

BEOORDELINGSVRIJHEID IN DIENSTVERBAND : NA DE GENEESHEER, OOK DE ADVOCaat ONDER ARBEIDSOVEREENKOMST ?

I. INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

Sedert de eerste wetgevende tussenkomst door middel van de wet van 10 maart 1900 op de Arbeidsovereenkomsten voor Werklieden, is de arbeidsovereenkomst, in vergelijking met andere contracten, voornamelijk getypeerd geworden door het aanwezig zijn van een gezagsrelatie, nl. de mogelijkheid en het recht van de werkgever om bevelen te geven en de daarmee samenhangende verplichtingen voor de werknemer om die bevelen uit te voeren ¹.

Daardoor onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich trouwens van elke andere overeenkomst en in het bijzonder van die waarbij menselijke activiteiten betrokken zijn. Dat draagt ertoe bij de grenzen van het arbeidsrecht en zelfs van het sociale-zekerheidsrecht voor werknemers af te bakenen ².

Het begrip ondergeschiktheid is voor alles een utilitaristisch criterium. Het is het enige middel aan de hand waarvan men met zekerheid kan bepalen of men te maken heeft met (ver)huur van diensten, dan wel met een aannemingscontract ³. Een aannemingsovereenkomst is immers een contract waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de aanbesteder, verbindt een bepaald werk tegen een bepaalde prijs tot stand te brengen ⁴. Van de drie constituerende elementen die een arbeidsovereenkomst uitmaken, nl. arbeid, betaling en gezag, zijn er twee ook aanwezig in de aannemingsovereenkomst: arbeid en betaling. Het verschil tussen beide ligt in het derde element: de gezagsrelatie ⁵. Ook een zelfstandige levert een arbeidsprestatie tegen beloning, maar hij doet dit niet onder het gezag van zijn opdrachtgever.

Doordat de werkgever het recht heeft bevelen te geven en controle uit te oefenen is de gezagsverhouding een juridisch gegeven: het maakt de werkgever juridisch afhankelijk van zijn werkgever. Wie economisch afhankelijk is van iemand anders, is daarom nog niet juridisch afhankelijk. Het bewijs van een economische afhankelijkheid volstaat dus niet om te besluiten tot de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst ⁶.

De gezagsverhouding heeft in de loop van de voorbije decennia een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt van een absoluut bevelrecht naar een steeds grotere flexibiliteit van de gezagsuitoefening.

Als belangrijkste factoren voor die ontwikkeling kunnen o.m. worden aangehaald: het technisch ingewikkelder en ook complexer worden van de productie- (en dus van ook de arbeids-) verhoudingen, het juridisch vervagen en het abstracter worden van het begrip «werkgever» (vooral in grote ondernemingen, al dan niet van internationale structuur), gepaard gaande met het anoniemer worden van het kapitaal, het humaner worden van de arbeidsrelatie en het uitbreiden van de ondergeschikte tewerkstelling naar een steeds grotere groep arbeidskrachten, zelfs naar de vrije beroepen.

Zo kwam men, van het cumulatief aanwezig zijn van én gezag én leiding én toezicht als wettelijk en jurisprudentieel criterium, tot de loutere mogelijkheid van het uitoefenen van het recht op gezag als enig element van beoordeling ⁷.

De zojuist vermelde factoren en ontwikkeling hebben met zich meegebracht dat heel wat werknemers, in de uitvoering van hun arbeidsovereenkomst, een technische, morele en sociale onafhankelijkheid genieten, die men zou kunnen noemen beoordelvrijheid.

¹ JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, nr. 115; STEYAERT, J., *Arbeidsovereenkomst*, A.P.R., Gent, Story-Scientia, 1990, nr. 34; VANACHTER, O., «Het toepassingsgebied van het arbeidsrecht», *T.P.R.*, 1987, 67; Cass., 23 januari 1959, *Pas.*, 1959, I, 544; Cass., 20 maart 1967, *Pas.*, 1967, I, 880; Cass., 28 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 774.

² JAMOULLE, M., o.c., 115; COX, G. en WEYNS, M., *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 15.

³ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, 845; VANACHTER, O., «Arbeid in ondergeschikt verband», in MERGITS, B., VANACHTER, O., VAN EECKHOUTTE, W., en VOTQUENNE, D. (red.), *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, Antwerpen, Kluwer, losbl., I, 110, 10.

⁴ *Sociaalrechtelijk Woordenboek*, tw. aanneming/aanneming van werk.

⁵ SIMOENS, D., «Knelpunten in het toepassingsgebied van de sociale zekerheidsregelingen voor werknemers en zelfstandigen», *T.P.R.*, 1987, 95; VAN LIMBERGHE, G., «Schijnzelfstandigen, quasi-werknemers, loze werkgevers en neo-koppelbazen, naar een kwalificatietheorie», *R.W.*, 1991-92, 60.

⁶ VANACHTER, O., «Het toepassingsgebied van de arbeidsovereenkomstenwet», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, II, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1987, 8; Cass., 2 november 1992, *J.T.T.*, 1993, 65; Arbh. Bergen, 22 april 1982, *J.T.T.*, 1983, 7. *Contra*: perifere aanvaarding van economische afhankelijkheid; zie ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 230.

⁷ DELHUVENNE, M., «Algemene problematiek van de individuele arbeidsovereenkomst», in BLANPAIN, R. (red.), *Arbeidsrecht*, C.A.D., losbl., Brugge, Die Keure, nrs. 214-218; JAMOULLE, M., o.c., 151; VAN STEENBERGE, J., «Zijn professoren (slechts) bedienden?», *T.S.R.*, 1976, 12; VAN STEENBERGE, J., «Academische vrijheid en de arbeidsrechtelijke situatie van het academisch personeel», *R.W.*, 1974-75; 2629; MORGENTHAU, L., «La subordination», *T.S.R.*, 1960, 156; ELST, R., «Het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor bedienden en de verzekeringsplicht t.o.v. de sociale zekerheid van marginale gevallen», *R.W.*, 1968-69, 966; Cass., 15 februari 1962, *T.S.R.*, 1962, 357; Cass., 6 juni 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 1209, *R.W.*, 1968-69, 939; Arbh. Bergen, 14 januari 1985, *J.T.T.*, 1985, 151; Arbrb. Antwerpen, 3 april 1975, *R.W.*, 1974-75, 2419; Arbrb. Antwerpen, 7 september 1982, *T.S.R.*, 1983, 145; Arbrb. Brussel, 2 februari 1987, *J.T.T.*, 1988, 237.

Evenwel oordeelde de jurisprudentie nog tot het begin van de vijftiger jaren dat die technische en intellectuele onafhankelijkheid volstrekt onverenigbaar was met arbeid in ondergeschiktheid⁸. Hoewel de discussie gevoerd door de feitenrechter voornamelijk handelde over het al dan niet aanwezig zijn van een gezagsrelatie met betrekking tot vrije beroepen zoals die van architect, apotheker, journalist, en voornamelijk geneesheer, werd de vraag ook gesteld in verband met beroepen zoals die van accountant, fysiotherapeut, artiest en leraar in vrije scholen⁹.

Algemeen werd beslist dat de intrinsieke aard van de prestaties niet toeliet dat ze zonder meer in dienstverband uitgeoefend werden, omdat dit niet te verzoenen was met de plicht om de beroepsdeontologie te respecteren. Voor de beoefenaar van vrije beroepen werd in het bijzonder de waardigheid, het hoogintellectuele karakter en het grote aanzien van de professie onverenigbaar geacht met een arbeidscontract¹⁰.

Thans zijn de controversen rond de vraag of bepaalde beroepen, ook de vrije, binnen of buiten de grenzen van de arbeidsovereenkomst liggen, meestendeels uitgewoed. Geleidelijk aan werd zowel door de doctrine¹¹ als door de jurisprudentie aangenomen dat zowat alle beroepen, ook de vrije, in ondergeschiktheid kunnen worden uitgeoefend.

Zo bevond het Hof van Cassatie dat het feit dat iemand een zekere vrijheid behoudt in de uitoefening van zijn werk, ondergeschiktheid niet uitsluit¹²; dat zelfs wanneer de aard van het werk een zekere onafhankelijkheid en persoonlijke verantwoordelijkheid met zich meebrengt, er toch een gezagsrelatie kan bestaan¹³; dat een band van ondergeschiktheid kan bestaan zelfs wanneer de bediende zijn volle zelfstandigheid van werken behoudt¹⁴; dat er sprake kan zijn van een gezagsrelatie zelfs wanneer gezag, leiding en toezicht niet ononderbroken worden uitgeoefend en dat het voldoende is dat de werkgever het recht heeft bevelen te geven omtrent de organisatie en uitvoering van het werk¹⁵; dat degenen die in de uitoefening van hun kunde een zekere vrijheid genieten, dit perfect in ondergeschiktheid kunnen

doen¹⁶; dat technische onafhankelijkheid en de persoonlijke plicht een beroepsdeontologie te respecteren, volstrekt verzoenbaar zijn met een band van ondergeschiktheid¹⁷.

