende wetgeving van de diverse lidstaten te harmoniseren¹⁸⁴, blijkt wel dat in nagenoeg de meeste lidstaten (o.m. in België, Frankrijk, Duitsland, Italië, Oostenrijk, Finland, Noorwegen) het beroepsgeheim geregeld wordt door een *wet*. Meestal betreft het een bepaling uit het strafwetboek, met bijgevolg *strafrechtelijke aansprakelijkheid* met de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen bij het overtreden van het beroepsgeheim, althans indien hierdoor schade wordt berokkend. Meestal is in deze landen tevens voor een code van medische deontologie gezorgd, de overtreding waarvan bestraft wordt met *disciplinaire sancties*. In enkele landen (m.n. in Nederland, Portugal, Spanje, Griekenland, Ierland en het Verenigd Koninkrijk)¹⁸⁵ vindt het beroepsgeheim zijn basis in de *deontologie* zoals die in de schoot van het medisch korps is vastgelegd in een code die al dan niet is bekrachtigd door een wet of een andere reglementaire akte.

¹⁸⁴ Het gaat om aanbeveling nr. R (85)3 van de Ministerraad van 26 maart 1985 aan de lidstaten van de Raad van Europa over de juridische plichten van artsen t.a.v. hun patiënten. De aanbeveling bevat 11 artikelen, waarvan er één, nl. artikel 11, betrekking heeft op het medisch beroepsgeheim. Deze bepaling stelt dat de geneesheer t.o.v. derden moet geheimhouden: iedere informatie over de patiënten en hun gezondheidstoestand, alsmede de informatie die hij heeft m.b.t. het privé-leven van de patiënten en die hij heeft vernomen tijdens zijn beroepsuitoefening. De arts dient het geheim over deze informatie te bewaren, zelfs na de dood van de patiënt, tenzij de nationale wetgeving daar anders over beschikt. Er wordt echter wel op gewezen dat, behoudens verbod in de nationale wetgeving, de geneesheer de informatie betreffende de patiënt aan anderen kan medelen voor zover de patiënt daartoe zijn toestemming heeft gegeven. Voor meer informatie over deze aanbeveling en de Europese situatie, raadplege men o.m. DECOSTER, C., «Rechtsvergelijkende studie inzake het beroepsgeheim en aanbevelingen van de Raad van Europa», *VI.T.Gez.*, 1986-87, (365), 365-373.

¹⁸⁵ Het Verenigd Koninkrijk onderscheidt zich van de andere Europese landen doordat er geen wettelijke bepalingen bestaan. Het medisch beroepsgeheim wordt inhoudelijk geheel bepaald door de beroepsvoorschriften van de «General Medical Council». Niettemin is er ook hier een pragmatische aanpak: certificaten post mortem zijn ter beschikking van de verzekeringsmaatschappijen die erom verzoeken, maar wanneer bijkomende inlichtingen noodzakelijk zijn, is er de verplichting om zich te wenden tot de medische raadgever die ze meestal zal verschaffen. Het gedeeld geheim wordt er eveneens aangenomen (VAN GOMPEL, R., o.c., 12).

62. In de landen waar het beroepsgeheim bij de wet is geregeld, wordt naast het beginsel zelf, bijna steeds bepaald dat de wetgever uitzonderingen kan bepalen. Zelfs in de landen waar het beroepsgeheim door de medische deontologie wordt geregeld (bv. Nederland en Portugal) worden de uitzonderingen bij de wet vastgesteld. Zo kan de *patiënt* in heel wat landen (bv. Ierland, het Verenigd Koninkrijk, Finland, Noorwegen, Duitsland¹⁸⁶, Zweden, Oostenrijk, Nederland¹⁸⁷, Portugal en Zwitserland)¹⁸⁸ *aan de arts toelating geven om het beroepsgeheim t.a.v. derden te onthullen*. Hieruit blijkt dus — en dit wordt bevestigd door een onderzoek van 1972¹⁸⁹ — dat het medisch beroepsgeheim in de ons om-

¹⁸⁶ Duitsland kent eveneens het straffen van het niet-eerbiedigen van het medisch beroepsgeheim, maar er wordt wel toegelaten dat de patiënt en zijn erfgenamen, de geneesheer van het geheim kunnen ontslaan. Dezelfde soepelheid wordt vastgesteld op het vlak van het verstrekken van attesten aan verzekeraars, omdat deze het onontbeerlijke bewijs vormen met het oog op de uitkering. Het gedeelde geheim wordt eveneens aanvaard, behoudens bezwaar van de betrokkene (VAN GOMPEL, R., o.c., 11).

¹⁸⁷ Zie daarover o.m. VAN DER MIJN, W.B., *Beroepen in de gezondheidszorg*, 3e druk, Deventer, 1989, 95, nr. 22.5. In Nederland is er bovendien een gentlemen's agreement tot stand gekomen ten gevolge waarvan, bij controles in opdracht van een particuliere verzekeringsonderneming, slechts een controlerende geneeskundige inlichtingen mag verstrekken aan de medische adviseur. Die controlerende geneeskundige moet erop kunnen vertrouwen dat de medische adviseur van zijn gegevens op de juiste wijze gebruik maakt, d.w.z. met inachtneming van het beroepsgeheim zoals dit voor de controlerende geneeskundige zelf geldt. Deze laatste heeft een vertrouwensverhouding met de verzekerden en hij moet zich ervan overtuigen dat de hem gedane vertrouwelijke mededelingen in goede handen zijn. Inzake levensverzekeringen bestaat er een regeling aangenomen in overleg met deskundigen op dat gebied. Die regeling staat toe dat de behandelende geneesheer een verklaring omtrent de doodsoorzaak afgeeft mits het daartoe strekkende verzoek 1) uitgaat van de medische adviseur, 2) vergezeld gaat van een retourenveloppe, welke uitdrukkelijk voor de medische adviseur bestemd is, 3) vermeldt dat de gevraagde opgave van de doodsoorzaak uitsluitend gebruikt zal worden t.b.v. de medische statistiek van de verzekeringsmaatschappij, en 4) bevestigt dat de uitkering reeds heeft plaatsgevonden, resp. de maatschappij op een later (in de verzekeringsvoorwaarden vastgelegd) tijdstip tot uitkering zal overgaan. Andere inlichtingen (bv. omtrent de duur van de laatste ziekte) zijn niet toegestaan (VAN GOMPEL, R., o.c., 11-12. Voor meer informatie daarover, raadplege men o.m. LEENEN, H.J.J., *Handboek Gezondheidsrecht*, 1988, Alphen aan de Rijn-Brussel, 202-204.).

¹⁸⁸ Art. 321 van het Zwitserse Federale Strafwetboek dat het medisch beroepsgeheim regelt, bepaalt nl. dat een onthulling niet strafbaar is indien ze gebeurd is met de toestemming van de betrokkene of indien, op voorstel van de houder van het geheim, de toezichthoudende overheid dit schriftelijk heeft toegestaan (VAN GOMPEL, R., o.c., 12-13).

¹⁸⁹ In 1972 heeft de Rechtsfaculteit te Gent, in samenwerking met de Belgische sectie van de Internationale Vereniging voor Ver-

ringende landen – en recentelijk zelfs ook in Frankrijk¹⁹⁰ – doorgaans functioneel opgevat wordt (zie supra, nr. 24), als een middel om de patiënt te beschermen, als een regel die ingesteld is in zijn belang en waarvan hij kan afzien om inlichtingen te laten verstrekken die onontbeerlijk zijn inzake levensverzekering¹⁹¹. Hij kan dan ook zijn geneesheer verzoeken om het «geheim te delen» met een «ander geneesheer», controlearts van de verzekeringsmaatschappij of een gerechtelijk deskundige.

Wel te verstaan is ook in die landen een aantal beperkende maatregelen getroffen om het medisch beroepsgeheim zelf, dat koste wat het wil gehandhaafd moet worden, o.m. in het belang van de volksgezondheid (zie supra, nr. 20), niet in gevaar te brengen. Zo wordt bv. in de Zwitserse wet expliciet bepaald dat de patiënt bewust en met kennis van zaken moet handelen. In Zweden en Portugal wordt expliciet bepaald dat de geneesheer toch niet mag spreken wanneer het onthullen van het geheim nadelig zou zijn voor de patiënt. Ook in de andere landen wordt aangenomen dat de geneesheer een beoordelingsmarge behoudt en niet automatisch moet spreken wanneer de patiënt hem ontslaat van het beroepsgeheim¹⁹².

zekeringsrecht (A.I.D.A.) een internationaal colloquium georganiseerd, o.m. gewijd aan de verzekeringsproblemen die verband houden met «Het medisch beroepsgeheim en de levensverzekering». De verslagen werden in 1974 gepubliceerd onder de titel *Actuele problemen van verzekeringsrecht* (1974, Gent).

¹⁹⁰ De toestand in Frankrijk vertoont in wezen erg veel gelijkenissen met de Belgische. Tot in het midden van de jaren zestig beschouwde de Franse rechtspraak het medisch beroepsgeheim namelijk als een absolute plicht voor de arts waarvan niemand, zelfs niet de patiënt, hem kon ontheffen. In een arrest van 22 december 1966 besliste de strafrechtelijke kamer van het Franse Hof van Cassatie: «L'obligation au secret (art. 378 C.P.) s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les en affranchir» (Cass.fr., 22 december 1966, *J.C.P.*, 1967, II, 15.126, met kritische noot van R. SAVATIER). Sindsdien is er een ommekeer gekomen t.v.v. een minder strenge opvatting die de patiënt en zelfs zijn erfgenamen meester maakt van bepaalde onthullingen. De burgerlijke kamers van het Franse Hof van Cassatie aanvaarden namelijk meer en meer dat de patiënt de arts van zijn zwijgplicht kan ontslaan (HONORAT, J. en MELENNEC, L., «Vers une relativisation du secret médical», *J.C.P.*, 1979, Doctr. 2936, nrs. 19-22; vgl. *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, 1975, tw. «Ordre public», nr. 55; zie eveneens de Franse Raad van State, 11 februari 1972, *La Semaine Juridique – Jurisprudence*, 1973, nr. 17.363). De Franse doctrine zegt dat het geheim in het belang van de patiënt is ingesteld, en legt zodoende aan de arts de verantwoordelijkheid op om over dat belang te oordelen (VAN GOMPEL, R., o.c., 11-13. Voor gedetailleerde informatie over de jurisprudentiële toestand in Frankrijk, raadplege men o.m. MELENNEC, L. en SICARD, J., «L'expertise médicale: le médecin devant la justice», in MELENNEC, L., *Traité de droit médical*, VII, 1982, Parijs, 51-55; VERON, «La responsabilité pénale du médecin», in MELENNEC, L., *Traité de droit médical*, III, 1984, Parijs, 71 e.v.; LE ROY, M., «Le secret professionnel en matière médicale», *Gaz. Pal.*, 1983, 2, Doct., 252; MONZEIN, M., «La réflexion sur le secret médical», *Dall.*, 1984, Chr., 9. I.v.m. de problematiek van de medische getuigschriften, zie o.m. MELENNEC, L. en MEMETEAU, G., «Le certificat médical. La prescription médicale», in MELENNEC, L., *Traité de droit médical*, VI, 1982, Parijs. Zie ook supra, voetnoot 135.

¹⁹¹ Zie eveneens DALCO, R.O., o.c., nr. 11.056(2).

¹⁹² Zo wordt bv. in Italië het beroepsgeheim beschermd door een strafbepaling, terwijl afwijkingen ervan slechts toegelaten zijn in-

IV. MEDISCHE INFORMATIE EN DE NIEUWE WET OP DE LANDVERZEKERINGSOVEREENKOMST VAN 25 JUNI 1992

63. Nadat vele andere Europese landen i.v.m. het medisch beroepsgeheim dus een functionalistische regeling hadden uitgewerkt (zie supra, nr. 62), groeide ook in België een duidelijk besef dat een optreden van de wetgever noodzakelijk was om tussen beide te komen in het jarenlange gebakkelei tussen de Orde der Geneesheren en de verzekeraars, om aldus een einde te maken aan de dubbelzinnige en vooral voor de patiënt rechtsonzekere situatie die er het gevolg van was¹⁹³. Uiteindelijk begon er wat te bewegen in het kader van een algehele herziening van de oude wet van 11 juni 1874¹⁹⁴. Pas in 1962 werd door de Commissie voor de herziening van de wet op de verzekeringen (de zgn. «Commissie Van der Meersch»¹⁹⁵, een verslag en voorontwerp uitgewerkt die uiteindelijk op 25 juni 1992 in een volledig nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst uitmondde¹⁹⁶ en waarin ook volledig nieuwe voorschriften

dien ze gemotiveerd worden door een «giusta causa». De functionalistische opvatting van het beroepsgeheim overheerst dus. Bovendien kan de patiënt zijn arts ontslaan van het geheim. Het gedeeld geheim wordt aanvaard mits met uitdrukkelijke toestemming van de verzekerde (VAN GOMPEL, R., o.c., 11).

¹⁹³ Zie o.m. DUMON, F., o.c., 35; VAN GOMPEL, R., o.c., 17-18; GLANSDORFF, F., o.c., 322, nr. 28; RUTSAERT, J., o.c., 497, nr. 44 in fine; BROCHIER, J., o.c., 502; DIERKENS, R., o.c., 268; BLANPAIN, R., o.c., 291; NYS, H., o.c., 1254, nr. 9.

¹⁹⁴ Reeds in 1938 werd door koninklijk commissaris prof. dr. E. VAN DIEVOET een verslag overhandigd aan de Regering met een voorontwerp van wet houdende de herziening van de wet van 11 juni 1874 (zie VAN DIEVOET, E., *Het verzekeringswezen in België. Economische en sociale gegevens. Het bestaande recht. De voorgestelde hervormingen*, II, 1940, Antwerpen, De Sikkel).

¹⁹⁵ K.B., 15 juni 1962 tot oprichting van een Commissie voor de herziening van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen (*B.S.*, 7 juni 1962, 5791).

¹⁹⁶ Het verslag werd aan de Regering overhandigd en vervolgens voorgelegd aan de Afdeling Wetgeving van de Raad van State, die op 17 juni 1985 advies uitbracht aan de minister van Economische Zaken. Vervolgens werd de aldus aangepaste tekst in een wetsvoorstel ingediend in de Kamer door de heren Mundeleer en Gol (wetsvoorstel op de verzekeringsovereenkomst, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1027/1). Na consultatie van de Commissie voor de Verzekeringen, de Raad van de Controledienst voor de Verzekeringen, de Raad voor het Verbruik en de Raad van State (advies van de Raad van State van 7 februari 1991, *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/1, 156-189), werd de definitieve tekst op 29 maart 1991 door de ministerraad goedgekeurd en in de plenaire vergadering van de Kamer van 6 september 1991 besproken onder de titel «Wetsontwerp op de landverzekeringsovereenkomst en wetsvoorstel op de verzekeringsovereenkomst». Namens de commissie voor het bedrijfsleven en het wetenschapsbeleid werd verslag uitgebracht door de h. VERHEYDEN (*Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/5), en later nog door de h. SCHELLENS, (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 376/3). Het uiteindelijke ontwerp werd vervolgens door de Kamer (*Parl.Hand., Kamer*, B.Z. 23 april 1992, 441) en door de Senaat (*Parl.Hand., Senaat*, B.Z. 18 juni 1992) goedgekeurd, waarna de wet in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd (wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992, *B.S.*, 20 augustus 1992, 18.283). Ingevolge art. 149 van de wet werd de inwerkingtreding van de nieuwe verzekeringswet geregeld door het K.B. van 24 augustus 1992 (*B.S.*, 1 september 1992, 19.796). Hierbij is een groot aantal bepalingen

omtrent de problematiek van de medische informatie inzake (personen)-verzekeringen werden opgenomen ¹⁹⁷.

A. De wetgever opteert voor de functionele stelling

1° De geneeskundige verklaring voor de verzekerde

64. Door het inlassen van een artikel over de medische informatie wordt voor de eerste maal afbreuk gedaan aan een van de aloude grondslagen van de geneeskundige ethiek, nl. het medisch beroepsgeheim. Art. 95, eerste lid, eerste zin, van de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst (hierna Wet) bepaalt nl. dat de door de verzekerde gekozen arts aan de verzekerde die erom verzoekt, de geneeskundige verklaringen moet ¹⁹⁸ afgeven die voor het sluiten of het uitvoeren van de overeenkomst nodig zijn ¹⁹⁹.

65. Uit die bepaling blijkt dat de Belgische wetgever op het stuk van de medische informatie en na vergelijking met de toestand in het buitenland ²⁰⁰, van twee principes uitge-

(waaronder de voor deze studie van belang zijnde artt. 95 en 101) onmiddellijk in werking getreden (d.w.z. op 21 september 1992, zijn de tien dagen na de publikatie van het K.B.). Deze bepalingen dienen derhalve te worden nageleefd bij het tot stand komen van nieuwe verzekeringscontracten, in geval van wijziging, vernieuwing, verlenging of omzetting van bestaande overeenkomsten (art. 148, § 1) en bij de bestaande levensverzekeringsovereenkomsten (art. 148, § 3).