Zo wordt thans algemeen aanvaard dat geneesheren, architecten, journalisten, apothekers... in dienstverband kunnen worden tewerkgesteld, zonder daarom hun beoerdelingsvrijheid aangetast te zien.

In dit perspectief valt het op dat, in tegenstelling tot de situatie in onze buurlanden, het beroep van advocaat niet in ondergeschiktheid wordt uitgeoefend. Naar de redenen en oorzaken hiervan kan slechts worden gegist. De weerstand binnen de officiële organen van het beroep, berust wellicht voornamelijk op de beschouwing dat de opdracht van de advocaat uitermate specifiek is, en op deontologische bezwaren.

In dit opstel zal worden nagegaan of de argumenten *contra* de ondergeschiktheid van waarde zijn, in het bijzonder door het beroep van advocaat te vergelijken met dat van geneesheer. Aangezien beide beroepen nogal wat gelijklopende karakteristieken vertonen, lijkt dit nuttig te zijn.

II. DE GENEESHEER IN DIENSTVERBAND

A. Wettelijke grondslag voor het uitoefenen van de geneeskunde

1. Algemeen

De uitoefening van de geneeskunde wordt geregeld door het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies¹⁸.

Art. 2, § 1, tweede lid, van het besluit beschrijft zes handelingen die onder de uitoefening van het beroep van arts moeten worden begrepen: 1) het onderzoeken van de gezondheidstoestand; 2) het opsporen van ziekten en gebreken; 3) het stellen van een diagnose; 4) het instellen of 5) het uitvoeren van een behandeling van een fysische of psychische, werkelijke of vermeende pathologische toestand, en 6) de inenting.

Deze definitie werd uitgewerkt ten einde de delictomschrijving van onwettige uitoefening van de geneeskunde mogelijk te maken: wie gewoonlijk dergelijke handelingen verricht zonder aan de voorwaarden voor de uitoefening van de geneeskunde te voldoen, stelt zich bloot aan een gevangenisstraf van acht dagen tot zeven maanden en/of een geldboete van 500 tot 5000 fr.¹⁹

Doordat de onwettige uitoefening van de geneeskunde strafbaar is, verkrijgt de arts een monopolie. Voor iedereen die geen arts is, geldt het verbod de geneeskunde uit te oefenen²⁰.

Dat heeft onmiskenbaar te maken met de bezorgdheid om tot een zo groot mogelijke kwaliteit in de medische hulp te

⁸ Wrr. Ber. Brugge, 6 mei 1947, *T.S.R.*, 1948, 39; Wrr. Antwerpen, 13 mei 1936, *R.W.*, 1935-36, 1759; Wrr. Brussel, 14 januari 1952, *J.T.*, 1952, 89; Wrr. Brussel, 2 februari 1953, *T.S.R.*, 1953, 98; Cass. 7 juni 1943, *Pas.*, 1943, I, 241; Cass. 27 september 1943, *R.C.J.B.*, 1947, 145.

⁹ Wrr. Brussel, 23 december 1953, *T.S.R.*, 1954, 65; Rb. Antwerpen, 18 mei 1956, *R.W.*, 1965-66, 1115. Zie ook HANOTIAU, M., «Les journalistes sont-ils des employés?», *J.T.T.*, 1972, 20.

¹⁰ JAMOULLE, M., *o.c.*, nrs. 128 en 129.

¹¹ HORION, P., noot onder Cass., 27 september 1943, *R.C.J.B.*, 1947, 145 e.v. en «Examen de jurisprudence (1955-59). Droit social», *R.C.J.B.*, 1960, 73 e.v.; VANPARRY, H., «La subordination dans le louage de service», *J.T.*, 1961, 312; GEVERS, M., «Nature du contrat conclu entre un médecin et une entreprise privée ou une administration publique», noot onder Rb. Charleroi, 3 juli 1951, *R.C.J.B.*, 1952, 180 e.v.; MEERT-VAN DE PUT, R., «Contrats d'emploi de médecins et contrats apparentés», *T.S.R.*, 1967, 339 e.v.; MORGENTHAU L., «La subordination», *T.S.R.*, 1960, 168 e.v.

¹² Cass., 25 februari 1965, *Pas.*, 1965, 652; Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 837.

¹³ Cass., 14 maart 1969, *Pas.*, 1969, 620.

¹⁴ Cass., 27 maart 1968, *T.S.R.*, 1968, 110.

¹⁵ Cass., 22 februari 1968, *Pas.*, 1968, I, 777; Cass., 13 juni 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1239.

¹⁶ Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 847, *T.S.R.*, 1963, 193.

¹⁷ Cass., 7 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 736.

¹⁸ B.S., 14 november 1967. Het betreft hier een bijzondere-machtenbesluit, genomen op grond van de volmachtenwet van 31 maart 1967, B.S., 4 april 1967.

¹⁹ K.B. nr. 78, art. 38, 1°.

²⁰ Met uitzondering van, in beperkte mate, vroedvrouwen en tandartsen, resp. art. 2, §§ 2 en 3, K.B. nr. 78.

komen: wie zich in de gezondheidszorg tot een derde richt die zichzelf als deskundig aandient, zo stelt K. Geens ²¹, moet blindelings erop kunnen vertrouwen dat het inderdaad om een deskundige gaat; het beroep van arts mag alleen uitgeoefend worden wanneer men aan een aantal voorwaarden voldoet.

2. Voorwaarden tot het uitoefenen van de geneeskunde (K.B., nr. 78)

Het K.B. nr. 78 vereist ²² het bezit van een wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde en legt tevens de verplichtingen op: a) de titel te laten viseren door de (provinciale) geneeskundige commissie die bevoegd is overeenkomstig de plaats waar men zich wenst te vestigen ²³ en b) zich in te schrijven op de lijst van de Orde der Geneesheren ²⁴.

Wie aan die wettelijke vereisten niet voldoet en die op een gewoonlijke manier een of meer handelingen bedoeld in art. 2 § 1, uitvoert, maakt zich schuldig aan onwettige uitoefening van de geneeskunde.

3. Deontologische regels (K.B. art. 79) ²⁵

De arts die aan de bij K.B. nr. 78 gestelde voorwaarden voldoet, valt bovendien onder het gezag en de rechtsmacht van de Orde der Geneesheren, meer bepaald van de provinciale raad op wiens lijst die arts is ingeschreven of binnen wiens ambtsgebied de dienstverrichting gebeurt.

Wat verstaan dient te worden onder de begrippen «gezag» en «rechtsmacht», wordt niet nader omschreven in het K.B. nr. 79. De betekenis ervan kan wel afgeleid worden uit artikel 6, 2°, eerste lid, van het besluit dat aan de provinciale raden de bevoegdheid geeft «te waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van de leden van de Orde».

De provinciale raden kunnen hiertoe tuchtmaatregelen treffen, ten einde fouten te bestraffen die de leden in de uitoefening van hun beroep of naar aanleiding daarvan begaan, alsook zware fouten bedreven buiten de beroepsbezigheid, wanneer die fouten de eer of de waardigheid van het beroep aantasten ²⁶.

Bovengenoemde beginselen treft men ook aan in art. 15, § 1, waarbij de Code van Medische Plichtenleer wordt omschreven die door de nationale raad van de Orde der Geneesheren dient te worden vastgesteld.

Deze code bevat de algemene beginselen en regels betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van het beroep van geneesheer.

Evenwel, daar tot nog toe de Code van Medische Plichtenleer niet bindend is verklaard door de Koning, zijn de bepalingen ervan niet van kracht en mogen ze door de provinciale raden van de Orde der Geneesheren niet worden toegepast ²⁷.

Dat betekent echter niet dat de code zonder betekenis zou zijn. De provinciale raden mogen er wel naar verwijzen en regels ervan citeren bij de toepassing van hun tuchtrechtelijke bevoegdheid ²⁸.

De bovengenoemde hoedanigheden, zo stelt K. Geens ²⁹, die, naast bekwaamheid, door de wetgever nog van de arts gevergd worden, kan men samenbrengen onder de termen «loyauteit, objectiviteit en confidentialiteit». De paradox «loyauteit-objectiviteit» kan wellicht nog tot een hogere eenheid worden gebracht in één begrip, nl. onafhankelijkheid.

Onlangs het feit dat de code geen bindende kracht heeft, wordt die onafhankelijkheid van de arts tuchtrechtelijk verzekerd door art. 11 van het K.B. nr. 78 voornoemd, dat de vrijheid van diagnose en therapie wettelijk waarborgt. Het beteugelen van misbruiken van die vrijheid wordt immers door de wetgever aan de provinciale raden toevertrouwd ³⁰. Ook bepaalt artikel 12 van de wet dat overeenkomsten gesloten door artsen waarbij die keuzevrijheid wordt beperkt, als niet geschreven worden beschouwd.