¹⁹⁷ Voor een uitgebreide bespreking van de nieuwe verzekeringswet, raadplege men o.m. PONET, F., RUBENS, P. en VERHEES, W., *De landverzekeringsovereenkomst. Praktische commentaar*, 1993, Kluwer, Antwerpen, 624 pp.; FONTAINE, M. en BINON, J.-M., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, 1993, UCL, Academia-Bruylant, 419 pp.; SCHUERMANS, L., o.c., 689-751. Zie eveneens FREDERICO, S., «Protection du consommateur et réforme de la loi sur le contrat d'assurance», *De Verz.*, 1990, 632-653; STRAETMANS, G., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst en de bescherming van de consument», *D.C.C.R.*, 1992, nr. 17, 6-29; NYS, H., «Verzekeringen en medische informatie», *Gezondheidszorg. Beleid en Organisatie*, 1992, nr. 15, 1-3. Cf. ook FAGNART, J.-L., «Examens de jurisprudence (1981-1990). Les assurances terrestres», *R.C.J.B.*, 1991, 681-780, en *R.C.J.B.*, 1992, 53-144; X, «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst», in *Bedrijfsrechtelijk en juridisch dossier*, 1993, Diegem, Ced-Samson, 136 pp.; COUSY, H. en SCHOORENS, G., *De wet op de landverzekeringsovereenkomst*, 1993, Gent, Mys en Breesch.

¹⁹⁸ Deze bepaling houdt aldus een verplichting in voor de arts om aan de verzekerde de gevraagde geneeskundige verklaringen af te leveren (memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/5, 23). Het gaat dus niet om een mogelijkheid of toelating daartoe (zie in die zin evenwel DENOEL, N., «Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre», *De Verz.*, 1991, 53, en de circulaire van 16 januari 1993 van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren, *T.Orde Gen.*, 1993/juni, nr. 60, 20; zie ook infra, voetnoot 67).

¹⁹⁹ Volgens de wetgever is deze bepaling geenszins strijdig met het beginsel van het medisch geheim, aangezien het gaat om een handeling tussen de door de verzekerde gekozen arts en zijn patiënt (memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, nr. 1586/1, 87).

²⁰⁰ In navolging van wat boven reeds geconstateerd werd (zie supra, nrs. 61 en 62), blijkt volgens de memorie van toelichting uit een vergelijking met de regelingen in het buitenland dat er in de meeste Europese landen geen feitelijk of overlegd verzet bestaat tegen het verstrekken van inlichtingen door geneeskundigen. In deze landen wordt het medisch geheim beschouwd als een persoonlijk recht waarover de verzekerde kan beschikken, o.m. door zijn arts te ont-

gaan is. Enerzijds ging de wetgever er — onder impuls van de hedendaagse geplogenheden van de uitoefening der geneeskunde ²⁰¹ (zie ook supra, nr. 60) — van uit dat het medisch geheim eigenlijk een prerogatief is van de zieke zelf die, wanneer het om zijn belangen gaat, het recht heeft om zelf te beslissen dat zijn arts een volledige en getrouwe beschrijving geeft van zijn gezondheidstoestand. De geheimhouding is aldus niet langer zaak van de arts, maar van de zieke zelf. Het is de zieke die meester moet zijn over de geheimhouding ²⁰²! Volgens de wetgever heeft het medisch geheim immers geen ander doel dan de zieke te beschermen tegen onduidbare indiscretie ²⁰³. Zo wordt in de memorie van toelichting gewezen op de plicht tot geheimhouding en de verantwoordelijkheid van de verzekeraars die ervoor moeten waken dat hun diensten op zodanige wijze georganiseerd zijn dat de verkregen inlichtingen strikt vertrouwelijk blijven. Aan de verzekerde moet immers de zekerheid geboden worden dat de verzekeraar het geheim zal bewaren en dat niets zal uitlekken of worden bekendgemaakt ²⁰⁴.

heffen van de verplichting tot geheimhouding. Het medisch geheim wordt aldus een onderdeel van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ook het delen in het geheim, m.n. de mededeling van medische informatie door de behandelende arts aan de adviserend arts van de verzekeraar, wordt zeer algemeen aanvaard, in ieder geval wanneer de verzekerde daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd (memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/1, 87). Nys wijst er echter wel met klem op dat volstrekt ten onrechte in de toelichting gesuggereerd wordt als zou alleen in België de aflevering van geneeskundige verklaringen op moeilijkheden stuiten en als zouden elders in Europa artsen steeds zonder meer (moeten) ingaan op het verzoek van de patiënt om een verklaring af te leveren (Nys, H., o.c., 217, nr. 14).

²⁰¹ Volgens de wetgever «staat het vast dat de uitoefening van de geneeskunde sedert de uitvaardiging van ons Strafwetboek in 1867 diepgaande wijzigingen heeft ondergaan. De 'samenspraak' en de intimiteit van onderling vertrouwen, grondslag van de eed van Hippocrates, behoren thans tot een medische zorg die zich uitstrekt van het ziekenhuis tot de school, van het bedrijf tot de gevangenis, van het geneeskundig onderzoek bij de aanwerving tot de verklaring met het oog op de hervatting van de arbeid, van het biologisch onderzoek tot de automatisering van analyses en het opslaan van de uitkomsten» (memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, nr. 1586/1, 86).

²⁰² Memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, nr. 1586/1, 86 en 87; verslag VERHEYDEN, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/5, 8.

²⁰³ Memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, nr. 1586/1, 87.

²⁰⁴ Memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, nr. 1586/1, 87. In het verlengde hiervan werd door de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren op 16 januari 1993 een circulaire opgesteld die gericht is tot alle artsen ingeschreven op de lijsten van de provinciale raden, en waarin bepaalde deontologische richtlijnen m.b.t. de adviserende arts van de verzekeraar in het kader van de nieuwe wet uiteengezet worden. Daarin wordt o.m. vermeld dat de adviserend arts de medische dienst zodanig dient te organiseren dat alle medische informatie, afkomstig van de door de aspirant-verzekerde of verzekerde gekozen arts, persoonlijk aan hem wordt toevertrouwd. Bovendien is de adviserend arts, die trouwens alle wettelijke en deontologische verplichtingen i.v.m. het medisch beroepsgeheim dient na te leven, verantwoordelijk voor de bewaring en de geheimhouding van alle medische informatie nopens aspirant-verzekerden of verzekerden. Ten slotte is de adviserend arts gemachtigd om, binnen de grenzen van zijn opdracht, aan de verzekeraar de medische gegevens mee te delen die strikt nodig zijn voor de beoordeling van

Anderzijds werd uitgegaan van het standpunt dat het niet aanvaardbaar is dat de strikte toepassing van het medisch geheim bedrog en oneerlijkheid in de hand zou werken (zie ook supra, nr. 58) ²⁰⁵. Daarom heeft de verzekerde het recht om van de door hem gekozen arts de geneeskundige verklaringen te krijgen die voor het sluiten en uitvoeren van de persoonsverzekeringsovereenkomst noodzakelijk zijn.

66. Met de nieuwe bepaling toont de wetgever zich — volgens de memorie van toelichting «na zeer lange besprekingen met o.m. de afgevaardigden van de Orde der Geneesheren» ²⁰⁶ — duidelijk voorstander van de zgn. functionele opvatting omtrent het beroepsgeheim (zie supra, nr. 24), die in België de laatste jaren steeds meer verdedigd werd door de consumentenorganisaties, bepaalde juristen en, vooral, de verzekeraars (zie supra, nrs. 55 e.v.). Art. 95 Wet is van deze zijde dan ook op veel instemming onthaald, na vele jaren van juridisch getwist en de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid ²⁰⁷.

67. In zijn circulaire van 16 januari 1993 ²⁰⁸ maakt de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren op basis van art. 95, eerste lid, een onderscheid tussen enerzijds het geneeskundig onderzoek van de aspirant-verzekerde met het oog op *het sluiten van de overeenkomst*, en anderzijds de medische informatie die nodig is voor het uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst, wanneer zich een in deze overeenkomst bepaald risico heeft voorgedaan (hetzij een ziekte of letsel, hetzij een overlijden).

Wat het *sluiten van de overeenkomst* betreft, wordt opgemerkt dat de in art. 95, eerste lid, voorkomende term «gekozen arts» een tweevoudige betekenis kan hebben. Enerzijds zou dit kunnen inhouden dat de aspirant-verzekerde kan kiezen tussen enkele artsen, gevestigd in zijn streek, van wie de verzekeraar hem naam en adres meedeelt. Anderzijds zou het eveneens kunnen betekenen dat het de aspirant-verzekerde vrijstaat om zelf een keurende arts te kiezen. In beide gevallen is de taak van de gekozen arts vergelijkbaar met die van een deskundige. Volgens de Raad van de Orde kan deze taak *niet* vervuld worden door de behandelende geneesheer, die gebonden blijft door het beroepsgeheim. De behandelende geneesheer wordt dan immers voor de onmogelijke keuze geplaatst om ofwel het beroepsgeheim te schenden, ofwel de waarheid te verdoezelen. Vandaar dat de Raad stelt dat de behandelende geneesheer een medisch keuringsonderzoek dient te weigeren wanneer zijn patiënt zich als aspirant-verzekerde bij hem aanmeldt. Daar wordt nog aan toegevoegd dat de onderzoekende genees-

heer het best een verklaring aan de aspirant-verzekerde bezorgt met de aanbeveling die verklaring enkel te bezorgen aan de met naam genoemde adviserend arts van de verzekeraar.

In verband met de *uitvoering van de overeenkomst* wordt gesteld dat, wanneer de nog in leven zijnde verzekerde aanspraak maakt op een uitkering door de verzekeraar, de daartoe door de verzekerde gekozen arts (eventueel de behandelende geneesheer), de verklaringen die nodig zijn voor de uitvoering van de overeenkomst «kan» overhandigen (zie echter supra, voetnoot nr. 199) *aan de verzekerde*, met naleving van de bepalingen van art. 102 van de Code van Geneeskundige Plichtenleer. Deze verklaringen dienen opgesteld te worden op basis van de objectieve en relevante gegevens van het dossier. Belangrijker is echter dat de Nationale Raad nu ook aanvaardt dat die documenten, mits met toestemming van de verzekerde, *door de gekozen arts rechtstreeks worden bezorgd aan de met naam genoemde adviserend arts van de verzekeraar*.

2° Het overlijdensattest voor de adviserend geneesheer

68. Art. 95, tweede lid, Wet bepaalt dat de arts van de verzekerde aan de adviserend arts van de verzekeraar een verklaring dient af te geven over de doodsoorzaak, mits de verzekeraar aantoonde de voorafgaande toestemming van de verzekerde te bezitten.

Met deze bepaling komt de wetgever tegemoet aan de verzekeraars die de aspirant-verzekerde een voorafgaande verklaring laten ondertekenen waardoor deze laatste zijn behandelende arts in zijn geval van het medisch beroepsgeheim ontheft (zie supra, nrs. 46 e.v.).

De wetgever heeft de problematiek rond de lijkschouwing en de toestemming van de nabestaanden echter niet besproken ²⁰⁹.

69. Het is echter duidelijk dat art. 95, tweede lid, regelrecht ingaat tegen art. 68 van de code van Geneeskundige Plichtenleer (zie supra, nr. 52). Vandaar dat de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren in zijn bovengenoemde circulaire van 16 januari 1993 dan ook stelt dat deze laatste bepaling herzien zal worden. De Raad voegt er wel aan toe dat de arts zich dient te beperken tot het meedelen van de doodsoorzaak. Bovendien is hij van mening dat, aangezien de door de wet gebruikte termen «arts van de verzekerde» het niet mogelijk maken uit te maken welke geneesheer wordt bedoeld, de geneesheer die de dood heeft vastgesteld, in de beste positie lijkt te verkeren om het overlijdensattest te verstrekken ²¹⁰.

B. Het verbod om via genetische «screening» de toekomstige gezondheidstoestand van de patiënt te bepalen

70. Wegens de recente ontwikkelingen in de geneeskunde, en meer bepaald op het vlak van de — via het D.N.A.-

het afsluiten of de uitvoering van het contract (zie *T.Orde Gen.*, 1993/juni, nr. 60, (18), 21).

²⁰⁵ Memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, nr. 1586/1, 86-87.

²⁰⁶ Memorie van toelichting, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/1, 86. Screvens spreekt zulk als voorzitter van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren echter met klem tegen (SCREVEN, R., «Woord vooraf», *T.Orde Gen.*, 1993/Maart, nr. 59, 5 en 6). Zie ook infra, nr. 78.

²⁰⁷ Zie bv. X, «De wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst. Wat de consument erover moet weten», in *Verzekeringscapitulum*, 1992, Brussel, Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen (B.V.V.O.), 45-47.

²⁰⁸ *T.Orde Gen.*, 1993/juni, nr. 60, 19-20. Zie eveneens het advies van de Nationale Raad van 15 mei 1993 (*T. Orde Gen.*, 1993/9, nr. 61).

²⁰⁹ Zie hierover, o.m. DIERKENS, R., *Lichaam en lijk: raakpunten van recht en geneeskunde*, 1962, Brugge, Die Keure; FREDERICQ, S., COUSY, H. en ROGGE, J., o.c., 523, nr. 164; SCHUERMANS, L., «Lijkschouwing en verzekering», *Cons.Man.*, 1984, 5-13, en de talrijke verwijzingen aldaar.

²¹⁰ *T.Orde Gen.*, 1993/juni, nr. 60, 20-21.

onderzoek zich spectaculair ontwikkelende – genetica m.b.t. het opsporen van genetische «defecten», kon men niet langer vanuit de verzekeringspraktijk, evenmin als vanuit het verzekeringsrecht en het recht in het algemeen, om de vraag heen betreffende het lot van patiënten met ernstige genetische afwijkingen en meer concreet, bv. hun mogelijkheden of hun kans om nog een levens- of andere verzekering af te sluiten ter dekking van het, voor hen beduidend verhoogd, overlijdensrisico ²¹¹.

71. Er werd namelijk reeds op gewezen dat een voorspellend genetisch onderzoek als negatief recruiteringsinstrument in handen van de verzekeraars een inbreuk op de privacy van het individu kan vormen (cf. art. 8 E.V.R.M.) ²¹² en problemen kan scheppen op het vlak van de toegang tot verzekeringen, in het bijzonder de levensverzekeringen waarbij de toekomstige gezondheid centraal staat ²¹³. M.a.w., de wens het risico bij het afsluiten van dergelijke verzekeringen beter te kunnen inschatten, kan voor een verzekeraar aanleiding zijn het voorspellend karakter van genetische gegevens te benutten. Ofwel door de *mededelingsplicht* van de aspirant-verzekerde uit te breiden tot genetische gegevens die aan het licht zijn gekomen tijdens vroeger verricht erfelijkheidsonderzoek; ofwel door te vragen naar dergelijke gegevens; ofwel door de aspirant-verzekeringnemer te verzoeken zich te onderwerpen aan een bepaald *erfelijkheidsonderzoek*. Voor mensen van wie op enigerlei wijze is vastgesteld dat zij drager zijn van erfelijke eigenschappen die op aanzienlijk verhoogde gezondheidsrisico's wijzen, zou het afsluiten van bepaalde verzekeringen aldus veel moeilijker of zelfs onmogelijk kunnen worden. In dat geval zou men inderdaad kunnen gewagen van «genetische discriminatie» ²¹⁴ of «sociale invalidering» ²¹⁵. Bovendien bestaat dan het risico dat het vraagrecht en/of de mededelingsplicht de toegang tot de *gezondheidszorg* onrechtstreeks kunnen belemmeren, precies omdat de aspirant-verzekeringnemer minder bereid zal zijn een erfelijkheidsonderzoek te laten doen of zelfs zal afzien van een medische behandeling uit vrees de (negatieve) gegevens die hierbij aan het licht komen te moeten medelen aan de verzekeraar ²¹⁶.

72. Vandaar dat de Belgische wetgever het – in navolging van andere landen ²¹⁷ en de Europese Gemeenschap ²¹⁸ – dan ook nodig geacht heeft daaromtrent een regeling uit te werken ²¹⁹. Overeenkomstig art. 95, eerste lid, Wet kan het medisch onderzoek dat noodzakelijk is voor het sluiten en het uitvoeren van een verzekeringsovereenkomst, slechts steunen op de voorgeschiedenis van de huidige gezondheidstoestand van de aspirant-verzekerde en niet op technieken van genetisch onderzoek die dienen om de toekomstige gezondheidstoestand te bepalen. Deze bepaling werd door de regering – in navolging van het in die zin geamendeerde art. 5 Wet ²²⁰ – tijdens de bespreking van het wets-

²¹⁷ Voor een korte schets van de situatie in Nederland, Duitsland, Canada en de Verenigde Staten, raadplege men Nys, H., «Van afkomst naar toekomst? Juridische grenzen van erfelijkheidsonderzoek bij verzekeringen», *De Verz.*, 1992, (209), 210-211, nrs. 3 en 4, en de verwijzingen. Voor de «informele» regeling in Nederland, zie o.m. HILLEN, M., «Verzwijging van erfelijkheidsgegevens bij het aangaan van verzekeringsovereenkomsten», *Ars Aequi*, 1991, 967-973.