Ter bescherming van de beoordelingsvrijheid van de geneesheer, nl. de vrijheid van diagnose en therapie, wordt zodoende zelfs afbreuk gedaan aan de vrijheid van overeenkomst, zoals die vastgelegd is in art. 1134 B.W. Uiteraard wordt het gezag van de eventuele werkgever of opdrachtgever hierdoor aanzienlijk beperkt.

Een andere professionele plicht, het beroepsgeheim, wordt dan weer zowel strafrechtelijk ³¹ als tuchtrechtelijk ³² gesanctioneerd.

B. Kwalificatie van de rechtspositie waarin de geneesheer zijn beroep uitoefent

Aangezien het de bedoeling is na te gaan of de beoefenaars van bij uitstek vrije beroepen, nl. de artsen en de advocaten, al dan niet in dienstverband arbeid kunnen verrichten zonder dat hierdoor hun beoordelingsvrijheid in het gedrang komt, lijkt het raadzaam even de verschillende situaties waarin zij hun arbeidsprestaties kunnen verrichten, te bekijken. Zo onderscheiden we de toestand van de geneesheer-stagiair, de geneesheer-zelfstandige, de geneesheer in statutair verband en de geneesheer in contractueel dienstverband.

1. De geneesheer-stagiair

Voor de arts is het doorlopen van een stage geen voorwaarde van toetreding tot het beroep. Wel wordt de stage geïntegreerd in de universitaire opleiding tot doctor in de

²¹ GEENS, K., *Het vrij beroep*, proefschrift, K.U.L., 1986, nr. 127.

²² K.B. nr. 78, art. 2, § 1, eerste lid.

²³ K.B. nr. 78, art. 7, § 1.

²⁴ *Idem*.

²⁵ K.B. nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren, B.S., 14 november 1967; MEERT-VAN DE PUT, R., «De organisatie van de geneeskunst en de controle op de activiteiten van de geneesheer», T.P.R., 1974, 156.

²⁶ K.B. nr. 79, art. 6, 2°, tweede lid.

²⁷ Nys, H., *Geneeskunde, recht en medisch handelen*, A.P.R., Story-Scientia, Brussel, 1991, 66; Cass., 29 april 1983, Arr. Cass., 1983, 1073; R.W., 1983-84, 1299.

²⁸ Nys, H., o.c., 67; Cass., 19 mei 1988, Arr. Cass., 1988, 1235.

²⁹ GEENS, K., o.c., nr. 129.

³⁰ K.B. nr. 78, art. 11, tweede lid.

³¹ Art. 458 Sw.

³² K.B. nr. 79, art. 6, 2°.

genees-, heel- en verloskunde. De stage wordt volbracht tijdens het laatste doctoraatsjaar en derhalve vóór de uitreiking van het diploma.

Voor de erkenning als huisarts dient een stage te worden gelopen, in die zin dat de praktijk van de stagiair en die van de stagemeester strikt gescheiden blijven: de jonge dokter start onmiddellijk zijn eigen praktijk en kan voor begeleiding en raad steeds terecht bij zijn stagemeester³³.

Naast de uitoefening van het beroep van huisarts, kan het behalen van het diploma van doctor in de geneeskunde nog leiden tot het doorlopen van een stage-specialisatieopleiding.

Tussen stagemeester en stagiair bestaat in beginsel geen arbeidsovereenkomst³⁴. De rechtspraak onderstreepte meermaals dat, aangezien de relatie tussen stagiair en stagemeester stoelt op de solidariteit, de confraterniteit en de beroepsradities, elke band van ondergeschiktheid afwezig is³⁵.

De stelling dat tussen beiden geen arbeidscontract kan bestaan, kan in vele gevallen gevolgd worden, maar dan niet op basis van het ontbreken van een gezagsrelatie. Deze is immers meer dan ooit aanwezig doordat de stagiair zich onmiskenbaar bevindt in een situatie van afhankelijkheid. Hij verricht zijn stage onbetwistbaar onder het gezag, de leiding en het toezicht van zijn patroon³⁶.

Aangezien het doel van de stage erin bestaat een beroepsopleiding te verschaffen, levert de stagiair geen echte arbeidsprestatie en moet hij een ander essentieel element van de arbeidsovereenkomst, nl. een loon, ontberen.

Dat een stagecontract ontsnapt aan de kwalificatie van arbeidscontract, is niet te wijten aan het ontbreken van een gezagsrelatie maar wel aan het ontbreken van loon³⁷.

Uiteraard belet dit gegeven niet dat de rechter, indien hij oordeelt dat de door de partijen gegeven kwalificatie van stageovereenkomst niet met de realiteit, zoals die uit de feiten blijkt, overeenstemt, nog steeds kan besluiten tot de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst³⁸.

2. De geneesheer-zelfstandige

Artsen kunnen op zelfstandige basis hun praktijk beoefenen, alleen of in samenwerkingsverband.

Zo'n coöperatie valt meestal buiten het kader van het arbeidscontract: iedere geneesheer behoudt zijn zelfstandig-

heid en onafhankelijkheid en kan vrij uit de associatie stappen; zij werken samen met het oog op een loutere kosten-deling.

Meer georganiseerd kunnen ook groepspraktijken worden opgericht die dan de vorm kunnen krijgen van een burgerlijke vennootschap³⁹.

Ook de arts die verbonden is aan een of meer ziekenhuizen of verzorgingsinstellingen, kan zijn beroep als zelfstandige uitoefenen. Immers, in dit geval is hij met de instelling verbonden door een contract van aanneming van werk. Hij maakt gebruik van de gemeenschappelijke infrastructuur van het ziekenhuis, dient zich te houden aan de richtlijnen die voor de uitoefening van het contract zijn vastgelegd, maar blijft buiten elke vorm van gezagsuitoefening door de directie van de instelling.

De rechtspraak wijst echter uit dat de scheidingslijn tussen aannemingscontract en arbeidsovereenkomst of statuut vaak zeer moeilijk te trekken is⁴⁰.

Een belangrijk element, naast andere, betreft het feitelijk gegeven of de patiënt al dan niet met de arts zelf een verzorgingsovereenkomst aangaat. In voorkomend geval kan de aanwezigheid van een arbeidscontract zo goed als uitgesloten worden. Sluit de patiënt evenwel een contract met een derde (persoon of instelling), dan blijft de mogelijkheid dat de behandelende arts een arbeidscontractant is, onverkort bestaan⁴¹.

3. De geneesheer in statutair verband

De uitoefening van een beroep in statutair of in arbeidscontractueel verband heeft dit gemeen dat er een gezagsrelatie bestaat tussen de arbeidskracht en de opdrachtgever.

Ook een statutair personeelslid werkt in juridische en economische afhankelijkheid. Immers, het onderscheid tussen contract en statuut betreft een louter formele aangelegenheid die terug te brengen is tot een keuze van juridische techniek, een formele aangelegenheid waarachter vaak een politieke keuze schuilgaat.

Gelet op de gelijklopendheid van de problematiek wordt verwezen naar het hiernavolgende deel van ons opstel⁴².

4. De geneesheer in contractueel dienstverband

Algemeen wordt thans aanvaard dat een geneesheer zijn beroep kan uitoefenen in het verband van een dienstcontract, en dit ondanks het feit dat de arts, wegens de aard van zijn vrij beroep, over een ruime en schier onbepaalde onafhankelijkheid blijft beschikken.

Hoewel zijn diagnose- en behandelingsvrijheid onaangetaast blijft en zowel wettelijk als deontologisch gewaarborgd

³³ GEENS, K., o.c., 446.

³⁴ Behalve indien de opleiding gebeurt in universitaire en geaffilieerde verplegingsinstellingen: Cass., 27 mei 1991, *Soc. Kron.*, 1992, 36, *R.W.*, 1991-92, 368.

³⁵ Rb. Brussel, 10 mei 1955, *T.S.R.*, 1956, 107, *J.T.*, 1955, 551, noot HAUSEUX, H.; Rb. Brussel, 19 februari 1958, *T.S.R.*, 1959, 276, *J.T.*, 1958, 237 en *J.T.*, 1958, 669, noot TAQUET, M., *Arbrb. Charleroi*, 20 december 1979, *J.T.T.*, 1980, 237.

³⁶ BLANPAIN, R., «Juridisch statuut van de geneesheer verbonden aan een ziekenhuis», *A. Hosp.*, 1964, 264.

³⁷ JAMOULLE, M., *Le contrat d'emploi*, I, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, nr. 129; ENGELS, C., *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 323; HAUSEUX, H., noot onder Rb. Brussel, 10 mei 1955, *J.T.T.*, 1955, 553; MEERT-VAN DE PUT, R., «Contrats d'emploi des médecins et contrats apparentés», *T.S.R.*, 1967, 344.

³⁸ *Arbrb. Brussel*, 6 september 1976, *J.T.T.*, 1977, 206.

³⁹ MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 20.

⁴⁰ NYS, H., o.c., 151 e.v.; *Arbh. Brussel*, 30 oktober 1979, *T.S.R.*, 1980, 39; *Arbh. Antwerpen*, 5 maart 1987, *R.W.*, 1987-88; 622; *Arbh. Brussel*, 9 september 1988, *Soc.Kron.*, 1990, 62; *Arbh. Brussel*, 12 april 1990, *Soc.Kron.*, 1991, 326; *Arbh. Brussel*, 31 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 183; Cass., 7 september 1992, *Soc.Kron.*, 1993, 13.

⁴¹ MEYNTJENS-APERS, M., *Het juridisch statuut van de O.C.M.W.-ziekenhuisgeneesheer*, Brugge, Die Keure, 1991, 135-136.

⁴² De problematiek van de statutaire geneesheer komt uitvoerig aan bod in het werk van MEYNTJENS-APERS, M., o.c.

wordt, kan een arts zijn beroep probleemloos uitoefenen onder het juridisch gezag van een werkgever ⁴³.

Zoals reeds gezegd, is dit niet altijd zo evident geweest. Gedurende lange tijd werd in de rechtspraak de mening gehuldigd dat de waardigheid van het beroep, het hoog intellectueel karakter ervan en de «standing», niet verenigbaar waren met een arbeidscontract ⁴⁴.

«Een vrij beroep» (in casu het beroep van geneesheer), zo besliste nog de werkrechtensraad in 1952, «mag niet ont-aarden in een arbeidscontract: «L'esprit d'indépendance et le sens de ses responsabilités constituent des vertus morales qui ne se laissent pas couper en tranches comme un saucisson» ⁴⁵.

Bovendien was het ondenkbaar dat voor zulke hoogstaande prestaties zoiets als een «loon» zou worden betaald, terwijl men toch over een meer uitgelezen compensatie hier-voor beschikte, nl. een «honorarium» ⁴⁶.

Thans wordt, ondanks zijn grote beoordelingsvrijheid en zelfstandigheid, voor de arts de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid in ondergeschiktheid, zoals trouwens voor ieder vrij beroep (behalve dat van advocaat), algemeen aanvaard. De onafhankelijkheid waarover de geneesheer op technisch gebied beschikt, belet hem niet de hoedanigheid van werknemer aan te nemen.

Zijn zelfstandigheid put hij niet alleen uit het mogelijk gebrek aan kennis van de werkgever (behalve indien deze zelf geneesheer is en dan nog, *zie verder*), maar ook uit de wettelijke en deontologische regels die hem verplichten zijn beroep in volle onafhankelijkheid uit te oefenen ⁴⁷.

Toch sluit dat alles een gezagsrelatie niet uit. Het gezag van de werkgever zal enkel betrekking hebben op de materiële organisatie van het werk, de uiterlijke omstandigheden waarin de taken worden verricht, maar niet op de uitvoering van het werk ⁴⁸.

Zoals ook in het algemeen geldt, zal de rechter zich ook hier baseren op een geheel van feiten en aanwijzingen die in de richting gaan van een toestand van ondergeschiktheid, zoals b.v. het opstellen van een dienstrooster, het werkschema ⁴⁹, het invullen van timesheets, het bepalen van het aantal te behandelen patiënten, de plaats waar de onderzoeken

moeten plaatshebben, de controle op het werkschema, enz. In het geval dat de werkgever zelf een geneesheer is, zou men zelfs ertoe kunnen komen te stellen dat de arts-werknemer zijn wettelijke en deontologisch gegarandeerde onafhankelijkheid beknot kan zien.

De vrijheid van diagnose en behandeling, vervat in art. 11 van voornoemd K.B. nr. 78, is ook niet zo onaantastbaar als het lijkt ⁵⁰: reglementaire beperkingen zijn evenwel verboden, wettelijke daarentegen zouden wel mogelijk zijn ⁵¹.

Zo is het denkbaar dat er in het kader van de wetgeving op de ziekenhuizen ⁵² een beperkte inmenging op het technisch vlak door een geneesheer-eigenaar van het ziekenhuis is ⁵³. Hij is immers onderlegd, althans voor zover hij in hetzelfde medisch specialisme opgeleid is. Daarenboven is de structuur van de medische activiteit binnen het ziekenhuis zo dat geneesheren zich onderling kunnen en soms moeten mengen in elkaars technisch-medische bezigheden ⁵⁴, met het oog op de instandhouding of de verbetering van de kwaliteitszorg. Hun beoordelingsvrijheid kan hierdoor wel enigszins in het gedrang komen.

Ingeval de werkgever echter zelf onkundig is, kan hij zeker niet beletten dat de arts-werknemer zijn beroep uitoefent volgens de (deontologische en wettelijke) regels van de kunst. De werkgever zal zich moeten houden aan de wetsvoorschriften en aan de ongeschreven regelen van de beroepsmoraal ⁵⁵.

De mogelijkheid tot het verrichten van arbeid in dienstverband is ook in een aantal gevallen expliciet bij de wet vastgelegd, zoals bv. voor de ziekenfondsgeneesheer ⁵⁶, de arbeidsgeneesheer ⁵⁷, de apotheker ⁵⁸. Ook de O.C.M.W.-wet staat toe dat een arts als werknemer wordt tewerkgesteld in een O.C.M.W.-ziekenhuis ⁵⁹, terwijl de wet op de ziekenhuizen arbeid in ondergeschiktheid niet uitsluit ⁶⁰. Hetzelfde geldt voor de controlegeneesheer ⁶¹.

⁵⁰ Nys, H., *Geneeskundig recht*, Leuven, Acco, 1987, 14.

⁵¹ ENGELS, C., *o.c.*, voetnoot 186.

⁵² Artt. 13-18, K.B. 7 augustus 1987, houdende coördinatie van de wet op de ziekenhuizen, *B.S.*, 7 oktober 1987.

⁵³ MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, 344; MEYNTIENS-APERS, M., *o.c.*, 126; *contra*: HAUSEUX, H., noot onder Rb. Brussel, 10 mei 1955, *J.T.T.*, 1955, 553.

⁵⁴ ENGELS, C., *o.c.*, 317 e.v.

⁵⁵ STEYAERT, J., *Arbeidsovereenkomst*, A.P.R., Gent, Story-Scientia, 1990, nr. 49.

⁵⁶ Art. 1 K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren die tot taak hebben bij de verzekeringsinstellingen in te staan voor de geneeskundige controle op de primaire arbeidsongeschiktheid en op de gezondheidszorgenverstrekingen overeenkomstig de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, *B.S.*, 29 juli 1967.

⁵⁷ Art. 114 A.R.A.B.

⁵⁸ Art. 3bis W.A.O., *B.S.*, 22 augustus 1978.

⁵⁹ Art. 48 Organieke wet 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *B.S.*, 5 augustus 1976.

⁶⁰ Art. 8, 4°, K.B. 7 augustus 1987 houdende coördinatie van de wet op de ziekenhuizen, *B.S.*, 7 oktober 1987.

⁶¹ Art. 31 W.A.O., *B.S.*, 22 augustus 1978.

⁴³ Cass., 7 juni 1940, *Arr. Cass.*, 1943, 140; Cass., 7 maart 1961, *T.S.R.*, 1962, 135; Cass., 16 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 165; Cass., 7 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 1341; Cass., 22 februari 1968, *Rev.Dr.Soc.*, 1968, 22, noot MEERT-VAN DE PUT, R.; Arbh. Luik, 24 november 1971, *J.T.T.*, 1972, 140; Arbh. Antwerpen, 25 maart 1976, *R.W.*, 1975-76, 2522; Rb. Charleroi, 3 juli 1951, *T.S.R.*, 1952, 70, noot, *J.T.T.*, 1951, 552, noot THOUMSIN, I., *R.C.J.B.*, 1952, 173, noot GEVERS, M.

⁴⁴ JAMOULLE, M., *o.c.*, nr. 128; DELHUVENNE, M., «Algemene problematiek van de individuele arbeidsovereenkomst», in BLANPAIN, R., (red.), *Arbeidsrecht*, C.A.D., losbl., Brugge, Die Keure, 146.

⁴⁵ Wrr. Brussel, 14 januari 1952, *J.T.*, 1952, 89. In dezelfde zin: Rb. Bergen, 10 oktober 1953, *J.T.*, 1954, 609; Rb. Namen, 6 juni 1939, *Pas.*, 1941, III, 112; Wrr. Brussel, 11 mei 1956, *T.S.R.*, 1956, 237.

⁴⁶ JAMOULLE, M., *o.c.*, 168, voetnoot 65; ENGELS, C., *o.c.*, 283.

⁴⁷ ENGELS, C., *o.c.*, 290.