²¹⁸ Zie § 19 van de resolutie van het Europees Parlement over de ethische en juridische problemen i.v.m. genetische manipulaties, waarin vastgesteld wordt «dat verzekeraars niet het recht hebben om voor of na het sluiten van een verzekeringscontract de verrichting van genetische analyses of de mededeling van de resultaten van reeds verrichte genetische analyses te verlangen en dat genetische analyses geen voorwaarde mogen vormen voor het afsluiten van een verzekeringscontract. Bovendien kunnen de verzekeraars geen aanspraak maken op mededeling van genetische gegevens die de verzekeringnemers bekend zijn» (*Pb. C.*, 1989, nr. 96/165). Een dergelijk absoluut verbod kan men ook terugvinden in de EG-richtlijn nr. R (92) 3 betreffende de genetische testen en onderzoeken voor medische doeleinden, die op 10 februari 1992 is vastgelegd door het Comité van Ministers van de Raad van Europa (zie infra, voetnoot nr. 231).

²¹⁹ De vraag naar een wettelijke regeling dienaangaande werd reeds eerder geuit in de rechtsleer; zie o.m. VERMEERSCH, E., «Het medisch beroepsgeheim: ethische grondslagen», *Vl. T. Gez.*, 1986-87, 275. Ondertussen was door de h. BLANPAIN al een voorstel van wet ingediend betreffende het voorspellend genetisch onderzoek (*Gedr. St., Senaat*, 1988-89, nr. 513/1).

²²⁰ Art. 95 bevestigt namelijk art. 5, eerste lid, van de Wet, dat de verzekeringnemer de verplichting oplegt bij het sluiten van de overeenkomst alle hem bekende omstandigheden nauwkeurig mee te delen die hij redelijkerwijs moet beschouwen als gegevens die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van het risico door de verzekeraar. Hij moet de verzekeraar echter geen omstandigheden medelen die deze laatste reeds kende of redelijkerwijs had moeten kennen. Ten slotte mogen genetische gegevens niet worden megedeeld (amendement van de Heren Dumez en Bartholomeeus, *Gedr. St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/5, 34). Uit deze laatste zinsnede blijkt dat de wetgever een absoluut verbod wenste in te stellen op het medelen van zulke gegevens (eventueel van verwanten van de aspirant-verzekeringnemer) of ze nu gunstig zijn of niet. Aldus wordt ook voorkomen dat de verzekeringnemer spontaan gunstige gegevens meedeelt om zo betere voorwaarden en premies te bedingen (Nys, H., o.c., 215, nr. 12; zie ook Cousy, H., «Verzekeringrechtelijke aspecten, AIDS en verzekering: een terreinverkenning», in OVERSTEYNS, B. (red.), *Gezondheid en onderneming*, 1989, Brugge, Die Keure, 136). Art. 5, eerste lid, stelt de verzekerde dus niet alleen vrij van het medelen aan de verzekeraar van genetische gegevens die hem betreffen, maar verbiedt hem zelfs het doen van een dergelijke mededeling. De verzekeringnemer dient immers in het kader van zijn mededelingsplicht alle omstandigheden mee te delen die een verzwaring van het risico kunnen inhouden. Het is nu precies zo'n genetisch onderzoek dat zulk een verzwaring aan

²¹¹ CLAASSENS, H., o.c., 358.

²¹² Precies omdat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer centraal staat, wordt ook algemeen aangenomen dat een genetisch onderzoek geenszins mag worden afgedwongen: overeenkomstig het zelfbeschikkingsbeginsel moet het individu immers in volle vrijheid – d.i. zonder druk van de verzekeraar – uitdrukkelijk beslissen of het voor zichzelf een genetische screening wil laten uitvoeren (HILLEN, M., o.c., 971; Nys, H., o.c., 213, nr. 9; zie eveneens: X, «Welke belangen wegen het zwaarste? Genenpaspoort» (bijdrage over de standpunten van BLANPAIN, R., VAN DEN BERGHE, H. en Nys, H.), *Intermediair*, 1989, afl. 1, 1-11). Men dient er bovendien rekening mee te houden dat t.a.v. de bekend geworden gegevens in de meeste gevallen geen enkel uitzicht bestaat op genezing of medische behandeling. Hierdoor kan het levensperspectief van de betrokkene ernstig verstoord worden (HILLEN, M., o.c., 971).

²¹³ HILLEN, M., o.c., 969.

²¹⁴ SOETEMAN, A., «Erfelijkheidsonderzoek en verzekering: wat mag de verzekeraar?», *Het Verzekeringsarchief*, 1988, 197; Nys, H., o.c., 212, nr. 7; HILLEN, M., o.c., 969.

²¹⁵ HILLEN, M., o.c., 970.

²¹⁶ HILLEN, M., o.c., 971; Nys, H., o.c., 212, nr. 8.

ontwerp in de Kamer ingelast ²²¹.

73. De nieuwe wet introduceert aldus een *absoluut verbod* op het meedelen of aanwenden van genetische gegevens zowel voor de arts als voor de verzekeringnemer en de verzekeraar ²²². De wetgever haalt daarvoor een aantal redenen aan.

Wegens het feit dat bepaalde wetenschappelijke technieken, zoals het genetisch onderzoek, op zeer nauwkeurige wijze de toekomstige gezondheidstoestand van de aspirant-verzekerde kunnen voorspellen, bestaat er allereerst een gevaar van «oneigenlijke risicoselectie». Het is inderdaad zo dat de verzekeraar, door een zekere risicoselectie (aan de hand van statistieken zoals bv. sterftetabellen) ²²³, de premie en de mate van differentiatie (d.i. het vaststellen van – qua schadekans – homogene groepen van individuen waarin de verzekerde ingeschakeld is) moet kunnen bepalen ²²⁴, maar verder gaan zou volgens de wetgever in strijd zijn met het begrip «risicospreiding» dat het doel is van elke verzekeringsverrichting. De bedoeling is dus uiteindelijk elke oneigenlijke risicoselectie te voorkomen en de verzekeraar te verplichten de verzekerden in voldoende ruime groepen te classificeren, omdat hij anders systematisch risico's zou kunnen uitsluiten die zouden afwijken van de steeds strengere gezondheidsstandaard ²²⁵.

Het gevaar van het doorbreken van de *sociale solidariteit* is immers reëel. De groep van de genetisch zwakkeren zou nl. het risico lopen financieel niet meer bij machte te zijn zich te verzekeren tegen de traditionele risico's in het leven van de maatschappij, daar zij een veel hogere premie dienen te betalen dan de genetisch sterkeren.

Ten slotte wordt erop gewezen dat de verzekeraar bij genetische screening niet alleen de gegevens van de patiënt zal krijgen, maar ook die van zijn *familieleden*, m.n. de personen in opgaande, dalende of zijlijn van de patiënt ²²⁶. Aldus dreigt het *recht op privacy* van de bloedverwanten eveneens

doorbroken te worden en kan dit ook voor hen leiden tot een moeilijker toegang tot verzekeringen ²²⁷.

74. Niettegenstaande de noodzakelijkheid van het wettelijk ingrijpen op het vlak van de genetische onderzoeken in verzekeringsaangelegenheden niet betwijfeld kan worden, kunnen er toch enkele opmerkingen gemaakt worden t.a.v. de nieuwe wettelijke regeling m.b.t. de genetische «screening».

De wetgever is op een aantal punten namelijk vrij *overhaast en ongenueanceerd* te werk gegaan, hetgeen soms resulteerde in vage zinsconstructies en onduidelijke terminologie ²²⁸. Zo wordt bv. nergens verduidelijkt wat verstaan dient te worden onder «genetische gegevens». Evenmin is gedefinieerd wat «genetische screening» is. Schuermans ²²⁹ wijst erop dat de wetgever zich op dit vlak mogelijk heeft laten inspireren door de richtlijn nr. R (92) betreffende de genetische testen en onderzoeken voor medische doeleinden, die op 10 februari 1992 werd vastgelegd door het Comité van Ministers van de Raad van Europa ²³⁰. Bovendien kan er discussie ontstaan over de betekenis die dient te worden gehecht aan «technieken van genetisch onderzoek». Nys ²³¹ stelt daarbij de vraag of daarvan sprake is wanneer in het kader van een medisch onderzoek op eerder *toevallige* wijze genetische gegevens aan het licht komen en of dergelijke gegevens dan al dan niet gebruikt mogen worden.

75. Men dient er eveneens rekening mee te houden dat het wettelijk verbod van selectie op basis van genetische gegevens ertoe kan leiden dat de verzekeraars – die over volledige informatie dienen te beschikken om iemands plaats binnen de groep te bepalen – alle middelen uit handen worden genomen om zich te verweren tegen wat het verschijnsel van de «zelfselectie» wordt genoemd. Dit houdt in dat de neiging tot verzekeren het grootst is bij diegenen die beseffen een zwaarder risico op te leveren ²³². merkt dienaan-

het licht kan brengen. Het gevaar bestaat er dan in dat de verzekeraar zich tegen de verzekeringnemer zal keren, als deze laatste deze verzwarende niet heeft meegedeeld (verslag) VERHEYDEN, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/5, 76).

²²¹ Amendementen, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/4, 6. Zie eveneens het analoge amendement van de heren CUYVERS en DARRAS, dat uiteindelijk weer ingetrokken werd omdat het regeringsamendement volgens hen eigenlijk beter geformuleerd was (amendementen, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/4, 9).

²²² Verslag VERHEYDEN, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/5, 76.

²²³ Zie daarover, o.m. LEVIE, G., *Sterftetabellen. Het rationeel gebruik van sterftetabellen voor de kapitalisatie van de winstderving van het slachtoffer van een ongeval of zijn rechthebbenden*, 1979, Brussel, Bruylant, 217 pp.

²²⁴ HILLEN, M., o.c., 967-968. Zie ook DE GRAAF, H., «Selectie bij levensverzekering», *Verz.W.*, 1981, 561-562.

²²⁵ Amendementen, *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1586/4, 6.

²²⁶ Het is namelijk zo dat genetische gegevens nooit strikt individueel zijn. Bovendien zijn ze – in tegenstelling tot andere medische gegevens – meestal (nog) niet te wijzigen door een behandeling of individueel gedrag. Een verschillend (wettelijk) standpunt t.o.v. genetische gegevens is aldus gerechtvaardigd (Nys, H., o.c., 214, nr. 9).

²²⁷ Verslag namens de commissie voor de Economische Aangelegenheden, uitgebracht door de h. MONSET, *Parl.St., Senaat*, B.Z. 1991-1992, nr. 306/2, 31. Zie eveneens Nys, H., o.c., 214, nr. 10.

²²⁸ Zie daarover COUSY, H., «Over wetgeving gesproken. Losse beschouwingen over de regelgevende functie naar aanleiding van de recente invloed van wetgeving», *Jura Falc.*, 1991-92, 15, nr. 2.

²²⁹ SCHUERMANS, L., o.c., 697, nr. 26.

²³⁰ Deze richtlijn bevat een aantal deontologische regels i.v.m. genetische testen. Principe 7 heeft betrekking op de verzekeringen en bepaalt dat de verzekeraars niet het recht hebben om het sluiten of het wijzigen van de verzekeringsovereenkomst afhankelijk te stellen van een genetische test of van de resultaten van een zodanige, reeds uitgevoerde test. «Genetische tests» in de zin van de richtlijn zijn alle tests die tot doel hebben genetische ziekten vast te stellen en te classificeren, gezonde dragers van een afwijkend gen te identificeren teneinde hen te waarschuwen voor het risico van gebrekkige kinderen, ernstige genetische ziekten te achterhalen voor de klinische vaststelling van de symptomen teneinde de levenskwaliteit te verbeteren en de personen te identificeren die de kans lopen een ziekte te krijgen.

²³¹ Nys, H., o.c., 217, nr. 15.

²³² Als gevolg van dit verschijnsel is de kans op schade binnen de groep verzekerden groter dan de statistische kans op schade waarop de (in dat geval, te lage) premie gebaseerd is. Zoals boven reeds werd opgemerkt (zie supra, nr. 73) tracht de verzekeraar dit voor hem schadelijke effect te neutraliseren d.m.v. individuele selectie van elke aspirant-verzekerde om zo uiteindelijk homogeen gedifferentieerde groepen van verzekerden te krijgen waarin de scha-

gaande op dat dit fenomeen door de verzekeraar tegengegaan zou kunnen worden door het stellen van (schriftelijke) vragen omtrent genetische gegevens. Art. 5, tweede lid, Wet bepaalt namelijk vrij vagelijk: «Indien op *sommige* schriftelijke vragen van de verzekeraar niet wordt geantwoord en indien deze laatste toch de overeenkomst heeft gesloten, kan zij zich, behalve in geval van bedrog, later niet meer op dat verzuim beroepen». Cruciaal is dus de vraag of de mogelijkheid schriftelijk vragen te stellen zich uitstrekt tot genetische gegevens. Is dit inderdaad het geval, dan dreigt het absolute verbod van art. 5, eerste lid, Wet (zie supra, voetnoot nr. 221) volledig te worden uitgehold. Wordt niet geantwoord op dergelijke vragen dan kan de verzekeraar weinig anders doen dan de verzekering te weigeren daar hij zich later niet meer kan beroepen op zijn verzuim.

76. Een andere opmerking die gemaakt kan worden, betreft de vraag naar de coëxistentie tussen de eerste en de tweede zin van art. 95 Wet. Zoals boven reeds vermeld werd (zie supra, nr. 64), moet de door de verzekerde gekozen arts aan de verzekerde die erom verzoekt, de geneeskundige verklaringen afgeven die voor het sluiten van de overeenkomst noodzakelijk zijn. Anderzijds blijkt dat de wetgever in de tweede zin van art. 95 Wet een absoluut verbod op het mededelen of aanwenden van genetische gegevens heeft ingesteld, zowel voor de arts als voor de verzekeringnemer en de verzekeraar. Schuermans²³³ vraagt zich dan ook af of men dan kan aannemen dat de arts die verzocht wordt een medische verklaring af te geven, de door hem verkregen genetische resultaten aan de aspirant-verzekeringnemer moet onthouden? Bovendien kan men de vraag stellen in welke mate het absolute verbod van mededeling van genetische gegevens, ook voor de verzekeringsarts, de preventieve geneeskunde in de weg kan staan²³⁴?

Hoe dan ook, de wettelijke bepalingen waarin het gebruik van en het onderzoek naar genetische gegevens worden verboden, hebben de grote verdienste dat ze de delicate verhoudingen tussen recht en geneeskunde, in casu de genetica, ten gronde ter discussie hebben gesteld. Maar misschien is dit op een wat overijlde en daardoor ongenueanceerde wijze gebeurd.

V. BESLUIT

77. Met de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 heeft de Belgische wetgever uiteindelijk, na vele jaren van rechtsonzekerheid die – in de ogen van het grote publiek – onvermijdelijk ten koste ging van

dekans ongeveer gelijk en de premie daarmee in overeenstemming is (HILLEN, M., o.c., 967-968; Nys, H., o.c., 212, nr. 7).

²³² Nys H., o.c., 216, nr. 13.

²³³ SCHUERMANS, L., o.c., 697, nr. 26.

²³⁴ In dit verband dient opgemerkt te worden dat de rechtsleer van oordeel was dat noch het niet-discriminatiebeginsel, noch art. 8 E.V.R.M. de weigering kunnen rechtvaardigen van een aspirant-verzekeringnemer om aan de levensverzekeraar alle informatie te verstrekken die onontbeerlijk is om het risico te beoordelen (zie daarover o.m. VANSWEEVELT, Th., *AIDS en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Maklu, 1989, 111 e.v., en FAGNART, J.-L., «Les assurances et le SIDA», in *Le SIDA un défi aux droits*, Actes du colloque organisé à l'Université Libre de Bruxelles le 10, 11 et 12 mai 1990, 696 e.v.).

de geloofwaardigheid van de betrokken partijen, de knoop doorgemaakt en een einde gemaakt aan de kafkaïaanse situatie die ontstaan was op het vlak van de levensverzekeringen en hun relatie t.o.v. het medisch beroepsgeheim.