⁴⁸ COLENS, A., *Le contrat d'emploi*, Brussel, Larcier, 1973, 63; COX, G. en WEYNS, M., *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 18; Charleroi, 3 juli 1951, *J.T.*, 1951, 552, noot THOUMSIN.

⁴⁹ MEYNTIENS-APERS, M., *o.c.*, 130 e.v.; Arbrb. Luik, 11 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 301.

C. Tussenbesluit

Uit het voorgaande kan worden besloten dat de uitoefening van het beroep van geneesheer volkomen in overeenstemming te brengen is met de elementen van de gezagsrelatie eigen aan de arbeidsovereenkomst.

Het principe dat de gezagsuitoefening door de werkgever de grens van het administratief-organisatorische niet mag overschrijden, schept de mogelijkheid dat noch de therapeutische, noch de diagnostische onafhankelijkheid van de arts, noch zijn waardigheid in het gedrang worden gebracht door het leveren van prestaties in ondergeschiktheid.

III. DE ADVOCaat IN CONTRACTUEEL DIENSTVERBAND

A. Wettelijke grondslag, organisatie en uitoefening van het beroep

1. Algemene voorwaarden

De voorwaarden tot het uitoefenen van het beroep van advocaat zijn opgenomen in de artikelen 428 t.e.m. 508 Ger. W. De elementen nodig voor dit betoog liggen over die artikelen verspreid.

In eerste instantie dient verwezen te worden naar artikel 428 Ger. W., dat de voorwaarden tot het uitoefenen van het beroep aangeeft. Van meer en essentieel belang is evenwel art. 437 Ger. W., dat zowel de absolute als de relatieve onverenigbaarheden met het beroep van advocaat regelt. Zo zijn volstrekt onverenigbaar: a) het beroep van werkend magistraat, van griffier en van staatsambtenaar; b) het ambt van notaris en gerechtsdeurwaarder, en c) het drijven van handel en nijverheid.

Van relatieve aard evenwel zijn de in hetzelfde artikel, sub 4°, bepaalde onverenigbaarheden: «4° met *alle bezoldigde betrekkingen of werkzaamheden*, openbare of particuliere, tenzij ze noch de onafhankelijkheid van de advocaat, noch de waardigheid van de balie in gevaar brengen.

Indien er reden van onverenigbaarheid bestaat, wordt de weglating van het tableau of van de lijst van stagiairs uitgesproken door de raad van de Orde, hetzij op het verzoek van de betrokken advocaat, hetzij ambtshalve, en in dit laatste geval volgens de rechtspleging in tuchtzaken».

Voor al deze relatieve onverenigbaarheid houdt de aandacht gaande. Immers, voor het aanvaarden van de mogelijkheid dat een advocaat, naast zijn beroep, een dienstbetrekking heeft of dat hij zijn beroep van advocaat zelf in ondergeschiktheid uitoefent, is het van doorslaggevend belang dat deze situaties niet strijdig zijn met de waardigheid van de balie of met de onafhankelijkheid van de advocatuur, elementen die we ook reeds aantreffen bij het uitoefenen van het beroep van arts (*supra*).

2. Organisatie van het beroep

De organisatie van het beroep volgt de algemene gerechtelijke organisatie. Zo bestaan er organen op het niveau van het arrondissement, het ressort en het nationale grondge-

bied. In ieder gerechtelijk arrondissement bestaat er een Orde van Advocaten ⁶².

De raad van deze Orde heeft als opdracht ⁶³:

- de eer van de Orde van Advocaten op te houden;
- de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid die aan hun beroep ten grondslag liggen, te handhaven;
- de inbreuken daarop en de tekortkomingen tuchtrechtelijk te beteugelen of te straffen;
- te waken voor het nakomen van alle verplichtingen van de stage;
- het inrichten van conferenties die de jonge advocatenstagiairs moeten bijwonen.

De raad van de Orde neemt kennis van tuchtzaken die hem aangebracht worden via de stafhouder ⁶⁴. Hij bezit een exclusieve bevoegdheid tot het nemen van tuchtmaatregelen ⁶⁵. Hij is in dezen een rechtscollège, zodat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing zijn ⁶⁶.

De Nationale Orde van Advocaten overkoepelt alle lokale Orden ⁶⁷. De algemene raad van deze Nationale Orde, samengesteld uit de stafhouders van de balies ⁶⁸, heeft o.m. als taak:

- te waken voor de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen van de advocaat en hierover voorstellen te doen aan de minister van Justitie ⁶⁹;
- het bepalen van de regels en gebruiken van het beroep, er eenheid in te brengen en te dien einde passende reglementen vast te stellen ⁷⁰.

Die reglementen zijn bindend voor alle advocaten ⁷¹; het zijn derhalve formele wetten in de zin van art. 608 Ger. W. en de schending ervan kan dus aanleiding geven tot cassatie ⁷². De raden van de Orde van de balies waken voor de toepassing van deze reglementen: zij alleen zijn bevoegd in tuchtzaken ⁷³.

3. Uitoefening van het beroep

In tegenstelling tot de titel van doctor in de geneeskunde, die slechts een bescherming geniet als academische titel ⁷⁴, wordt de titel van advocaat beschermd als beroepstitel. Het verschil, zo stelt K. Geens ⁷⁵, is niet onbelangrijk: wie het vereiste diploma behaald heeft, mag de academische titel

⁶² Artt. 430, 431, 481, 447, 448 Ger. W.

⁶³ Art. 456 Ger. W.

⁶⁴ Art. 457 Ger. W.; Cass., 2 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 1963; Cass., 14 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 1252.

⁶⁵ Artt. 456, 460-464, 458, 477 *sexies*, 485.

⁶⁶ Cass., 12 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 793, *J.T.*, 1987, 207.

⁶⁷ Art. 488 Ger. W.

⁶⁸ Art. 490 Ger. W.

⁶⁹ Art. 493 Ger. W.

⁷⁰ Art. 494 Ger. W.

⁷¹ Art. 501 Ger. W.

⁷² DE PUYDT, M., «Overzicht van rechtspraak professioneel recht advocatuur», *T.P.R.*, 1991, 901; Cass., 12 december 1985, *R.W.*, 1986-87, 45, *J.T.*, 1986, 334.

⁷³ Art. 501 Ger. W.

⁷⁴ W. 11 september 1933 tot bescherming van de titels van het hoger onderwijs.

⁷⁵ GEENS, K., «De reglementering van het vrij beroep», *T.P.R.*, 1988, 200.

dragen; voor het dragen van de beroepstitel is daarbovenop inschrijving vereist op de lijst van de betrokken Orde.

Misbruik van de titel van advocaat is strafbaar ⁷⁶. Het misdrijf openbaar de titel van advocaat aan te nemen vereist wel, buiten een materiële daad in het publiek verricht, een bijzonder opzet dat erin bestaat te doen of te laten geloven dat de dader de titel heeft die hij wederrechtelijk bezit ⁷⁷.

In het Gerechtelijk Wetboek wordt geen omstandige opgave gegeven van de diverse taken die het beroep van advocaat inhouden. Dit gebrek aan omschrijving wijt K. Geens aan het beperkte karakter van het monopolie van de advocaat en aan de lange traditie van het beroep die een louter descriptieve wettelijke omschrijving overbodig maakt ⁷⁸.

Ondanks de onbetwiste realiteit dat advocaten hoe langer hoe meer preventief rechtsadvies verstrekken ⁷⁹ en onderhandelen om geschillen te regelen of te vermijden, spreekt het Gerechtelijk Wetboek voornamelijk over taken en handelingen van de advocaat in het kader van de procesvoering en in het bijzonder over de pleit- en verschijningsmonopolies die voor de leden van de balie zijn weggelegd ⁸⁰.

Dit valt af te leiden uit de artikelen 440 en 728, § 1, Gerechtelijk Wetboek.

Art. 440 Ger.W. bepaalt: «Voor alle gerechten, behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, hebben alleen de advocaten het recht te pleiten. De advocaat verschijnt als gevolmachtigde van de partij, zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving vereist.»

Art. 728, § 1, Ger.W. luidt: «Op het ogenblik van de rechtsingang en later dienen de partijen in de persoon of bij advocaat te verschijnen.»

In tegenstelling tot de arts, bij wie de wettelijke monopoliebescherming haast de hele beroepswerkzaamheid bestrijkt, slaat het monopolie van de advocaat derhalve slechts op een beperkt gedeelte van zijn activiteit, nl. bijstand en vertegenwoordiging in het rechtsgeding. Juridisch advies en consultatie vallen daarbuiten, evenals bemiddeling en arbitrage ⁸¹.

Uit het vorenstaande volgt dat de scheidingslijn tussen de taken die bv. door een bedrijfsjurist kunnen worden verricht en die welke een advocaat kan uitvoeren, dikwijls erg vaag is.