78. Door resoluut te opteren voor de functionele opvatting van het medisch beroepsgeheim, heeft de wetgever duidelijk partij gekozen voor de verzekeraars. Dit tot grote ergernis overigens van de Orde der Geneesheren²³⁵. Zo stelde Screvens²³⁶ als voorzitter van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren recentelijk nog met klem dat de Orde nooit haar goedkeuring heeft gehecht aan art. 95 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst. De afgevaardigde van de Orde die tot in 1975 deelgenomen heeft aan de vergaderingen op het Ministerie van Justitie, heeft steeds verklaard dat hij het geenszins eens was met de voorgestelde ontwerpen. In tegenstelling tot hetgeen de memorie van toelichting zou laten vermoeden (zie supra, voetnoot nr. 207) en sommigen werkelijk laat geloven, werd de Nationale Raad na die periode nooit meer geraadpleegd. Het protest dat hij dienaangaande geuit heeft, werd nooit in acht genomen. De Nationale Raad van de Orde der Geneesheren heeft dan ook niet nagelaten om de minister van Justitie onmiddellijk na de publikatie van het K.B. van 24 augustus 1992 dat de inwerkingtreding regelt van de wet op de landverzekeringsovereenkomst (zie supra, voetnoot 197), in te lichten over zijn bezorgdheid omtrent de nieuwe wet²³⁷.

Op het moment van het afsluiten van deze bijdrage was de Nationale Raad nog volop bezig de deontologische gevolgen van de wet op de landverzekeringsovereenkomst, en in het bijzonder die van art. 95 van deze wet, te bestuderen. Ondertussen heeft de Nationale Raad aan alle geneesheren die ingeschreven zijn op de lijst van de Orde, wel reeds een advies verstrekt aangaande de deontologische toepassing van art. 95 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst. In dit advies wordt herinnerd aan de beginselen die ten grondslag liggen aan het medisch geheim en wordt vastgesteld welke regels in acht genomen dienen te worden op het deontologische vlak²³⁸.

79. Dat de wetgever, bij het beslechten van de stellingenoorlog die ondertussen ontstaan was tussen de verzekeraars en de Orde der Geneesheren, uiteindelijk partij koos voor de functionele opvatting van het medisch beroepsgeheim, is m.i. geen complete verrassing maar eerder het resultaat van een jarenlange ontwikkeling naar een pragmatischer aanpak van het medisch geheim, die zich – eerst in Frankrijk en daarna in België – de afgelopen jaren duidelijk bleek te manifesteren, zowel in de rechtsleer als in de (cassatie)rechtspraak. Bovendien werd aan het absoluut karakter van het beroepsgeheim steeds meer afbreuk gedaan door bijzondere wetten die een hoger belang dienden dan dat van het beroepsgeheim, hetgeen Legein de volgende bedenking ontlokte: «La citadelle du secret médical est de toutes parts attaquée. N'est-ce pas là une marche arrière paradoxale alors

²³⁵ Zie o.m. *T. Orde Gen.*, 1992/december, 15, nr. 58.

²³⁶ SCREVEN, R., «Woord vooraf», *T. Orde Gen.*, 1993/maart, 5-6, nr. 59.

²³⁷ Zie *T. Orde Gen.*, 1993/maart, 30-32, nr. 59.

²³⁸ Zie supra, nrs. 67 en 69.

que de toutes parts on s'accorde sur la nécessité de sauvegarder la vie privée des individus et leur droit à la santé ²³⁹»

80. Niettemin kan deze ontwikkeling m.i. alleen maar toegejuicht worden. Niettegenstaande het medisch beroepsgeheim een onmiskenbaar belang heeft, dient men ervoor te waken dat er geen absolute draagwijdte aan gegeven wordt waardoor het geheim van de geneesheer verwordt tot een oninneembaar bastion dat zich hooghartig verheft boven elk modern pragmatisme.

Aan het concept beroepsgeheim mag men namelijk geen onveranderlijk karakter toekennen. Het dient te evolueren met zijn tijd, en met de noden van die tijd.

Bovendien loopt men het risico elke zin voor maat en proportie te verliezen zodra het beroepsgeheim op zich als waarde gaat gelden. Het geheim kan geen doel op zichzelf zijn: men zal het maar mogen bewaren als de belangen van de zieke rechtstreeks of onrechtstreeks op het spel staan, maar men moet de zieke ook niet nutteloos dwarszitten door een verstokt stilzwijgen dat geen steek houdt. Of zoals Fagnart ²⁴⁰ het treffend uitdrukt: «Le secret médical ne peut

être utilisé comme une arme contra la vérité.» Het beroepsgeheim mag geen taboe worden, geen sacramenteel bevel waarvan men de sociale zin niet meer ontwaart. Anderzijds mag het ook geen alibi worden waarachter de arts naar believen schuil kan gaan. Het geheim van het medisch beroep wordt erdoor gehuld in een waas van geheimzinnigheid waardoor de zin van dit geheim voor de patiënt zelf daardoor de mist ingaat. Het medisch beroepsgeheim dient eerder gezien te worden in verhouding tot het fundamentele recht op waarheid ²⁴¹.

Het beroepsgeheim is en mag m.a.w. geen mythe, noch een doolhof worden waarin zowel de geneesheren als de patiënten verstrikt raken en uiteindelijk hopeloos dreigen te verdolen. De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst kan m.i. in dat opzicht een «draad van Ariadne» zijn, die – precies door het kiezen voor de functionalistische opvatting omtrent het medisch geheim – alle betrokkenen toestaat een uitweg te vinden uit het labirint waarin zowel rechtsleer als rechtspraak de laatste decennia verzeild waren geraakt.

Koen TROCH

²³⁹ LEGEIN, M., «Le secret professionnel du médecin», *Journal des Procès*, 1987, afl. 111, 14-15.

²⁴⁰ FAGNART, J.-L., o.c., 739, nr. 45.

²⁴¹ VAN NESTE, F., o.c., 1299-1301.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: mevr. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Piret

Straf – Zwaarste straf – Nieuwe wet

Als een strengere wet geldt die welke, in correctionele zaken, het minimumbedrag van de geldboete verlaagt, maar de minimumduur van de gevangenisstraf verhoogt.

Procureur des Konings te Verviers t/ D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 21 januari 1993 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Verviers;

...

Overwegende dat krachtens artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek, indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, de minst zware straf wordt toegepast;

Overwegende dat van twee straffen met dezelfde maximumgevangenisstraf en dezelfde maximumgeldboete de

zwaarste straf die is met de hoogste minimumgevangenisstraf;

Overwegende dat het bestreden vonnis de beslissing bevestigt van de eerste rechter die verweerder op grond van artikel 30, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 16 maart 1968 heeft veroordeeld tot een geldboete van 200 frank uit hoofde van het feit dat hij op 12 oktober 1991 een motorvoertuig heeft bestuurd zonder houder te zijn van het rijbewijs of van het als zodanig geldend bewijs;

Overwegende dat genoemd artikel, gewijzigd bij de wet van 9 juli 1976, bepaalt dat die overtreding wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van 500 frank tot 2000 frank of tot één van die straffen alleen;

Overwegende dat die bepaling, die werd gewijzigd bij de op 1 januari 1992 van kracht geworden wet van 18 juli 1990, het minimumbedrag van de geldboete heeft verlaagd tot 200 frank, doch de minimumduur van de gevangenisstraf op vijftien dagen heeft gebracht;

Dat bijgevolg de ten tijde van het vonnis toepasselijke bepaling strenger is dan die welke ten tijde van het misdrijf bestond;

Overwegende dat het bestreden vonnis, door verweerder te veroordelen tot een geldboete van 200 frank, terwijl de voor hem gunstigste wet een minimumgeldboete oplegt van 500 frank, artikel 2 van het Strafwetboek schendt alsmede artikel 30 van het koninklijk besluit van 16 maart 1968 tot

coördinatie van de wetten betreffende de politie over het wegverkeer, gewijzigd bij de wet van 9 juli 1976;

...

NOOT – *Vergelijking van de zwaarte van straffen*

1. Verschillende strafrechtsvoorschriften vereisen in hun toepassing een vergelijking van de relatieve zwaarte van straffen. Zo bepaalt het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel – omschreven in artikel 2, tweede lid, Sw. en artikel 15, lid 1, I.V.B.P.R. – dat de minst zware of de lichtere straf wordt toegepast indien de ten tijde van het vonnis bepaalde straf verschilt van de ten tijde van het misdrijf bepaalde straf (Cass., 29 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 914; Cass., 29 september 1993, *geannoteerd*). Een ander voorbeeld is te vinden in de bestraffingsregel bij eendaadse samenloop van misdrijven: alleen de zwaarste straf wordt dan uitgesproken (artikel 65 Sw.; zie bv. recent Cass., 23 november 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 341). Hetzelfde straftoemettingsvoorschrift van de zwaarste straf geldt voor het – op eenheid van opzet gefundeerde – voortgezet of collectief misdrijf (zie bv. recent Cass., 3 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 119; Cass., 11 juni 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 1007). Ook bepaalde strafprocessuele regels bevatten een referentie aan de zwaarte van de straf. Zo kan het strafgerecht in hoger beroep de in eerste aanleg uitgesproken straffen slechts verzwaren met eenparigheid van stemmen (artikel 211bis Sv.) en kan een verzet van de beklaagde nooit resulteren in een strafverzwaring (Verstraeten, R., *Handboek Strafvordering*, 1993, nr. 1684, p. 525).

2. In het geannoteerde cassatiearrest werd de zwaarte van de straffen vergeleken aan de hand van een toepassing van het retroactiviteitsbeginsel in het verkeersstrafrecht. De correctionele straffen bepaald voor een aantal rijbewijsmisdrijven in artikel 30, § 1, van de Wegverkeerswet van 16 maart 1968, werden recent gewijzigd door artikel 9 van de wet van 18 juli 1990 (*B.S.*, 8 november 1990; inwerkingtreding op 1 januari 1992). Deze wijziging paste in een harmonisatie van de strafmaat van verschillende verkeersmisdrijven (rijbewijsmisdrijven, vluchtmisdrijf, alcoholintoxicatie en dronkenschap achter het stuur; M.v.T., *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1062/1, 19). Indien per hypothese deze nieuwe strafwet van 18 juli 1990 de strafbedreiging heeft verzacht (invoering van een minder zware strafmaat), verkrijgt deze nieuwe *lex mitior* conform artikel 2, tweede lid, Sw. en artikel 15, lid 1, I.V.B.P.R. terugwerkende kracht en moet deze also worden toegepast op de rijbewijsmisdrijven gepleegd vóór de inwerkingtreding van deze nieuwe strafwet. In casu had de beklaagde op 12 oktober 1991 een motorvoertuig bestuurd zonder houder te zijn van het rijbewijs of van het als zodanig geldend bewijs (artikel 30, § 1, 1°, van de Wegverkeerswet van 16 maart 1968).

3. Bij gebreke van wettelijke criteria hebben de rechtsleer en de rechtspraak een aantal strafvergelijkingsregels uitgewerkt (zie voor een overzicht Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 136-137 en 488-490; Trousse, P.E., «Les principes généraux du droit pénal positif belge», *Les Nouvelles. Droit pénal*, I, 1, 1956, nrs. 246-260). De relatieve zwaarte van de straffen kan bepaald worden overeenkomstig de hierna schematisch weergegeven criteria.

I. *De aard van de hoofdstraf* overeenkomstig de driedelige strafindeling van artikel 1 Sw. (*criminele straf* - *correctionele*

straf - *politiestraf*). Correctionele straffen zijn minder zwaar dan criminele straffen (Cass., 29 maart 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 914). De correctionele straf is wel steeds zwaarder dan een politiestraf, zelfs indien de te vergelijken correctionele straf een vermogensstraf uitmaakt terwijl de politiestraf een vrijheidsstraf inhoudt. Ook de appelrechter die de door de eerste rechter uitgesproken politiegeldboeten vervangt door één correctionele geldboete, verzwart de straf, zelfs als het bedrag van de correctionele geldboete niet hoger is dan het totaal bedrag van de politiegeldboeten (Cass., 4 september 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 6).

II. Binnen de straffen van dezelfde aard – correctionele straffen (Dezelfde regels gelden voor de politiestraffen):

a) *De natuur van de hoofdstraf*; De correctionele gevangenisstraf is steeds zwaarder dan de correctionele geldboete (bv. Cass., 31 januari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 652; Cass., 5 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 287; Cass., 3 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 119). De geldboete is een hoofdstraf indien ze door de strafwet is voorgeschreven zonder vrijheidsstraf (bij vergelijking van de strafwettelijk bepaalde straffen) of indien de strafrechter ze oplegt zonder vrijheidsstraf (bij vergelijking van de strafrechtelijk uitgesproken straffen).

b) *Het maximum van de hoofdstraf* (bij een verschillend maximum van de correctionele hoofdstraffen van dezelfde natuur); ongeacht het minimum van de hoofdstraf en ongeacht de minima en maxima van de bijkomende straf(fen). Wanneer twee opeenvolgende wetten hoofd- en bijkomende straffen bepalen en de maat van de hoofdstraf verschilt, wordt voor het bepalen van de minst zware straf alleen de maat van de hoofdstraf in aanmerking genomen (Cass., 11 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 808, *R.W.*, 1986-87, 1083, met noot De Nauw, A.). Indien de oude wet dan een lagere correctionele maximumgevangenisstraf maar een zwaardere bijkomende straf (rijverbod) bevat in vergelijking met de nieuwe strafwet, vormt de oude wet de mildere strafwet en moet geen rekening worden gehouden met de bijkomende straffen (Cass., 15 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 666; Cass., 1 april 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1003; Cass., 27 mei 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1177). Ook de strafrechter in hoger beroep legt geen zwaardere straf op en er is dus geen eenparigheid van stemmen vereist, indien de hoofdgevangenisstraf wordt verminderd en de bijkomende straf van de geldboete wordt vermeerderd (Cass., 28 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 893) of een nieuwe bijkomende straf wordt uitgesproken (Cass., 13 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1150; Cass., 13 november 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 363). Het laten wegvallen van de hoofdgevangenisstraf gekoppeld aan een verhoging van de bijkomende straf houdt dan evenmin een verzwaring van straf in (Cass., 16 november 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 261; Cass., 12 september 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 37).

c) *Het maximum van de bijkomende straf* (bij een zelfde maximum van de correctionele hoofdstraffen van dezelfde natuur); ongeacht het minimum van de hoofdstraf en van de bijkomende straf. Wanneer naast een van de gevangenisstraffen met een gelijk maximum een geldboete is bepaald, zal deze de zwaarste straf vormen (Cass., 13 november 1944, *Pas.*, 1945, I, 29). Ingeval beide hoofdgevangenisstraffen met een zelfde maximum een geldboete als bijkomende straf hebben, wordt de zwaarste straf bepaald door het maximum van de geldboete (Cass., 16 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 61; Cass., 22 oktober 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 178), ongeacht het facultatief of verplicht karakter van deze bijkomen-

de straf (Cass., 5 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 861; Cass., 17 april 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 834, *R.W.*, 1991-92, 403, met noot Vandeplass, A.; Cass., 12 februari 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 544). Dit verplicht of facultatief karakter van de geldboete is enkel relevant om de zwaarte van de straf te bepalen als de aard en het bedrag van de geldboete dezelfde zijn (Vandeplass, A., «De bepaling van de zwaarste straf», *R.W.*, 1991-92, 404).

d) Het *minimum van de hoofdstraf* (bij een zelfde maximum van de correctionele hoofd- en bijkomende straffen); ongeacht het minimum van de bijkomende straf. Het geannoteerde arrest van 29 september 1993 maakt toepassing van dit laatste criterium: van twee straffen met dezelfde maximumgevangenisstraf en dezelfde maximumgeldboete, is de zwaarste straf die met de hoogste minimumgevangenisstraf.

e) Het *minimum van de bijkomende straf* (bij een zelfde maximum van de correctionele hoofd- en bijkomende straffen en een zelfde minimum van de correctionele hoofdstraffen).

4. In casu werd bij de wijziging van de strafmaat voor bepaalde rijbewijsmisdrijven uit artikel 30 van de Wegverkeerswet het minimum van zowel de hoofd- als de bijkomende correctionele straf aangepast, namelijk een verhoging van de minimumgevangenisstraf (van 8 dagen tot 15 dagen) en een verlaging van de minimumgeldboete (van 500 tot 200 frank). Aangezien de aard van de straf dezelfde was (correctioneel), de natuur van de hoofdstraf dezelfde was (gevangenisstraf), het maximum van de hoofdstraf hetzelfde was (zes maanden gevangenisstraf), het maximum van de bijkomende straf van de geldboete hetzelfde was (2000 frank), doch het minimum van de hoofdstraf verschild (8 dagen tegenover 15 dagen), vormt dit minimum van de hoofdstraf-gevangenisstraf te dezen het decisief criterium bij de vergelijking van de zwaarte van de strafmaat uit de twee strafwetten, ongeacht de wijziging van het minimum van de bijkomende straf. Deze strafvergelijking heeft zodoende als resultaat dat de strafwet die van kracht was op het ogenblik van de feiten, milder was dan de nieuwe strafwet van 18 juli 1990, zodat deze laatste vanuit het oogpunt van de temporale werkingssfeer van strafwetten geen terugwerkende kracht verkrijgt. Bij een toepassing van de straf-toematingsregeling inzake eendaadse samenloop of voortgezet misdrijf (artikel 65 Sw.) zou dan ook de nieuwe strafwet van 18 juli 1990 de zwaarste straf inhouden.

5. De strafrechter diende aldus toepassing te maken van de *lex temporis delicti* die een straf voorschreef van 8 dagen tot 6 maanden en/of een geldboete van 500 tot 2000 frank. Aangezien de Wegverkeerswet van 16 maart 1968 als bijzondere strafwet in de zin van artikel 100 Sw. artikel 85 Sw. (verzachtende omstandigheden bij wanbedrijven) niet toepasselijk verklaart en evenmin een eigen regeling inzake verzachtende omstandigheden voor de rijbewijsmisdrijven heeft uitgewerkt, moest de strafrechter in casu een geldboete van 500 frank opleggen. De strafrechter kan m.a.w. voor de rijbewijsmisdrijven geen lichtere straf opleggen dan de wettelijk bepaalde minimumstraf (tevens: Cass., 3 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 983; dit geldt eveneens voor het misdrijf van het besturen van een voertuig ondanks het uitgesproken rijverbod – artikel 48 van de Wegverkeerswet: Cass., 27 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 1409). Het uiteindelijk straftoemingsresultaat was dan dat de strafrechter te dezen bij het opleggen van een geldboete verplicht was de geldboete uit de

vroegere mildere strafwet uit te spreken die zwaarder was dan de geldboete uit de nieuwe strengere strafwet.

Bart Spriet
Instituut voor Strafrecht
K.U. Leuven

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 20 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Dhayer

Openbaar ministerie: mw. De Raeye

Advocaten: mrs. Bützler en Houtekier

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Zelfstandigen – Arbeidsongeschiktheidsverzekering – Tijdvak van invaliditeit – Arbeidsongeschiktheid – Begrip – Bewijs

Voor de erkenning van de staat van invaliditeit bedoeld in art. 20 K.B. 20 juli 1971, is niet vereist dat de arbeidsongeschiktheid van de zelfstandige 100% bereikt.

P. t/ R.I.Z.I.V.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 april 1992 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

...

Overwegende dat, naar luid van het te dezen toepasselijke artikel 20 van het koninklijk besluit van 20 juli 1971 houdende instelling van een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid ten voordele van de zelfstandigen, de gerechtigde in de loop van een tijdvak van invaliditeit geacht wordt zich in staat van arbeidsongeschiktheid te bevinden, «wanneer voldaan is aan artikel 19 en hij bovendien erkend wordt ongeschikt te zijn om het even welke beroepsbezigheid uit te oefenen die hem billijkerwijze opgelegd zou kunnen worden, inzonderheid rekening gehouden met zijn stand, zijn gezondheidstoestand en zijn beroepsopleiding»; dat artikel 19 van het besluit vereist dat de gerechtigde onder meer, wegens letsels of functionele stoornissen, een einde heeft moeten maken aan het volbrengen der taken die verband hielden met zijn beroepsbezigheid als zelfstandige en die hij vóór de aanvang van de arbeidsongeschiktheid waarnam;

Overwegende dat, blijkens het verslag aan de Koning bij voormeld koninklijk besluit, de in artikel 19 bedoelde arbeidsongeschiktheid geen absoluut begrip is, maar gemeten moet worden aan de persoonlijke beroepsactiviteit, de non-activiteit met gezond verstand moet worden beschouwd en «het begrip van volledige 100 t.h. inactiviteit een theoretisch begrip is dat slechts in extreme gevallen in de praktijk teruggevonden wordt»;

Overwegende dat het arrest door, enerzijds, vast te stellen dat het «onderhavige geschil gebaseerd is op de artikelen 19 en 20 van het K.B. van 20 juli 1971 houdende instelling van een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid ten voordele van de zelfstandigen, met andere woorden: een arbeidsongeschiktheid van 100%», anderzijds, de door eiser voorgebrachte medische attesten af te wijzen op grond dat deze

geen arbeidsongeschiktheid «overeenkomstig het bepaalde in artikel 20 van het voormelde K.B. van 20 juli 1971 (aantonen)», eiser het bewijs van 100% arbeidsongeschiktheid oplegt;

Dat het aldus de in het middel aangewezen bepalingen van het koninklijk besluit van 20 juli 1971 schendt;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 23 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Westerlick en Verhoeven

Overeenkomst – Huur van grond voor een teelt van minder dan een jaar – Begrip – Toepasselijke wet – Tekortkoming – Bewijsvoering – Goede trouw

Op het contract waarbij de ene partij de verbintenis aangaat een bepaald stuk grond voor een bepaalde tijd van minder dan een jaar ter beschikking te stellen aan de andere partij, die er zich toe verbindt er een bepaalde teelt op te winnen en er een overeengekomen vergoeding voor betaalt, is de Pachtwet niet van toepassing.

Indien, bij zulk een overeenkomst, op het ogenblik van de normale oogsttijd door overmacht niet zou kunnen worden geoogst, staat het aan de huurder daarvan kennis te geven aan de verhuurder. Het principe van de uitvoering te goeder trouw van het contract duldt niet dat de huurder, nadat het contract ten einde is gekomen, zich gedurende anderhalve maand in een zuiver passieve houding verschanst en pas later de aansprakelijkheid op de wederpartij legt.

Van de W. t/ P.V.B.A. G.

In het bestreden vonnis heeft de eerste rechter de vordering van de P.V.B.A. G., oorspronkelijke eiseres (ingeleid bij exploitatie van dagvaarding van 30 juni 1987 en strekkende tot opvordering van een schadevergoeding van 735.250 frank (zijnde 85.000 frank kweekkosten per ha maal 8,65 ha), met voorbehoud voor commerciële schade), ontvankelijk verklaard en principieel gegrond, met benoeming van een deskundige tot begroting van de schade geleden door huidige geïntimeerde. (...)

Beoordeling

...

2. Op 6 maart 1986 sloot de appellant met de geïntimeerde een teeltcontract 1986 af, waarbij de appellant ongeveer 9 ha grond (8 ha 65 a 67 ca) ter beschikking stelde van de geïntimeerde voor de teelt van schorseneren, tegen een vergoeding van 32.000 frank per hectare.

Op 1 juni 1986 liet de appellant zijn (landbouw)bedrijf over aan de P.V.B.A. M. (met zetel te Lochristi) (dit contract werd niet overgelegd).

Bij niet-gedagtekende brief (door de appellant ontvangen op 13 mei 1987) liet de geïntimeerde, onder de handtekening van technisch ing. Dirk A., aan de appellant weten dat zijn schorseneren werden ondergeploegd («Wij hebben de kans niet gekregen deze schorseneren uit te rijden, wegens

het feit dat deze gronden te nat waren. Op het ogenblik dat het zou kunnen gegaan hebben, werden ze ondergeploegd. (...) Deze zaak zou ik graag geregeld zien»).

Bij brief van 14 mei 1987 heeft de appellant hierop vrij uitvoerig geantwoord, met verwijzing naar de overlating van zijn bedrijf aan de P.V.B.A. M. («... ik heb vernomen dat de P.V.B.A. G. meerdere malen contact heeft gehad met de nieuwe gebruiker en pachter, de P.V.B.A. M. Wat u afgesproken of geregeld hebt weet ik niet»), en met ontkenning van persoonlijke fout («Wie die vruchten heeft ondergeploegd weet ik niet. Op 14 mei 1987 ben ik ter plaatse geweest en heb vastgesteld dat er maïs gezaaid is dat toch een van de laatste teelten is die worden gezaaid.»).

3. Luidens artikel 2, 2°, van de pachtwetgeving is de Pachtwet niet van toepassing op de overeenkomsten waarvan het voorwerp een duur van minder dan een jaar gebruik in zich sluit (cf. oud art. 1774, § 3, 1°, B.W.).

De voornaamste praktische toepassingen van voormeld artikel zijn eensdeels de verkoop van gras of het verhuren van een weide voor het grasseizoen, en anderdeels het cultuurcontract waarbij de ene partij (in casu de appellant) de verbintenis aangaat een bepaald stuk grond ter beschikking te stellen voor een bepaalde duur, minder dan een jaar, aan de andere partij (in casu de geïntimeerde) die er zich toe verbindt om er een welbepaalde teelt (aardappelen, wortelen, kolen, enz.; in casu schorseneren) op te winnen en er een overeengekomen vergoeding voor betaalt.

Het in gereedheid brengen en de bemesting van de gronden is ten laste van de verhuurder, de rest gebeurt door de huurder (cf. Eeckloo, *Pacht en voorkoop*, 1970, 63, nr. 30). Bovendien moet opgemerkt worden dat het gebruik van minder dan een jaar zich niet noodzakelijk dient uit te strekken binnen een kalenderjaar (die duur kan bv. bepaald worden vanaf 15 februari 1986 tot 30 november 1986, of vanaf 15 september 1986 tot 31 augustus 1987; zie *Wetgeving in land- en tuinbouw*, uitgegeven door de Belgische Boerenbond, Leuven, Sectie Pachtwet, p. 4, nr. 3/2/1).

In casu gaat het dus duidelijk om een cultuurcontract, zijnde een specifiek soort seizoenpacht (cf. Henri Closon, *Le bail à ferme*, Bruylant, 1970, 55).

4. De teelt van schorseneren vindt vooral plaats op lichtere gronden; gezaaid wordt van eind april tot begin mei; geoogst kan worden in de herfst en de winter (het gewas is volkomen winterhard, zodat niet vóór de vorst geoogst behoeft te worden) cf. Grote Winkler Prins, 7e druk, deel 17, trefwoord Schorseneer, p. 175).

5. Aangezien het voorliggende teeltcontract voor schorseneren ontstaan is op 6 maart 1986 en in het contract zelf geen uitvoeringsperiode is bepaald (normalerwijze wordt in een seizoenpacht de einddatum vermeld), moet, via de interpretatieleer (toepassing van de gebruiken van de plaats van uitvoering, artt. 1159 en 1160 van het Burgerlijk Wetboek), aangenomen worden dat dit teeltcontract (duur minder dan één jaar) voor schorseneren ten einde liep bij het einde van de winter in het voorjaar 1987 (het uitrijden van het gewas diende te gebeuren door de huurder, dus de P.V.B.A. G., cf. punt 3).

6. Uit het voorgaande volgt dat het oogsten van de schorseneren had moeten plaatsvinden uiterlijk einde maart 1987, hetgeen zonder twijfel niet is gebeurd aangezien de geïntimeerde in haar klachtbrief van 13 mei 1987 toegeeft de

«kans niet gekregen te hebben de schorseneren uit te rijden omdat de gronden toen te nat waren».

Indien er, op het ogenblik van de normale oogsttijd, overmacht zou hebben bestaan, stond het aan de huurder (= de geïntimeerde) om daarvan kennis te geven aan de verhuurder (= de appellant), en niet omgekeerd. Bovendien geldt de bedenking dat, indien de geïntimeerde reeds einde maart (1987) het onderploegen (= het overploegen met maïs) zou hebben vastgesteld, het ongeloofwaardig overkomt dat er pas anderhalve maand later een protestbrief volgt (op een ogenblik dus dat de schorseneren zeker hun consumptiewaarde hadden verloren). Het Hof wil erop wijzen dat het principe van de uitvoering te goeder trouw van het contract niet duldt dat, op een ogenblik dat het contract reeds ten einde is gekomen, een van de partijen – de geïntimeerde – zich cantonneert gedurende anderhalve maand in een zuiver passieve houding om pas dan tot grote verbazing, de aansprakelijkheid lastens de wederpartij te leggen.

De partijen zijn immers in de bewijsvoering elkaar medewerking verschuldigd en geen partij kan weigeren elementen voor te brengen die haar ongunstig zijn (cf. René Dekkers, «De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve», *R.C.J.B.*, 1959, 148 tot 157).

Wie de bewijslast draagt, draagt het bewijsrisico (cf. art. 870 van het Gerechtelijk Wetboek). In casu is de contractuele fout van de appellant onvoldoende bewezen aangezien, gelet op de beperkte gebruiksduur van de velden in een cultuurcontract, de aansprakelijkheid van de appellant een einde had genomen toen de vruchten normaal geoogst hadden moeten zijn, dus alleszins einde maart 1987 (een teeltcontract van 6 maart 1986 staat niet toe te oogsten in mei 1987).

(Volgt ongegrondverklaring van de vordering)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 16 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Van hoogenbemt

Raadsheren: de h. Liesens (rapporteur) en mevr. Vanstraelen

Openbaar ministerie: de h. Liégeois

Advocaat: mr. Lebacqz

Probatie, opschorting en uitstel – Sociaal onderzoek – Hoger beroep

De beschikking van het vonnisgerecht waarbij aan een probatieassistent opdracht wordt gegeven een maatschappelijke enquête over de gedragingen en het milieu van de beklaagde te houden, is vatbaar voor hoger beroep.

Van S.

Overwegende dat beklaagde op 6 mei 1993, regelmatig naar vorm en termijn, hoger beroep instelde tegen het vonnis uitgesproken door de Correctionele Rechtbank te Turnhout op 26 april 1993;

Dat de eerste rechter in de bestreden beschikking, «alvorens uitspraak te doen», enkel de bevoegde probatieassistent gelastte een enquête uit te voeren betreffende de ge-

dringen van beklaagde alsmede betreffende zijn milieu en tevens te onderzoeken of eventuele voorwaarden aan beklaagde tijdens de proefperiode moeten worden opgelegd;

Dat beklaagde zich ter terechtzitting voor de eerste rechter op 29 maart 1993 uitdrukkelijk akkoord verklaarde met de toepassing van de wet van 29 juni 1964 op de probatie, het uitstel en de opschorting, met het eventueel voorafgaand onderzoek en de eventueel op te leggen voorwaarden;

Dat beklaagde ter terechtzitting voor het hof primair de vrij spraak vraagt;

Overwegende dat door het openbaar ministerie op 6 mei 1993 eveneens hoger beroep, regelmatig naar vorm en termijn, werd ingesteld; dat dit hoger beroep ontvankelijk is;

Overwegende dat het, door de stukken van het dossier en door het onderzoek dat op de terechtzitting van het hof werd gedaan, bewezen is dat beklaagde zich schuldig maakte aan de hem ten laste gelegde feiten;

Dat beklaagde in zijn verklaring op 5 juni 1992 zelf toegeeft dat de twee honden (ras Rottweiler) werden achtergelaten van dinsdag 2 juni 1992 omstreeks 17 uur tot vrijdag 5 juni 1992 omstreeks 7 uur 30 à 8 uur;

Dat de verbalisanten zich op 4 juni 1992 om 19 uur 30 ter plaatse hebben begeven en hebben vastgesteld dat:

- de honden tegen elkaar opblaffen en het behang in de slaapkamer van de benedenburen nat is van de urine van de honden;

- in de plaats waar de honden zich bevinden er een doordringende stank is en de uitwerpselen van de honden over de kamer verspreid liggen;

- een van de honden opgesloten zit in een hok zonder eten of drinken en het dier aan de magere kant is;

Overwegende dat het hof bij het bepalen van de strafmaat enerzijds rekening houdt met het blanco strafregister van beklaagde, doch anderzijds ook met de af te keuren ingesteldheid van beklaagde, die wel honden wil houden maar de dieren zelfs de meest elementaire zorgen (eten en drinken) ontzegt;

Dat, gelet op de ernst der feiten, niet dient te worden ingegaan op het verzoek van beklaagde tot toepassing van de wet van 29 juni 1964 op de probatie, het uitstel en de opschorting, doch dat de bestraffing met een effectieve geldboete, zoals hierna vermeld, te dezen gepast is;

Om die redenen, het Hof, (...)

Ontvangt het hoger beroep van het openbaar ministerie; verklaart beklaagde schuldig aan de hem ten laste gelegde feiten en veroordeelt hem tot een geldboete van tweehonderd frank, (...)

NOOT – Het hoger beroep en de maatschappelijke enquête

1. Op 3 juni 1981 besliste de zesde kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen dat de beschikking waarbij opdracht werd gegeven tot het houden van een maatschappelijke enquête geen beschikking is alvorens recht te doen, maar een beslissing of maatregel van inwendige aard in de zin van art. 1046 Ger.W. die niet vatbaar is voor hoger beroep (*R.W.*, 1982-83, 153, met noot van A. Vandeplas).

2. Thans beslist een andere kamer van hetzelfde hof het tegenovergestelde, zelfs al wordt geen uitspraak gedaan over het hoger beroep van de beklaagde.

Het zal niemand verwonderen dat de praktijkjurist perplex staat bij een strijdige beslissing die niet met redenen is omkleed.