Pleit- en verschijningsmonopolie van de advocaat worden bovendien steeds meer en meer aangetast. Allereerst zijn er de uitzonderingen op het pleitmonopolie die de wet zelf voorschrijft ⁸²: zo bepaalt het Gerechtelijk Wetboek ⁸³:

- dat op het ogenblik van de rechtsingang en later partijen in persoon of bij advocaat mogen verschijnen;
- dat voor de vrederechter, de rechtbank van koophandel en de arbeidsgerechten de partijen ook vertegenwoordigd

mogen worden door hun echtgenoot of een bloed- of aanverwant (met schriftelijke volmacht);

- dat voor de arbeidsgerechten bovendien afgevaardigden van een representatieve organisatie van de arbeiders, bedienden of zelfstandigen (met volmacht) mogen vertegenwoordigen, pleiten, alle handelingen verrichten en alle mededelingen ontvangen betreffende de behandeling en de berechting van het geschil;

- dat, wat betreft de vorderingen inzake bestaansminimum: a) de betrokkene zich bovendien mag laten bijstaan of vertegenwoordigen door een afgevaardigde van een maatschappelijke organisatie die zich over de groep van de in de desbetreffende wetgeving bedoelde personen ontfermt; b) het O.C.M.W. mag verschijnen bij advocaat of een door dit centrum afgevaardigd effectief lid of personeelslid; c) de minister tot wiens bevoegdheid het maatschappelijk welzijn behoort zich kan laten vertegenwoordigen door een ambtenaar.

(Terloops te vermelden valt dan nog het schier vergeten artikel 295 uit het Wetboek van Strafvordering dat de klaagde toestaat zich voor het hof van assisen te laten bijstaan door «vrienden» ⁸⁴.)

Verder is van bijzonder belang voor het relativeren van het beginsel van het pleitmonopolie het door het Arbitragehof gewezen arrest van 2 april 1992 ⁸⁵, dat beslist dat ziekenfondsen en landsbonden «in persoon» mogen verschijnen (veeleer dan bij advocaat) omdat die instellingen zich ook moeten onderwerpen aan de regels van openbare orde die het schenden van het beroepsgeheim en het verdedigen van tegenstrijdige belangen verbieden. Ook zij moeten, onder toezicht van de rechter, de regels van het Gerechtelijk Wetboek in acht nemen. De wet op de ziekenfondsen ⁸⁶ heeft weliswaar een afwijking aangebracht in de beginselen van het Gerechtelijk Wetboek, maar, zo zegt het Arbitragehof, die staat in verband met het nagestreefde doel en is niet onevenredig in verhouding tot dat doel.

Bovendien zou de advocaat thans, in principe, zelfs volledig buitenspel kunnen worden gezet, ten voordele van bv. bedrijfsjuristen-bedienden, bij het voeren van de schriftelijke procedure, ingesteld door het nieuwe art. 755 Ger. W., zoals het luidt sedert de wet van 3 augustus 1992, dat van kracht werd op 1 januari 1993.

4. De advocatuur: een bij uitstek zelfstandig beroep?

Geleid door de historische traditie lijkt de wetgever in het Gerechtelijk Wetboek ervan uit te gaan dat de advocatuur slechts als een vrij en zelfstandig beroep kan worden uitgeoefend. Getuige hiervan is o.m. de verklaring van Koninklijk Commissaris C. Van Reepinghen ⁸⁷ in verband met voornoemd art. 437, 4°: «De Raad van Orde zal de toestanden en omstandigheden beoordelen met de voorzichtigheid en met de reserve die in zijn traditie liggen, waarbij een band

⁷⁶ Art. 227 Sw.

⁷⁷ Cass., 12 mei 1981, *R.W.*, 1982-83, 311; DE PUYDT, R., o.c., 896.

⁷⁸ GEENS, K., *Het vrij beroep*, proefschrift, K.U.L., 1986, 45.

⁷⁹ DE PUYDT, R., *Beroepsdeontologie van de advocaat*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 29.

⁸⁰ GEENS, K., o.c., 46-51.

⁸¹ GEENS, K., o.c., 347.

⁸² Hiertegen fulmineert VICTOR, R., «De gerechtelijke hervorming en de balie», *R.W.*, 1963-64, 1635.

⁸³ Art. 728 Ger.W.

⁸⁴ LAMBERT, P., *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Nemesi, 1988, 323.

⁸⁵ Arbitragehof, 2 april 1992, arrest nr. 24/92, Belgische Nationale Orde van Advocaten, *B.S.*, 20 mei 1992, *R.W.*, 1991-92, 1362.

⁸⁶ Art. 39, W. 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen, *B.S.*, 28 september 1990.

⁸⁷ VAN REEPINGHEN, C., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, *B.S.*, 1964, 203.

van ondergeschiktheid tussen een advocaat en een derde aldus normaal de vaststelling van een onverenigbaarheid moeten meebrengen.»

Evenwel, wanneer men vaststelt dat de taken die door advocaten worden waargenomen, zich steeds meer uitbreiden, dat de noodzaak voor advocaten om samen te werken en zich te specialiseren zich stellig doet voelen en dat het juridische werk meer en meer op internationale leest geschoeid wordt, dan kan men er niet meer omheen dat de vraag naar de mogelijkheid om het beroep van advocaat in dienstverband uit te oefenen geleidelijk aan dringender wordt.

Van de «kleine zelfstandige» die over voldoende kennis beschikt om zowat alle problemen van het recht aan te kunnen – een situatie die zich tot voor enkele tijd voordeed – evolueerde de juridische bedrijvigheid naar een grotere complexiteit en techniciteit, hetgeen specialisatie en coöperatie tussen advocaten met zich meebracht.

Die binnen het beroep van advocaat niet te stuiten evolutie, gaande van de klassieke vrije professie uit de 19e eeuw naar het «teamwork met equipe-mentaliteit», al dan niet met internationale allures, brengt ook noodzakelijkerwijze mentaliteitsveranderingen teweeg, ook op het deontologisch vlak, die ooit het nog volgehouden corporatisme van het beroep zullen overstijgen⁸⁸.

De vraag die hier primair wordt gesteld is of de bedoelde specialisatie en coöperatie te verenigen en te verzoenen zijn met de waardigheid van de balie en de onafhankelijkheid van de advocaat, zoals die worden voorgeschreven door bovenvermeld art. 437, 4°, Ger. W.

Net zoals in de industriële sector, waarin het productieproces alsmear ingewikkelder werd, is ook het tot stand brengen van het produkt in de dienstverleningssector – waartoe zowel de gezondheidszorg (*supra*) als de juridische bijstand ongetwijfeld behoren – aanzienlijk complexer geworden. Deze complexiteit, die tot specialisatie en de noodzaak tot samenwerking leidt, doet de vraag rijzen naar de juridische vormgeving van deze coöperatie.

Het werken in een gezagsrelatie, o.m. in het verband van een arbeidsovereenkomst, is een voor de hand liggende vorm.

B. Kwalificatie van de rechtspositie waarin de advocaat zijn beroep uitoefent

1. Advocatuur: een vermoeden van zelfstandige uitoefening van het beroep?

Art. 437, 4°, Ger. W. bepaalt, zoals vermeld, de relatieve onverenigbaarheid van het beroep van advocaat met een bezoldigde betrekking. De vraag die zich opdringt, is of uit die tekst kan worden afgeleid dat er een indirect vermoeden *juris tantum* door de wetgever is gecreëerd volgens hetwelk de advocatuur slechts kan worden uitgeoefend als zelfstandige.

Noch uit de bewoordingen van art. 437, 4°, noch uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek kan worden afgeleid dat dit zo is. Hooguit zou men kunnen stellen dat de wet-

gever zich heeft gebaseerd op de feiten zoals deze zich ten tijde van het tot stand komen van het Gerechtelijk Wetboek voordeden. Het was toen evident dat het beroep van advocaat als een vrij en zelfstandig beroep werd uitgeoefend⁸⁹.

Art. 437, 4°, laat het cumuleren van de advocatuur met een bezoldigde betrekking slechts toe wanneer het de waardigheid van de balie en de onafhankelijkheid van de advocaat niet in het gedrang brengt. Deze bepaling staat geenszins toe zonder meer te stellen dat het hier alleen gaat om het cumuleren van het beroep van advocaat als zelfstandige, met een beroep in loondienst.

Immers, in de onderstelling van een advocatuur in dienstverband kan de vraag worden gesteld naar de mogelijkheid van het cumuleren met een andere bezoldigde betrekking. De waardigheid en de onafhankelijkheid waarvan art. 437, 4°, gewag maakt, slaat immers in hoofdzaak op de bezoldigde nevenfunctie en niet op het hoofdberoep van advocaat. Evenmin kan uit art. 437, 4°, afgeleid worden dat de waardigheid en de onafhankelijkheid van het advocatenberoep onlosmakelijk verbonden zijn met het zelfstandig statuut van de advocaat.

2. De waardigheid en de onafhankelijkheid van het beroep in de zin van art. 437, 4°, Gerechtelijk Wetboek

Art. 437, 4°, Gerechtelijk Wetboek gebruikt de termen «waardigheid» en «onafhankelijkheid» zonder ze nader te omschrijven. Aangenomen mag echter worden dat de onafhankelijkheid van art. 437, 4°, dezelfde is als die welke door art. 444 Ger.W. wordt geformuleerd: «De advocaten oefenen vrij hun ambt uit ter verdediging van het recht en van de waarheid.»

De onafhankelijkheid van de individuele advocaat wordt gereflecteerd in de onafhankelijkheid van zijn Orde⁹⁰, die definitief bevestigd werd door de inlassing van Boek III – Balie, in het Gerechtelijk Wetboek⁹¹. De Orde is hierdoor meester over haar tableau⁹².

Uit diverse commentaren blijkt dat die onafhankelijkheid in de eerste plaats zelfstandigheid t.o.v. de overheid betekent⁹³. De balie maakt deel uit van de rechtelijke orde, maar is als groep aan geen enkele overheid verantwoording verschuldigd.

In het raam van de onderzochte problematiek rijst de vraag of onafhankelijkheid ook een juridische en economische onafhankelijkheid t.o.v. de cliënt en de rechtsconsument inhoudt. In dat opzicht zou men twee niveaus van onafhankelijkheid kunnen onderscheiden: de onafhankelijkheid wat het aantrekken van zaken betreft, en de onafhankelijkheid bij het behandelen en afhandelen van alzo aangebrachte zaken. Met deze laatste vorm van onafhankelijkheid bedoelen we die welke hierboven reeds werd aangeduid als «beoordelingsvrijheid».

⁸⁹ BRAUN, A. en MOREAU, F., *La profession d'avocat*, Brussel, Bruylant, 1985, nr. 103; CAMBIER, C., «Le Code Van Reepinghen et le barreau», *J.T.*, 1968, 721; VICTOR, R., *o.c.*, 1645.

⁹⁰ STEVENS, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 34.

⁹¹ LAMBERT, P., *o.c.*, 443.

⁹² Art. 432 Ger.W.

⁹³ LAMBERT, P., *o.c.*, 443; STEVENS, J., *o.c.*, 142.

⁸⁸ DELVA, W., «Naar een interprofessionele associatie of interdisciplinaire service-entiteit?», *R.W.*, 1975-76, 2261.

Die twee niveaus van onafhankelijkheid bestaan ook bij de uitoefening van het medisch beroep. Het is gebleken dat het fundamentele onderscheid tussen een geneesheer-bediende en een geneesheer-zelfstandige bestaat in het al dan niet zelf moeten aantrekken van cliëntèle (patiënten).

In principe moet ook de onafhankelijke advocaat-zelfstandige zelf zorgen voor het aantrekken van zaken. De advocaat die onder een bediendenstatuut zou werken, zou zijn werkgever, al dan niet zelf advocaat, in zijn plaats de zaken zien aanbrengen.

In de huidige praktijk is het onderscheid niet zo duidelijk. W. Delva⁹⁴ wees in 1976 reeds op het fenomeen «abonnementen» zonder dit echter bij naam te noemen.

De advocaat-abonnementhouder krijgt een vast aantal zaken toegespeeld door de cliënt-uitgever van het abonnement. Deze is meestal een overheid of een particulier bedrijf. Naarmate die abonnementen een hoog percentage van het door de advocaat totaal aantal te behandelen zaken betekenen, is deze zogenaamde zelfstandige al minstens economisch afhankelijk van zijn opdrachtgever-client. Meer nog, het abonnementsstelsel reikt dikwijls veel verder dan dat.

W. Delva⁹⁵ merkt terecht op dat de cliënt in heel wat zaken zelf gespecialiseerde adviezen ter beschikking stelt van de advocaat. Deze adviezen moeten dan als ruggegraat dienen voor de conclusies en de pleidooien, of, erger nog, «klakkeloos» overgenomen worden. De cliënt-opdrachtgever duldt meestal niet dat de advocaat iets aan die door hem voorgestelde «ontwerpconclusies» verandert. Deze toestand houdt in dat de advocaat in de zaak geen beoordelingsvrijheid meer bezit. Zijn taak bestaat er alleen in dat hij, gebruik makend van zijn pleit- en verschijningsmonopolie, de door de cliënt zelf aangebrachte argumenten aan de rechtbank moet voorleggen. Van onafhankelijkheid kan hier bezwaarlijk nog sprake zijn.

Toch is dat alom verspreide systeem van abonnementen nooit door de Orden strijdig bevonden met de onafhankelijkheid en de waardigheid van het advocatenberoep⁹⁶.

Het economisch (en juridisch) afhankelijk zijn van een of meer opdrachtgevers en meer nog, het zich laten ontnemen van beoordelingsvrijheid staan dus blijkbaar de onafhankelijkheid in de zin van de artt. 437, 4°, en 444 Ger.W. niet in de weg.

Opmerkelijk in dit verband is de constatering dat de onafhankelijkheid en beoordelingsvrijheid van de advocaat minder goed afgeschermd en beschermd zijn dan die van de arts.

Algemeen wordt aanvaard dat de uitoefening van het beroep van geneesheer in dienstverband niet in strijd is met de onafhankelijkheid en met de waardigheid van het beroep (*supra*). De arts zal evenwel steeds (ook de arts-bediende) zijn vrijheid van diagnose en therapie gegarandeerd zien, hetgeen niet altijd gezegd kan worden van de advocaat.

Uit dat alles kan besloten worden dat met onafhankelijkheid van de advocatuur bedoeld wordt de onafhankelijkheid t.o.v. de overheid en de vrije keuze van de advocaat door

de cliënt, en niet een economische en juridische onafhankelijkheid.

Onafhankelijkheid in de zin van de artt. 437, 4° en 444 Ger.W. vormt derhalve op zichzelf geen beletsel voor het uitoefenen van het beroep van advocaat in dienstverband.

Hetzelfde geldt trouwens voor het begrip «waardigheid». Uit de disciplinaire rechtspraak van de Orde blijkt dat de bezoldigde betrekking op zich niet strijdig is met de waardigheid van het beroep, wel eventueel de concrete inhoud van deze bezoldigde nevenfunctie⁹⁷.

De volgende beroepen, soms in dienstverband, werden toegestaan door de Orden om als nevenactiviteit te worden uitgeoefend: assistent aan een universiteit, lesgever, journalist⁹⁸.

Uit dat alles mag dan ook afgeleid worden dat de onafhankelijkheid en de waardigheid, als bedoeld in het Gerechtelijk Wetboek op zichzelf de tewerkstelling van de advocaat in dienstverband niet in de weg staan.

3. Onderscheiden rechtsposities waarin het beroep van advocaat kan worden uitgeoefend

Uit het Gerechtelijk Wetboek en uit de praktijk volgt dat het beroep van advocaat in verschillende vormen en omstandigheden kan worden uitgeoefend. Zo onderscheiden we de advocaat-stagiair, de advocaat-lid van een kostenassociatie, de advocaat-medewerker in een zakenassociatie en (hypothetisch) de advocaat in dienst van een bedrijf of overheid.

Afhankelijk van de concrete omstandigheden, zou de advocaat in elk van die situaties de hoedanigheid kunnen bezitten van zelfstandige en van werknemer.

Zoals steeds zal het aan de feitenrechter toekomen te oordelen of er al dan niet ondergeschiktheid bestaat. Ook hier zal het aanwezig zijn van het recht op gezag van de werkgever het beoordelingscriterium bij uitstek zijn.

a) DE ADVOCaat-STAGIAIR

Om op het tableau van de Orde te worden ingeschreven moet men drie jaar stage hebben doorgemaakt⁹⁹. Het Gerechtelijk Wetboek stelt verder de rechten en de plichten van de stagiairs vast¹⁰⁰.

De wetgever geeft echter geen definitie van het begrip «stage». De invulling ervan wordt overgelaten aan de diverse Orden. Zo bv. omschrijft de Antwerpse Orde van advocaten de stage als volgt¹⁰¹: «De stage is de door de wetgever opgelegde wijze van opleiding van de advocaat, die de opname op het tableau van de advocaten voorafgaat. (...) De patroonaat-stage houdt een wederzijdse overeenkomst in tussen de stagiair en de patroon, waarbij de stagiair met het oog op het zich bekwamen in de gerechtelijke praktijk in het algemeen en in de kantoorpraktijk in het bijzonder, de door de

⁹⁷ CAMBIER, C., o.c., 727.

⁹⁸ STEVENS, J., o.c., 169; LAMBERT, P., o.c., 71; DE PUYDT, R., «Overzicht van rechtspraak professioneel recht advocatuur», T.P.R., 1991, 899; VAN DIEVOET, G., *Het beroep van advocaat*, Leuven, Acco, 1987, 16.

⁹⁹ Art. 434 Ger.W.