3. Natuurlijk kan men pogingen ondernemen om beide beslissingen te verzoenen. Een dergelijk probeersel herinnert me aan een anekdote in verband met een filosofische redekaveling waarbij een slimmeling de discussie meende af te sluiten met de bewering: «Tout est dans tout.» Alfred Capus repliceerde onmiddellijk met: «Oui, et réciproquement».

4. Uiteraard is de opdracht aan een maatschappelijke assistent tot het houden van een sociaal onderzoek te beschouwen als een onderzoeksmaatregel of maatregel van inwendige aard in de zin van art. 1046 Ger.W.

Als de beklagde met deze maatregel heeft ingestemd en de strafrechter deze beslissing heeft genomen zonder verzet van het openbaar ministerie en zonder een feitelijke kwestie of een rechtskwestie te beslechten, dan moet in beginsel worden aangenomen dat deze maatregel niet vatbaar is voor hoger beroep.

5. De beklagde en ook het openbaar ministerie zijn echter wel gerechtigd om hoger beroep in te stellen indien de beslissing zelf door nietigheid is aangetast, bv. omdat de maatregel werd bevolen zonder de instemming in te winnen van de beklagde, omdat de strafrechter geen bevoegdheid had om de wet van 29 juni 1964 toe te passen (o.m. de politierechter), omdat de ten laste gelegde feiten verjaard zijn, omdat de rechtbank niet regelmatig was samengesteld.

Het openbaar ministerie zou ook nog kunnen aanvoeren dat de bijkomende onderzoeksmaatregel de publieke vordering in gevaar brengt wegens verjaring, de verdediging zou kunnen aantonen dat verder uitstel haar recht van verdediging schade toebrengt (R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, p. 490, nr. 1579).

6. Als het om een onwettige beslissing gaat of om de te loorgang van de publieke vordering, kan zelfs niet worden aangenomen dat het openbaar ministerie, bij ontstentenis van enig bezwaar tijdens de behandeling van de zaak, impliciet afstand zou hebben gedaan van zijn recht van hoger beroep.

7. Te dezen had de beklagde hoger beroep ingesteld, hoewel hij zich uitdrukkelijk akkoord had verklaard met de onderzoeksmaatregel.

Ook het openbaar ministerie had hoger beroep aangetekend, maar blijkbaar zonder enige nietigheid of onregelmatigheid of enig gevaar voor de publieke vordering aan te voeren.

In deze omstandigheden lijkt de beslissing van de eerste rechter niet vatbaar voor hoger beroep.

A. Vandeplas

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

8e KAMER – 15 OKTOBER 1993

Voorzitter : mevr. Roland-Schotsmans

Advocaten : mrs. Vandebergh en Van Lidth de Jeude

Belasting over de toegevoegde waarde – Procedure – Invordering – Verjaring – Stuiting – Kennisgeving – Vormvereisten

Het verzoek van de Staat aan de postdienst om de kennisgeving van het dwangbevel aan de B.T.W.-plichtige aangetekend te verzenden, is niet voldoende om een lopende verjaring te stuiten, als een zodanig verzoek geen uitvoering kent.

G. t/ Belgische Staat

Overwegende, met inachtneming van het tussenvonnis, dat verwerende partij noch de gevraagde postdokumenten voorlegt, noch enige correspondentie die daaromtrent gevoerd zou zijn; dat hij nochtans niet aantoonde dat de postdienst ontheven zou zijn van zijn plicht om het register van 1990 bij te houden;

Overwegende dat bijgevolg alleen blijkt dat verwerende partij de postdienst op 5 april 1990 «verzocht... om... op te sturen»;

Overwegende dat zulks geen bewijs ten genoegen van recht oplevert in de zin van artikel 85, § 1 en § 2, B.T.W.-W.; dat de wetgever redelijkerwijze toch niet bedoeld kan hebben dat een verzoek aan de postdienst om aan te tekenen, voldoende zou zijn om een lopende verjaring te stuiten, als een zodanig verzoek geen uitvoering zou kennen; dat het hier, duidelijkheidshalve, dus niet te doen is om de kennisgeving door de geadresseerde (wat bv. wel het geval zou zijn in het door eisende partij geciteerde cassatiearrest), maar wel om de eigenlijke verrichtingen van het aantekenen van een bericht;

Overwegende dat de litigieuze verjaringstermijn (10 april 1985 - 10 april 1990) bijgevolg bereikt was toen het dwangbevel van 8 augustus 1991 aan eisende partij werd betekend;

...

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUGGE

KORT GEDING – 16 FEBRUARI 1994

Voorzitter : de h. Van Ooteghem

Advocaten : mrs. Maenhout loco Tritsmans en De Mayer loco De Gryse

Arbitrage – Bewarende maatregelen – Bevoegde rechter

Een overeenkomst tot arbitrage staat er niet aan in de weg dat een partij aan de rechter een deskundigenonderzoek vraagt (art. 1679, 2°, Ger.W.).

N.V. M. t/ N.V. B.

1. De rechtspleging

Bij dagvaarding betekend op 9 februari 1994 vorderen eiseressen dat wij een deskundigenonderzoek bevelen in verband met de door eerste eiseres aan verweerster gegeven opdracht tot het vervoeren van 11.000 mt staalprodukten met het ms. “Inzhener Parkhonyuk” van Klaipeda (Litouwen) naar Ho-Chi-Minh-City (Vietnam).

Eiseressen zetten uiteen : dat eerste eiseres op 14 januari 1994 met verweerster een overeenkomst van scheepshuur

sloot voor het vervoeren van 11.000 mt staalprodukten met het voornoemd ms van Klaipeda naar Ho-Chi-Minh-City; dat verweerster de te vervoeren goederen ter beschikking zou leggen omstreeks 26 januari 1994 en dat het schip uiterlijk op 6 februari 1994 zou laden; dat eerste eiseres op 25 januari 1994 heeft meegedeeld dat het schip dezelfde dag zou afmeren aan kaai 13-14 te Klaipeda en dat de goederen konden worden aangeleverd; dat de goederen de daarop volgende dagen niet in de haven ter bestemming waren; dat eerste eiseres zich genoodzaakt zag het contract van scheepshuur als verbroken door verweerster te beschouwen waardoor deadfreight, die 671.000 USD bedraagt, ontstond; dat verweerster ten onrechte beweert dat de goederen wel aanwezig waren; dat dringend deskundigenonderzoek vereist is.

Verweerster concludeert tot de afwijzing van de vordering als ongegrond aanvoerend dat het contract bepaalt dat alle betwistingen aan arbitrage zullen worden onderworpen, dat de arbitrage zal plaatsvinden te Londen en dat het Engels recht van toepassing zal zijn.

Verweerster stelt dat wij moeten onderzoeken of het Engels recht ons toestaat de gevorderde onderzoeksmaatregel te bevelen en zo ja, of het recht van de staat waar de onderzoeksmaatregel uitgevoerd moet worden er zich niet tegen verzet dat wij het onderzoek bevelen.

Met betrekking tot de feiten legt verweerster uit dat zij zelf genoodzaakt was het contract te beëindigen daar de goederen klaar lagen voor inscheeping maar niet tijdig aan boord gebracht konden worden door de fout van eiseres, die verkoos eerst goederen bestemd voor China in het schip te laden.

Subsidair vraagt verweerster dat een onafhankelijke Londen Surveyor wordt benoemd en dat de opdracht van de deskundige uitgebreid wordt met een aantal punten.

Verweerster betoogt ook dat de deskundige enkel belast kan worden met het doen van vaststellingen en het geven van technisch advies maar niet met het horen van personen.

2. Bespreking

Aangezien verweerster een handelsvennootschap met zetel te Brugge is, zijn wij materieel en territoriaal bevoegd om kennis te nemen van de vordering.

De overeenkomst tot arbitrage tussen partijen staat er niet aan in de weg dat eiseres aan de rechter een deskundigenonderzoek vordert (art. 1679, 2°, Ger.W.; Lindemans, *Kort geding*, nr. 216).

Wij hoeven als rechter in kort geding de juiste draagwijdte van de overeenkomst tussen partijen niet te onderzoeken en wij hoeven met name niet uit te maken of het Engels recht, dat de overeenkomst tussen partijen beheerst, toelaat dat een partij zich wendt tot de rechter in plaats van tot de te nog aan te wijzen scheidslieden om een deskundigenonderzoek te vragen (vgl. noot in *T.B.H.*, 1991, 677, nr. 4).

Wij moeten alleen nagaan of er urgentie is en of er een schijn van rechten die de gevorderde maatregel verantwoordt, is.

Wij zijn van oordeel dat er urgentie voorhanden is en dat eiseressen goede gronden kunnen hebben om de onderzoeksmaatregel, die trouwens ook nuttig kan zijn voor verweerster, te vorderen.

Het onderzoek kan door ons, rechter van de woonplaats van verweerster, bevolen worden, zelfs al moet het in het buitenland uitgevoerd worden (Lurquin, *Traité de l'expertise*, uitgave 1985, nr. 84).

Wij bevelen derhalve het gevorderd onderzoek met dien verstande dat wij de deskundige alleen belasten met het doen van vaststellingen en met het geven van technisch advies.

De deskundige moet de partijen horen (art. 972, tweede lid, Ger.W.) en hen alle nuttige stukken doen voorleggen en hij moet alle nodige of nuttige inlichtingen inwinnen bij derden (Cloquet, *Deskundigenonderzoek*, nrs. 329 e.v.; Lurquin, o.c., nr. 151; Dufrene, *J.T.*, 1988, 188, nr. 50).

Wat betreft de persoon van de deskundige benoemen wij, gelet op de zeer dringende aard van het onderzoek, een deskundige die het onderzoek onmiddellijk kan aanvangen.

...

VREDEGERECHT TE AALST

1e KANTON – 11 JUNI 1991

Rechter: de h. Van Hove

Advocaten: mrs. Heyvaert en Ghysbrecht

Concubinaat – Afwezigheid van wettelijke regeling van wederzijdse rechten en verplichtingen van ongehuwd samenwonenden – Strijdigheid met artt. 8 en 14 E.V.R.M. – Gelijkwaardige juridische regeling als voor gehuwden – Verplichtingen tot hulp en bijdrage in de gezinslasten

Het bestaan van een wettelijke regeling van de wederzijdse rechten en verplichtingen van gehuwden en de afwezigheid van zo'n wettelijke regeling voor ongehuwd samenwonenden is in strijd met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. Het huwelijk vormt geen voldoende objectieve en redelijke grond om een onderscheiden behandeling te rechtvaardigen.

De ongehuwde samenwoning moet niet alleen in gelijke mate, maar ook, gezien de sterke feitelijke overeenkomst, op een gelijkwaardige wijze als een huwelijk worden beschermd. Dit houdt in dat de verplichtingen tot hulp (art. 213 B.W.) en tot bijdrage in de gezinslasten (art. 221 B.W.) ook moeten gelden tussen ongehuwd samenwonenden.

J. t/ W.

Overwegende dat partijen niet gehuwd zijn of waren; dat Maria J. in de loop van het jaar 1980 bij Marc W. is ingetrokken in diens woning aan de (...) te Erpe-Mere en zij sindsdien een feitelijk gezin zijn gaan vormen;

Dat aan hun verhouding een einde is gekomen eind 1990;

Overwegende dat J. Maria thans een maandelijks onderhoudsgeld van 50.000 frank vordert, argumenterend dat (...);

A. Over de wettelijke onderhoudsplicht

Overwegende dat er actueel geen wettelijke regeling van de wederzijdse rechten en verplichtingen van de ongehuwde samenwoners is, terwijl een wettelijke regeling voor de gehuwden er wel is;

Dat de ontstentenis van regeling van de ongehuwde samenwoning strijdig is met de combinatie van de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens: (...)

Overwegende dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel is dat geen onderscheid gemaakt mag

worden tussen het zogenaamd «wettig» gezin en het zogenaamd «onwettig» gezin en dat beide gezinsvormen de bescherming moeten genieten van artikel 8, lid 1, E.V.R.M. (cf. arrest Marckx van 13 juni 1979 en het arrest Johnston van 18 december 1986);

Dat het huwelijk geen voldoende objectieve en redelijke grond is om een onderscheiden behandeling te rechtvaardigen;

Dat de ongehuwde samenwoning niet alleen in gelijke mate, maar ook, gezien de sterke feitelijke overeenkomst, op een gelijkwaardige wijze als het huwelijk beschermd moet worden;

Dat, gelet op het discriminatieverbod, een soortgelijk juridisch statuut ontworpen dient te worden voor de ongehuwde samenwoning en dat dit statuut identiek moet zijn met het huwelijksstatuut ten aanzien van de bescherming van de gezinswoning en de plichten tot hulp en bijdrage in de lasten van het huishouden (cf. Willekens H., «De werking van grondrechten in de verhouding tussen samenwonende seksuele partners», in K. Rimanque, *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982, 386-388);

Dat dit betekent dat de hulpplicht (art. 213 B.W.) en de verplichting tot bijdrage in de gezinslasten (art. 221 B.W.) ook moeten gelden tussen ongehuwde samenwoners;

Overwegende dat levensonderhoud slechts toegestaan wordt naar verhouding van de behoeften van hem die het vordert en van het vermogen van hem die het verschuldigd is (art. 208 B.W.);

Dat hieraan moet worden toegevoegd dat de onderhoudsplichtige de schuld moet dragen van het uiteengaan van de partners (zie Rb. Gent, 9 januari 1984, *R.W.*, 1984-85, 2961);

...

NOOT – Zie en vergelijk Rb. Leuven, 3 juni 1991, *R.W.*, 1992-93, 130, met noot Roodhooft, J.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 3 februari 1992

Huur – Begrip – Prijs – Verbintenis tot iets anders dan tot een periodiek te vervallen huurprijs in geld – Beding dat de huurder geen huur verschuldigd is als de door de hoofdverhuurder aangestelde onderhuurder geen huur betaalt

In een handelshuurovereenkomst was bedongen dat de aansprakelijkheid van de hoofdhuurster, een brouwerij, beperkt is tot de prestaties van betaling die zij in werkelijkheid van de onderhuurder kon verkrijgen; een «akte van medeverbintenis» bepaalde dat de eigenaars zich solidair met de onderhuurder verbinden met de onderhuurder voor de goede uitvoering van de onderhuur. De onderhuurder werd door de eigenaars aangewezen. Het bestreden vonnis (Rb. Antwerpen, 2 oktober 1990) beslist dat die bepalingen de economie van de huurovereenkomst niet tenietdoen. Het

daartegen door de eigenaars aangevoerde middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat het vonnis oordeelt dat het de wil was van de partijen dat verweerster als huurder haar verplichtingen en risico zou beperken tot enerzijds een investingskrediet en een openingstaks en anderzijds tot de betaling van het bedrag dat zij effectief ontving van de door de verhuurder aangestelde onderhuurder;

«Overwegende dat het niet onverenigbaar is met het wezen van de huurovereenkomst dat de huurder zich tot iets anders zou verplichten dan tot een periodiek te vervallen huurprijs in geld en zou bedingen dat hij geen huur verschuldigd is als de door de hoofdverhuurder aangestelde onderhuurder geen huur betaalt;

«Dat het onderdeel, in zoverre het aanvoert dat de appelrechter het wettelijk begrip 'huur' heeft geschonden door een zodanige overeenkomst als een geldige huurovereenkomst te beschouwen, niet kan worden aangenomen;

«Overwegende dat voor het overige het onderdeel geen kritiek uitoefent op het bestreden vonnis maar doet gelden dat de overeenkomst zelf ongeldig is; dat het onderzoek van het onderdeel het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feiten, waarvoor het niet bevoegd is.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler – In de zaak: J. en M. t/ N.V. I.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 6 maart 1992

Handelshuur – Overdracht – Verzet van de verhuurder – Machtiging van de rechter – Hoofdelijkheid van overdrager en overnemer vanaf de datum van de kennisgeving van de overdracht – Ontheffing vóór het vonnis door de verhuurder toegestaan aan de overnemer – Bevrijdende werking voor de overdrager krachtens art. 1200 B.W.

In het eerste onderdeel van haar tweede middel tegen het bestreden vonnis (Rb. Antwerpen, 18 juni 1990) beweert eiseres dat de hoofdelijkheid tussen de overdrager en de overnemer van een handelshuur pas kan bestaan vanaf het moment dat de overdracht rechtens geldig is, in casu pas na de uitspraak van de rechter die het verzet van de eigenaar, eiseres, tegen de overdracht ongeldig verklaard heeft. Zij argumenteert dat een kwijtschelding die de eigenaar vóór die uitspraak aan de overnemer gegeven heeft, dat is op een moment dat de hoofdelijkheid (volgens haar redenering) nog niet bestond, de overdrager niet ten goede komt. Het middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat het onderdeel volledig steunt op de stelling dat, ingeval de verhuurder zich verzet tegen de overdracht door de hoofdhuurder van zijn gezamenlijke rechten en zijn verzet wordt verworpen, de overdracht slechts uitwerking heeft vanaf het vonnis van verwerping;

«Overwegende dat de overdracht van de handelshuur die voldoet aan de bepalingen van artikel 10, eerste lid, van de Handelshuurnet en waarvan overeenkomstig het derde lid van dat artikel door de huurder een ontwerp van de akte van overdracht betekend is, tegenover de verhuurder een overdracht is onder de opschortende voorwaarde dat de verhuur-

der binnen dertig dagen na de betekening geen verzet heeft gedaan tegen die overdracht of dat dit verzet door de rechter wordt verworpen;

«Dat door het vervullen van die opschortende voorwaarde de overdracht zijn volledige uitwerking krijgt vanaf de datum van de kennisgeving van de overdracht;

«Dat artikel 11, I, van de Handelshuurwet bepaalt dat, bij overdracht van de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder, de overnemer de rechtstreekse huurder wordt van de verhuurder, en dat artikel 11, III, van dezelfde wet bepaalt dat de oorspronkelijke huurder hoofdelijk gehouden blijft tot alle uit de aanvankelijke huur voortvloeiende verplichtingen;

«Dat artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de betaling door een van de hoofdelijke schuldenaars, de overige hoofdelijke schuldenaars bevrijdt;

«Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt: 1. dat de eerste verweerder op 20 november 1987 de handelszaak en de huur heeft overgedragen aan de tweede verweerder, onder de opschortende voorwaarde van afwezigheid van grond verzet door de verhuurster, 2. dat, op verzet van de verhuurster, de vrederechter bij vonnis van 17 februari 1989 'de huuroverdracht door (de eerste verweerder) machtigde' en 3. dat op 18 en 20 januari 1989 een akkoord werd gesloten tussen eiseres en de tweede verweerder, waarbij deze laatste van alle aansprakelijkheid werd ontheven;

«Dat het bestreden vonnis oordeelt dat door de voornoemde machtiging 'de huurrechten van tweede (verweerder) zijn komen vast te staan';

«Overwegende dat het bestreden vonnis, dat op grond van die vaststellingen beslist dat ook de eerste verweerder van zijn schuld werd bevrijd, naar recht is verantwoord en geen van de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaat: mr. De Gryse – In de zaak: Van den N. t/ D. en F.)

NOOT – Zie over dit arrest D. Meulemans, «De overdracht van een handelshuurovereenkomst», *Recente Cassatie*, 1992, 85-87.

KANTTEKENING

Vennootschap – Maatschappelijke benaming – Handelsnaam

Van mevr. Nicole Diamant, ondervoorzitter in de Rechtbank van Koophandel te Brussel, ontving de redactie het volgende schrijven:

Ik verwijs naar het arrest van het Hof van Beroep te Brussel (8e Kamer) dd. 19 oktober 1993, dat onlangs in uw tijdschrift gepubliceerd werd (*R.W.*, 1993-94, 884).

Dit arrest doet verschillende bedenkingen oprijzen.

Centraal in de motivering staat immers:

1° de zg. tegenstrijdigheid in de formulering van het voorwerp van de vordering door de oorspronkelijke eiseres (geïntimeerde), die in verband met het omstreden gebruik door verweerder van de benaming «Vertigo», nu eens verwijst naar het gebruik als handelsnaam, dan weer als vennootschapsnaam,

2° het ontbreken in de conclusie van eiseres, van de aanduiding van de rechtsgrond waarop de vordering gebaseerd is.

Aangaande het eerste punt, leest men echter in het arrest dat bij conclusie voor de eerste rechter, eiseres haar vordering gewijzigd had en de rechter aldus verzocht «appellante (oorspronkelijke verweerder) verbod op te leggen verder gebruik te maken van de handelsnaam Vertigo». De omstandigheid dat in het motiverend gedeelte van haar conclusie, eiseres ook de staking van de benaming «Vertigo» als vennootschapsnaam vorderde, houdt m.i. daarmede geen tegenstrijdigheid in.

Het bevel tot staken van het gebruik van een bepaalde benaming als handelsnaam omhelst immers tevens het staken van het gebruik van deze benaming als maatschappelijke benaming, wanneer laatstgenoemde ook in het zakenleven gebruikt wordt. Zo de naleving van het bevel tot staken, in dat geval, de wijziging van de vennootschapsnaam impliceert, vergt dit geen nadere omschrijving van het voorwerp van de vordering.

Wat het tweede punt betreft, komt de wens van het Hof dat de partij de rechtsgrond van haar vordering zou preciseren, als ongebruikelijk voor, waar de essentiële taak van de rechter er precies in bestaat de door de partij aangehaalde feiten, rekening gehouden met het voorwerp van de vordering, naar recht te kwalificeren en de aldus bepaalde rechtsregel eraan toe te passen (Krings, E., «L'office du juge dans la direction du procès», nrs. 30-32, *J.T.*, 1983, 519). Hierbij is het de rechter niet verboden de elementen van het geschil in hun geheel en naar gezond verstand te interpreteren.

Terzake was de keuze door eiseres van de specifieke vordering tot staken bepalend. Deze vordering maakt immers de uitgelezen gerechtelijke weg uit om de bescherming van de handelsnaam te bewerkstelligen. Zulks geschiedt bij toepassing van art. 93 WHPC, die de miskenning van andermans subjectief recht tot bescherming van zijn handelsnaam, ingevoerd bij art. 8 van het Unieverdrag van Parijs, als daad strijdig met de handelsgebruiken beteugelt. De lange en moeizame omweg die in het arrest verricht wordt, o.m. langs het vennootschapsrecht om, komt dan ook als overbodig voor.

Bedoelde omweg is des te minder begrijpelijk daar uit de rechtspraak van het Hof zelf, uitgaande weliswaar van een andere Kamer (Brussel, 22 januari 1993, *T.B.R.*, 1993, 660, met noot), af te leiden valt dat de vordering tot staken op grond van art. 93 WHPC, niet de geschikte vordering uitmaakt om te adïëren op grond van artt. 28 en 117 Venn.W.

De verdere verwijzing in het arrest naar art. 23, 3°, en 23, 8°, WHPC inzake reclame, blijkt evenmin gepast, daar het gebruik van de omstreden benaming in een reclameboodschap, slechts een vorm van gebruik is die ook bestreken wordt door art. 93.

Ondanks zijn geleerde inkleding kan dit arrest m.i. dan ook bezwaarlijk als rechtspraakreferentie dienen.

N. Diamant

BOEKEN

Milieuwetboek, Vlare I, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2e druk, 1993, ISBN 9063218486, 438 pp., 2.300 fr.

Milieuwetboek, Vlare II, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, ISBN 906321849-4, 652 pp., 2.300 fr.

De kritiek van het Sobemap-rapport op het waterzuiveringsbeleid van de toenmalige Maatschappij voor Waterzuivering (V.M.Z.) was een van de directe aanleidingen om heel wat bevoegdheden van deze administratie, van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij (O.V.A.M.) en van de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu (A.R.O.L.) te gaan coördineren en onder te brengen binnen één enkele administratie, de Administratie voor Milieu, Natuur en Landinrichting (AMINAL). Het decreet betreffende het bestuurlijk beleid van 12 december 1990 en haar uitvoeringsbesluiten gaven hieraan gestalte. In dit decreet kon men een aantal artikelen aantreffen als zouden de inbreuken betreffende de vergunning voor het verwijderen van decretale afvalstoffen en giftige afval opge-

spoord, vervolgd en bestraft dienen te worden overeenkomstig de bepalingen van het tot dan toe slapende Milieuvergunningsdecreet van 28 juni 1985. Het lag dan ook voor de hand en het was niet meer dan logisch dat de procedure voor het verkrijgen van een afvalverwijderingsvergunning operationeel zou worden, en dit dank zij het verschijnen van het besluit van de Vlaamse Executieve van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning in het Belgisch Staatsblad. Dit Vlare I-besluit gaf also uitvoering aan het Milieuvergunningsdecreet hetwelk zowel het stelsel van de lozings- als van de exploitatievergunning coördineerde om uiteindelijk te resulteren in de milieuvergunning. De afvalstoffenverwijderingsvergunning voorzag, zoals reeds gesteld, in dezelfde procedure voor het verkrijgen ervan terwijl de bouwvergunning dan er weer meer op werd afgestemd.

Gelet op de haast waarmee dit Vlare I-besluit tot stand kwam, diende het reeds bij de executievebesluiten van 27 februari 1992 en 28 oktober 1992 op heel wat plaatsen te worden aangescherpt. J. Heyman en L. Smout, de auteurs die voorzien met het prestigieuze Wetboek *Afval + Water* reeds hun sporen hadden verdiend, namen reeds eerder het initiatief om de gecoördineerde teksten in een *Wetboek Milieuvergunningen* te publiceren.

Ingevolge de qua omvang zo omvattende wijzigingen na de publicatie van het reeds vermelde uitvoeringsbesluit van 28 oktober 1992, met o.m. een totaal nieuwe indelingslijst, verscheen er in de loop van 1993 reeds een 2e druk met ditmaal als titel *Milieuwetboek - Vlare I*.

Het wetboek bestaat uit vier afzonderlijke delen. Het eerste deel bevat de gecoördineerde tekst van het kaderdecreet, het Milieuvergunningsdecreet. Het tweede deel bundelt de reeds verschenen uitvoeringsbesluiten van 23 maart 1989 betreffende de milieu-effectbeoordeling en het milieu-effectrapport (M.E.R.).

Titel I van het Vlare I of het Vlare I-besluit neemt als hoofdbrok het derde deel voor zijn rekening terwijl de talrijke bijlagen die hiervan een integraal deel uitmaken het vierde hoofdstuk vormen. De wetteksten werden voorzien van summiere commentaar of verwijzingen die een beter begrip van de artikelen garanderen. Naast een lijst van erkende laboratoria maken het chronologisch register en een uitvoerig trefwoordenregister het de gebruiker heel wat gemakkelijker zijn weg te vinden in de jungle van de milieuvergunning.

Zeër recent achtten de auteurs het nuttig om bij deze tweede druk van het Vlare I, die 438 pagina's beslaat, reeds te actualiseren. Deze eerste actualisering (42 pp.) behelst wijzigingen en verbeteringen en een volledige lijst van de erkende M.E.R.-deskundigen en kan worden opgeborgen in het daartoe voorziene driehoekig kadertje in plastic op de achterflap. Hiermee bewijzen de auteurs dat ze wel erg kort op de bal spelen; het maakt dit Milieuwetboek Vlare I up to date wat de rechtszekerheid van de rechtsonderhorige alleen maar ten goede kan komen.

Gelet op de dringende noodzakelijkheid — om het advies van de Raad van State werd niet verzocht — keurde op 7 januari 1992 de Vlaamse Executieve het besluit houdende vaststelling van het Vlaams reglement inzake milieuvoorwaarden voor hinderlijke inrichtingen goed. Dit omvangrijke besluit (818 artikelen) werd gebundeld als titel II van het Vlare I. Dit Vlare I-besluit behelst voornamelijk algemene of per categorie van inrichtingen geldende voorwaarden. Slechts elf maanden later werd dit reeds inmiddels gewijzigde besluit in zeven edities in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd. Ook dit besluit bundelden J. Heyman en L. Smout. Ditmaal onder de titel *Milieuwetboek - Vlare II*. In het voorwoord van dit in 1993 uitgegeven wetboek (652 pagina's) sparen de auteurs hun kritiek op de inhoud en redactie van dit besluit niet. En terecht. Naast de vaststelling van een aantal inconsequenties, stellen zij vast dat het besluit het gestelde doel voorbijschiet. De wil een allesomvattende regeling van allerlei uitvoeringsmaatregelen van het milieu-recht vast te leggen, garandeert immers later zoals het is de leesbaarheid en hanteerbaarheid ervan.

Het besluit behelst 33 hoofdstukken met drie bijlagen. In dit Milieuwetboek, zijn een randnummering per alinea en een trefwoordenregister dat verwijst naar de randnummering opgenomen, wat het de gebruiker mogelijk maakt vlugger de artikelen waarin hij geïnteresseerd is, op te sporen. Vooral de qua letter-type en lay-out zeer degelijke inhoudsopgave, met verwijzing naar de overeenstemmende pagina, is voor de practicus onmisbaar om in dit bos van artikelen de bomen te kunnen zien.

Beide Milieuwetboeken Vlare I en Vlare II van J. Heyman en L. Smout, beide uitgegeven bij Kluwer Rechtswetenschappen, zijn voor de rechtspracticus, de ambtenaar en de ondernemer een onmisbaar instrument.

Wijzigingen en aanpassingen zullen niet uitblijven. Leefmilieurecht is immers een erg dynamisch recht. Onbegrijpelijk en jammer blijft het echter dat de interuniversitaire commissie voor de herziening van het leefmilieurecht in het Vlaamse gewest bij de voorbereiding van titel I en titel II van het Vlare I nooit geconsulteerd werd. Deze commissie echter heeft inmiddels reeds heel wat besluiten van haar drukke werkzaamheden bekend gemaakt, die eens zullen resulteren in een aantal ontwerpen van decreet. Er is nog werk voor de boeg.

Paul Morrens

M. COGEN, *Inleiding tot het volkenrecht*, Mys en Breesch, Gent, 1993, 210 pp.

In dit boek publiceert professor Marc Cogen de inleidingscursus Volkenrecht die hij aan de Universiteit Gent doceert in de kandidaturen rechten en politieke wetenschappen. Cursussen vinden steeds sneller de weg naar de commerciële uitgever: de omzet is verzekerd.

Cogens boek maakt de gestelde doelstelling van een eerste kennismaking met de materie waar. Het boek behandelt, met veel aandacht voor het historisch perspectief, het klassieke volkenrecht van de coëxistentie tussen staten. Conflictregeling neemt er een belangrijker plaats in dan internationale samenwerking: internationaal ontwikkelingsrecht komt bijvoorbeeld nauwelijks aan bod. Aan het internationaal humanitair recht wordt daarentegen, aan het eind van het boek, bij wijze van stevig nagerecht, een volledig hoofdstuk gewijd. Het internationaal milieurecht komt wel aan bod, maar dan onrechtstreeks, als een uit het hemd gegroeid onderdeel van het hoofdstuk over de aansprakelijkheid van de staat. Andere invalshoeken dan aansprakelijkheid zijn denkbaar; de gekozen invalshoek lijkt een gevolg van de onuitgesproken optie om internationale verhoudingen vooral in het teken van geschillenoplossing te verstaan.

Aan klassieke thema's is er verder geen gebrek: de bronnen van het volkenrecht, de verschillende subjecten (staat, internationale organisatie, individu), essentiële gegevens over internationale en Europese instellingen, en, in de woorden van de auteur, over de twee belangrijkste juridische instrumenten voor het voeren van een internationaal beleid: de vertegenwoordiging (het diplomatiek en consulaire recht) en het verdragenrecht.

Het mooie aan het geven van een basiscursus op de universiteit is dat je de theoretische onderbouw van je discipline door het doceren en vatten in een handboek elk jaar opnieuw opfrist. Bij de behandeling van een concreet, actueel probleem is zoiets vaak heel denkbaar. Aan gebruikers van dit boek komt in zekere mate hetzelfde voorrecht toe: je haalt het uit de kast om je het begin te herinneren.

Koen De Feyter

J. DE RUITER en J.K. MOLTMAYER, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, veertiende druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 878 p.

Het personen- en familierecht dat in de Asser-reeks in twee delen werd gecommentarieerd (deel I, tweede druk, deel II, dertiende druk) werd thans in veertiende druk tot één werk samengevoegd. Deze nieuwe druk wordt gekenmerkt door twee belangrijke ontwikkelingen: 1) de toenemende invloed van het EVRM, die volledig is doorgedrongen in de rechtspraak van de Hoge Raad die, soms gevolgd door de wetgever, belangrijke delen van het familierecht herschrijft; 2) de invoering van grote delen van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, wat zijn weerslag heeft op het huwelijksvermogensrecht.

Aan het werk werd een algemene inleiding toegevoegd waarin de auteurs de historie van het familierecht schetsen. Ook hier vestigen zij de aandacht op het EVRM. Zij wijzen erop dat de invloed

van het EVRM in de Nederlandse samenleving een open verbinding heeft aangebracht tussen het recht en de veranderende maatschappij, en de overgang van een gesloten naar een open systeem heeft in de hand gewerkt. Terzelfder tijd wijze ze erop dat deze nieuwe wijze van rechtsvinding en rechtstoepassing een vermindering van de rechtszekerheid met zich brengt, daar de rechterlijke beslissing minder voorspelbaar is geworden (p. 13). Het gemis aan rechtszekerheid kan alleen door een snel optreden van de wetgever worden opgevangen.

Inzake het primair stelsel valt de invloed van de invoering van het derde, vijfde en zesde boek van het nieuw B.W. op de handelingsbevoegdheid van de echtgenoten wordt thans geregeld in het nieuwe art. 8, dat de vroegere regelingen van de artt. 88 en 89 samenvoegt en wijzigt. Art. 90 bevat een nieuwe algemene bestuursregeling. Aan te stippen valt dat de zekerheidsstelling niet de toestemming van de andere echtgenoot vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een N.V. of van een B.V., die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de zekerheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

Zoals de tontine en de aanwas in België veelvuldig worden gebruikt om de langstlevende partner van een buitenhuwelijkse relatie te verbeteren, is dit ook in Nederland het geval voor het verblijfsbeding. Het beding krijgt er echter tegenwind en is er met ingang van 1 januari 1985 binnen het bereik van het successierecht gebracht (art. 24). Hebben de concubanten gedurende minstens vijf jaar een gemeenschappelijke huishouding gevoerd, dan wordt het beding balast zoals het verblijfsbeding tussen echtgenoten, de auteur bevestigt dat het beding civielrechtelijk als een kanscontract wordt beschouwd, voor zover de kansen van partijen gelijk blijven. Voor het geval er toch een bevoordeling van de langstlevende is, wijst de auteur erop dat dit dan in der regel zal zijn geschied om de woon- en leefsituatie van de langstlevende echtgenoot te bestendigen zodat er veelal sprake zal zijn van de voldoening aan een natuurlijke verbintenis.

Voor de in België allengs op gang komende gesprekken over een algehele hervorming van het echtscheidingsrecht, bevat het hoofdstuk over de echtscheiding heel wat nuttige informatie, ook rechtsvergelijkende, die de discussie kan stofferen.

W. Pintens

J.W. DE ZWAAN, Het Comité van Permanente Vertegenwoordigers. Ontstaan, werkwijze en rol in de besluitvorming van de Europese Gemeenschappen, Europese monografieën nr. 42, Kluwer, Deventer, 1993, 494 pp.

Met dit proefschrift wordt een fundamentele en originele bijdrage geleverd tot de studie van het Europees-communautaire besluitvormingsproces. Voor niet-insiders is het immers vaak een mysterie welke rol nu precies aan het Comité van Permanente Vertegenwoordigers in de voorbereiding van de communautaire wetgeving moet worden toegewezen. Het feit dat de heer De Zwaan het communautaire radarwerk van binnen uit heeft kunnen meemaken door zelf eerst vijf jaar op de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging te Brussel werkzaam te zijn en nadien als juridisch adviseur van het Ministerie van Buitenlandse Zaken te Den Haag verder het Brussels gebeuren van nabij heeft kunnen volgen, maakt van de auteur een bevoorrechte getuige. Dat hij bovendien de nodige wetenschappelijke «afstand» in acht heeft kunnen nemen heeft tot gevolg dat thans aan de lezers een zeer doordacht, beoeiend, goed structuureerd en vooral nuttig werkinstrument wordt geleverd. Allereerst wordt het ontstaan van het Comité alsook de organisatie van de Permanente Vertegenwoordiging besproken. Hierop volgt een onderzoek van de functies van de Permanente Vertegenwoordiger, waarna uitvoerig de taken en bevoegdheden van het Coreper als zodanig aan bod komen. Speciale aandacht wordt hierbij geschonken aan de rol van het Coreper bij de totstandkoming van de externe betrekkingen van de Gemeenschap. De werkwijze van het Comité in de praktijk wordt minutieus beschreven alsook de positie die het inneemt in de institutionele structuur van de Unie en de Gemeenschappen. Het geheel wordt afgesloten met een aantal bespiegelingen over de rol en taak van het Comité in de toekomst. De belangrijkste boodschap hierbij is dat het Comité de consistentie van het

algemene Unie-beleid kan bevorderen op voorwaarde dat de Permanente Vertegenwoordiger de nodige ruimte krijgt.

Het Comité van Permanente Vertegenwoordigers komt in de communautaire basisverdragen voor (art. 151 EEG-Verdrag, art. 30 EGKS-Verdrag en art. 121 Euratom-Verdrag) en heeft als taak «de werkzaamheden van de Raad voor te bereiden en de door de Raad verstrekte opdrachten uit te voeren». Het Comité, dat ondergeschikt is aan de Raad, is evenwel geen «instelling» van de Europese Unie en heeft geen eigen beslissingsbevoegdheid. Vooral in het «voorbereiden» van de werkzaamheden van de Raad heeft het Comité een strategische positie verworven. De auteur onderzoekt dit in de relaties die het Comité onderhoudt met de Commissie, de Raad en het Europees Parlement. Een van de meest delicate punten is ongetwijfeld de relatie tot de Commissie. Herhaaldelijk is de vraag gerezen of de «filter-rol» van het Coreper de prerogatieven van de Commissie niet ondermijnt. Volgens de auteur is dit echter «geen werkelijk probleem». De goede werking van de communautaire wetgevingsprocedures vereist samenwerking en een forse dosis werkelijkheidszin. Hierbij blijft de Commissie beschikken over een grote beleidsmarge. Zij kan steeds haar voorstellen intrekken, ongewijzigd laten of wijzigen. De Raad kan bovendien slechts met eenparigheid van de door de Commissie gedane voorstellen afwijken.

Op papier is dit ongetwijfeld juist maar dat belet niet dat in het verleden hier wel problemen hebben kunnen rijzen. De enige kritiek of het proefschrift is dat casestudies of analyse van concrete voorbeelden nagenoeg volledig ontbreken. Het zou nochtans nuttig geweest zijn als illustratie enkele concrete spanningsvelden en de uiteindelijke uitkomst te beschrijven. Wellicht zal de eigen betrokkenheid van de auteur om hierop in detail in te gaan een rem zijn geweest maar anderzijds zou het transparantie van de besluitvorming in de praktijk hebben bevorderd, en dit is ook een van de doelstellingen van het Akkoord van Maastricht.

Prof. Marc Maresceau

O. VANACHTER (red.), Arbeidsrecht. Confrontatie tussen theorie en praktijk, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1993, 483 pp.

Arbeidsrecht. Confrontatie tussen theorie en praktijk betreft een bundel van een twintigtal beknopte verhandelingen over actualiteitsgebonden onderwerpen van de hand van staf en/of oud-stafleden van het Leuvense Instituut voor Arbeidsrecht. De volgende thema's komen in het werk aan bod: de toepasbaarheid van het arbeidsrecht in multinationale arbeidsverhoudingen (M. Houben), de juridische duiding van de overeenkomst tussen ziekenhuis en ziekenhuisgeneesheer (C. Engels), telewerk (B. Oversteyns), de deeltijdse arbeid (J. De Cock), het juridisch statuut van het personeel van de vrije universiteiten (A. Naessens), stages van studenten in opleiding (Van Hoestenbergh), één statuut voor de sportbeoefenaar (R. Blanpain), gelijke behandeling: twee opmerkelijke arresten van het Hof van Justitie en van het Arbitragehof (R. Blanpain), informatica en arbeidsrecht (J. Dumortier), de aansprakelijkheid van de werknemer t.a.v. derden (Ph. De Jaegere), de dringende reden in de praktijk (J. Vandenbosch), enkele problemen uit het collectief arbeidsrecht (O. Vanachter), ondernemingen in moeilijkheden (R. Nieuwdorp), gerecht en advocaat in collectieve arbeidsgeschillen (C. Bevernage), het vrije verkeer van werknemers in het Europees gemeenschapsrecht (H. Verschuere), labour law models in transitie (M. Vrancken), ondernemingsoverleg inzake tewerkstelling (A. De Koster), enkele bedenkingen over het Belgisch federaal overlegmodel in de toekomst (J. Walgraeve) en arbeidsrecht en bevordering van de tewerkstelling (R. Blanpain).

Arbeidsrecht. Confrontatie tussen theorie en praktijk betreft in wezen een interessante getuigenis van de «retrouvailles» van het Leuvense Instituut voor Arbeidsrecht en een pléiade van gewezen medewerkers, die elk op hun wijze in het arbeidsrecht actief zijn gebleven. Het is de onbetwiste verdienste van R. Blanpain en O. Vanachter om, met en door de uitbouw van het Instituut, een substantiële bijdrage te hebben geleverd tot de ontplooiing van een volwaardig rechtswetenschappelijk onderzoek op het stuk van de arbeidsverhoudingen. Het «saluut», dat het Leuvense Instituut door en met dit werk aan zijn stichter en aan de medewerkers wil brengen, komt ons dan ook bijzonder passend over. Zonder Blanpain,

Vanachter en hun medewerkers had de wetenschappelijke studie van het arbeidsrecht in België allicht nooit de vlucht kunnen nemen, die het thans genomen heeft.

Ondanks de dispariteit m.b.t. de aangesneden onderwerpen en het verschil in diepgang van de juridische analyse, vertoont het gecommuniceerde werk de kenmerken die de geschriften van de «Leuvense school» over de jaren heen zijn gaan karakteriseren. Deze kentrekken betreffen zowel de keuze van de onderzoeksthema's, het onderzoekskader, als de onderzoeksmethode en kunnen als volgt worden omschreven: het opteren voor *aan de beleidsactualiteit gebonden onderwerpen*, een juridische analyse *gebaseerd op feiten*, *zoals deze uit arbeidssociologisch of sociaal-economisch onderzoek naar voren komen* en een rechtsonderzoek daar waar het kan beheerst door *de autonomie en de specificiteit van het arbeidsrecht*. In het onderzoek, georganiseerd door het Leuvense Instituut, is het beleid nooit veraf. De onderzoeksonderwerpen sluiten ofwel aan bij beleidsbeslissingen, of ondersteunen de behoefte eraan. Deze optie brengt met zich dat het onderzoek zich vooral toespitst op regelgeving en minder op jurisprudentie; m.a.w., ontwikkelingen in de jurisprudentie vormen in regel geen onderzoeksobjecten op zich. Jurisprudentie wordt gehanteerd als een instrument ter ondersteuning van het beleidsgerichte onderzoek. De actualiteitsgerichtheid van de aangesneden onderzoeksthematiek is gerelateerd aan de regelgeving of de (veronderstelde) behoefte aan regelgeving. Het Leuvense Instituut kwam tot stand en bloeide in een periode waarin, vooral onder invloed van de rechtssociologie, de verwevenheid tussen het arbeidsrecht en feitenmateriaal afkomstig en verwerkt in andere onderzoeksdisciplines, werd beklemtoond. Deze interactie tussen recht en andere disciplines is een troef die de Leuvense onderzoekers tot op heden terecht zijn blijven uitspelen. Het laten aansluiten van het arbeidsrechtelijk onderzoek op de feiten verdient wellicht sterke aanbeveling, voor zover deze onderzoeksattitude niet neigt tot een onderschatting van een eigen juridische realiteit. Het recht is niet alleen gerelateerd aan de realiteit, het maakt integrerend deel uit van de realiteit.

Een derde element dat het Leuvense onderzoek ongetwijfeld typeert, betreft het onderstrepen van de eigenheid of specificiteit van het arbeidsrecht. Terecht wordt er bij het zoeken naar oplossingen voor rechtsproblemen van uitgegaan dat het arbeidsrecht eigen (zij het) zich ontwikkelende kenmerken bezit. Evenzeer terecht wordt dan ook, daar waar het juridisch aanvaardbaar en toelaatbaar is, voorrang verleend aan de toepassing van de arbeidsrechtelijke regel boven de gemeenrechtelijke regel.

Hierboven wezen we reeds op het (gewilde) disparate karakter van het werk. Conceptueel kunnen drie types van bijdragen onderscheiden worden: allereerst bevat de bundel eigenlijke rechtswetenschappelijke verhandelingen; voorts zijn er de «getuigenissen» uit de diverse praktijkvormen van het arbeidsrecht en ten slotte zijn ook arbeidsrechtelijke beleidsvoorstellen in het verzamelwerk opgenomen. De ruggegraat van het werk wordt gevormd door een reeks gedegen rechtswetenschappelijke studies. Tot deze groep behoren zeker de verhandelingen van onder meer: Houben over de toepasbaarheid van het arbeidsrecht in multinationale arbeidsverhoudingen, Engels over de rechtspositie van de ziekenhuisgeneesheer, Oversteyns over telewerk, Naessens over de rechtspositieregeling van het personeel van de vrije universiteiten, Dumortier over informatica en arbeidsrecht, De Jaegere over de aansprakelijkheid van de werknemer t.a.v. derden, Verschueren over het vrije verkeer van werknemers en Vanachter over de problematiek van het Aanvullend Nationaal Paritair Comité voor Bedienden en het toepassingsgebied van het ARAB. Naast die volgens de traditioneel wetenschappelijke methode uitgewerkte studies, is het werk ook nog een reeks verhandelingen rijk, die het accent leggen op een praktijkgerichte benadering van het onderwerp. Niet zelden betreft het o.i. «getuigenissen vanuit de praktijk» of «praktijkgerichte» benaderingen van de problematiek. Tot deze categorie bijdragen behoren onder meer de teksten van: Van Hoestenbergh over de stages van studenten in opleiding, De Cock over deeltijdse arbeid, Vandebosch over de dringende reden in de praktijk, Nieuwdorp over ondernemingen in moeilijkheden, Bevernage over collectieve arbeidsschillen, De Koster over ondernemingsoverleg inzake werkgelegenheid en Walgrave over het Belgisch federaal overlegmodel. Hoewel de meeste van deze «getuigenissen» een vloed aan zeer interessante informatie bevatten, valt het te betreuren dat sommige auteurs in hun bijdrage enigerlei bronverwijzing achterwege hebben

gelaten. Zo bevatten de teksten van Nieuwdorp, De Koster en Walgrave een rijkdom aan gegevens, waarvan de herkomst niet altijd duidelijk nagetrokken kan worden. Ten slotte zal het de lezer wellicht opgevallen zijn dat, in tegenstelling tot de andere «getuigenissen» die inhoudelijk elk op zich stevige stukken vormen, de tekst van De Cock iets of wat uit de toon valt. In deze bijdrage, die handelt over modaliteiten van deeltijdse arbeid bij de N.V. Philips, stoort ons niet zozeer het publicitaire trekje, maar veeleer de afwezigheid van enige kritische reflectie t.a.v. de eigen praktijkbeleving.

De bundel bevat ten slotte nog enkele heuse beleidsvoorstellen van de hand van R. Blanpain in verband met het uitwerken van één statuut voor de sportbeoefenaar en in verband met arbeidsrecht en de bevordering van de werkgelegenheid. Deze voorstellen liggen rechtstreeks in het verlengde van eerder verrichte studies van de auteur. Met deze doordachte en degelijk geadstrueerde voorstellen bewijst Blanpain andermaal dat maatschappelijke betrokkenheid en rechtswetenschappelijk onderzoek uitstekend met elkaar te verzoenen vallen.

Arbeidsrecht. Confrontatie tussen theorie en praktijk hoort zeker thuis in de Bibliotheek van elke arbeidsjurist, niet alleen wegens het «intellectueel terugzien» met een schare zeer interessante juristen die het Instituut voor Arbeidsrecht mee hebben helpen uitbouwen, maar vooral wegens de schat aan ideeën dat het werk bergt.

Marc Rigaux

MEDEDELINGEN

A.P.R.-Prijs 1993-94

De Algemene Practische Rechtsverzameling looft ieder jaar een prijs uit voor de beste verhandeling geschreven door een licentiaatstudent in de rechten. Deze prijs wordt per rechtsfaculteit toegekend. De winnaars voor het academiejaar 1993-94 zijn:

- voor de U.G.: Dirk Heirbaut, "Het beroep in burgerlijke zaken, zin of onzin?"
- voor de K.U.L.: Kristof Uytterhoeven, "Transsexualiteit en wijziging van de geboorteakte naar Belgisch en Nederlands recht"
- voor de U.I.A.: Luc Vael, "Grondige analyse van het veinzingsconcept naar Belgisch recht"
- voor de V.U.B.: Koen Troch, "Het medisch beroepsgeheim en zijn impact op de levensverzekering".

Prijs van de «Revue critique de jurisprudence belge»

De *Revue critique* heeft een vijfjaarlijkse prijs ingesteld ter beloning van de auteur of auteurs van een hoogstaand wetenschappelijk werk dat een wezenlijke bijdrage levert tot de ontwikkeling van de rechtswetenschap in één van de materies die gewoonlijk in de *Revue critique* worden behandeld. De bijzondere bedoeling is het aanmoedigen van jonge auteurs met talent.

Het werk moet hoofdzakelijk, doch niet uitsluitend, betrekking hebben op het Belgisch recht. De bijdrage moet in het Frans of het Nederlands zijn opgesteld.

Bijdragen of scripties die geen grotere draagwijdte hebben dan een artikel, komen niet in aanmerking.

De prijs zal voor de tweede maal worden toegekend in 1995. Hij bedraagt 500.000 fr.

De jury zal enkel rekening houden met werken die werden gepubliceerd in een periode van vijf jaar vóór 15 januari 1995. Het werk moet vóór deze datum in zes exemplaren ter attentie van de juryleden worden overgemaakt door verzending aan het adres van professor Pierre Coppens, Louizalaan, 385 (bus 1), 1050 Brussel.