¹⁰⁰ Artt. 435, 443, 446, 455 en 456 Ger.W.

¹⁰¹ Reglement van de beroepsopleiding van de Antwerpse Orde van 12 juni 1989; zie STEVENS, J., o.c., 199.

⁹⁴ DELVA, W., o.c., 2264.

⁹⁵ DELVA, W., o.c., 2264.

⁹⁶ GEENS, K., o.c., proefschrift, 493, voetnoot 6.

patroon opgelegde juridische taken vervult, en de patroon de stagiair met raad en daad bijstaat, adviseert en helpt, kortom hem een opleiding geeft waardoor de stagiair de nodige ervaring kan opdoen om als volwaardig advocaat het beroep te kunnen uitoefenen.»

Daaruit volgt dat de stageovereenkomst van de advocatuur in wezen niet erg afwijkt van het algemene gemeenrechtelijke begrip «stage», waarmee bedoeld wordt iemand die een theoretische opleiding heeft genoten, de nodige praktijkkennis bij te brengen die moet leiden tot een volwaardige uitoefening van het beroep¹⁰². Net zoals de leerovereenkomst wordt de stage onder gezag van de stagemeeester uitgevoerd, maar de gezagsuitoefening slaat alleen op het aanleren van het beroep.

Stage als advocaat valt dus in principe buiten de grenzen van de arbeidsovereenkomst en dient te worden gekwalificeerd als een zelfstandige activiteit¹⁰³.

Evenwel kan de mogelijkheid niet worden uitgesloten dat de stagiair naast prestaties die behoren tot zijn stageovereenkomst, andere taken presteert voor zijn stagemeeester die volledig buiten het kader van de stage vallen en die te kwalificeren zijn als zijnde verricht in het verband van een arbeidsovereenkomst.

Zo wijst een onderzoek in 1985 naar de advocaten-stagiairs bij de balie te Antwerpen uit: «Men signaleert het bestaan van kantoren waar stagiairs als goedkope klerken juridische karweien opknappen waarvan het scholingsgehalte klein is»¹⁰⁴. Bovendien blijkt o.m. uit hetzelfde onderzoek dat wel 20% van de Antwerpse stagiairs zich eveneens onledig moet houden met banaal secretariaatswerk¹⁰⁵.

Het moge duidelijk zijn dat stagiairs-advocaten in zulke omstandigheden voor een kwalificatie als bediende, al dan niet part-time, in aanmerking komen. Hopelijk zal het ooit eens gebeuren dat aan de feitenrechter zal worden gevraagd of er elementen genoeg voorhanden zijn die wijzen op het bestaan van een band van ondergeschiktheid.

Zoals hierboven gezegd kan de onafhankelijkheid en de waardigheid van de beroepsuitoefening voor deze goedkope werkrachten geen belemmering zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst¹⁰⁶.

¹⁰² VAN EECKHOUTTE, W., *Sociaal Compendium Arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 217 en 640;

¹⁰³ Arbrb. Antwerpen, 16 februari 1987, 9e K., A.R. 132784, onuitgegeven; Arbrb. Antwerpen, 25 februari 1988, 6e K., A.R. 166814, onuitgegeven; zie ook ELST, R., «Verzekeringsplicht sociaal statuut zelfstandigen dan wel werknemers?», *B.T.S.Z.*, 1975, 1175.

¹⁰⁴ LANGERWERF, E., en VAN LOON, F., «Advocaat: een beroep met toekomst? Een onderzoek bij de advocaten-stagiairs aan de balie te Antwerpen», *R.W.*, 1985-86, 2252. Zie ook VERSTRAETE, J., *Patronaat en stage*, preadvies voor het congres van 24 juni 1988 van de Nationale Orde van advocaten over de beroepsopleiding van advocaten.

¹⁰⁵ LANGERWERF, E. en VAN LOON, F., *o.c.*, 2256.

¹⁰⁶ Volledigheidshalve dient te worden aangestipt dat de stagiairs in dezen geen vragende partij blijken te zijn. Op het congres te Luik van 19 maart 1992 stelde de Nationale commissie van advocaten-stagiairs (N.C.A.S.) geen voorstander te zijn van een bediendenstatuut. Wel vindt de N.C.A.S. het niet in strijd met de «zelfstandigheid» en de «onafhankelijkheid», een vergoeding te eisen gelijk aan het «bestaansminimum» en gelijkstelling te vragen, op fiscaal en sociaal vlak, met het statuut van... student!

In sommige andere Westeuropese landen bestaat het bediendencontract voor advocaten-stagiairs sinds geruime tijd. Zo zijn bv. de stagiairs in Nederland verbonden door een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, waarbij uitdrukkelijk gestipuleerd wordt dat de stagiair slechts gehouden zal zijn de aanwijzingen van de patroon op te volgen voor zover deze verenigbaar zijn met zijn onafhankelijkheid als advocaat.

Het vaak slecht of niet bezoldigd karakter van de stage dwingt heel wat stagiairs ertoe nevenactiviteiten te ontwikkelen, zoals bv. journalistieke en onderwijsopdrachten (*supra*).

Door sommige balies wordt, om de preciaire toestand van de stagiairs enigszins te lenigen, getolereerd dat een stagiair, naast zijn beroep van advocaat, een bezoldigd bijberoep in dienstverband of onder statuut buiten de balie uitoefent, na machtiging van de Orde, voor een beperkte periode en voor zover de waardigheid en de onafhankelijkheid van de advocatuur niet in het gedrang komen.

Zo wijzigde de Raad van de Orde te Brussel op 25 januari 1977 zijn stagereglement in die zin¹⁰⁷. Ook de balie van Luik¹⁰⁸ nam in de loop van 1977 een gelijksoortige beslissing, zij het ruimer opgevat. De Antwerpse balie daarentegen, die dit systeem al sinds 1979 kende, schafte het af in 1989; naar verluidt wegens gebrek aan belangstelling van de kant van de stagiairs¹⁰⁹.

Dat het een aantal stagiairs financieel niet voor de wind gaat, mag blijken uit de vaststelling dat meer dan de helft van de aanvragen ingediend bij de Commissie tot Vrijstelling van Sociale Bijdragen als Zelfstandige, afkomstig zijn van advocaten-stagiairs¹¹⁰.

Het systeem van rechtsbijstand, zoals het georganiseerd is bij de artt. 455 Ger.W. e.v., blijkt evenmin van die aard dat het de stagiairs voldoende geldelijke soelaas brengt¹¹¹.

In feite doen zich twee stagesituaties voor, enerzijds de traditionele stage en anderzijds de stage in de grote kantoren, zoals die voornamelijk voorkomt te Brussel.

De traditionele stage wordt meestal gelopen bij een patroon met solo-praktijk (of in kleine associaties), bij wie de stagiair opgeleid wordt in alle onderdelen van het advocatenwerk, waar hij ruimte krijgt voor het opstarten van een eigen praktijk maar waar hij slechts een karige vergoeding krijgt.

Daarnaast staat dan de stage in de grote kantoren waar meerdere advocaten, op ondernemingsbasis, in associatief verband werken en waar het juridische werk hooggespecialiseerd en dikwijls geïnternationaliseerd is. De stagiair wordt hier onmiddellijk ingeschakeld in een enkel onderdeel van dit werk en wordt er expert in. Aan typisch advocatenwerk, zoals pleiten en verschijnen voor de rechtbank komt hij niet toe. Ook kan of mag hij geen eigen clientèle uitbouwen. Hij houdt zich voornamelijk bezig met studie- en opzoekingswerk in rechtsleer en rechtspraak en wordt hiervoor fatsoen-

¹⁰⁷ LAMBERT, P., *o.c.*, 70.

¹⁰⁸ MAHIEU, M., en BAUDREZ, J., *De Belgische advocatuur*, Kuurne, Leieland, 1980, 111.

¹⁰⁹ STEVENS, J., *o.c.*, 164.

¹¹⁰ MAES, G., «Het sociaal statuut van de advocaat-stagiair», *R.W.*, 1983-84, 849.

¹¹¹ Zie ook DE PUYDT, R., *o.c.*, nrs. 29 en 30.

lijk vergoed ¹¹². Aangezien deze stagiairs vooral voorbereid worden op een loopbaan als advocaat-medewerker, lijkt het niet onredelijk te stellen dat ze bij uitstek in aanmerking komen voor een statuut als stagiair-bediende. Immers, de kans dat zij (en later ook de medewerkers) ooit de hoedanigheid verwerven van vennoot binnen de zakenassociaties is relatief gering.

b) DE ADVOCaat ALS MEDEWERKER IN EEN KOSTEN- EN ZAKENASSOCIATIE

Met feitelijke «kostenassociatie» wordt meestal bedoeld het delen door twee of meer advocaten van een gemeenschappelijke materiële en personele infrastructuur en de daaraan verbonden kosten. De advocaten trekken zelf hun clientèle aan. In principe bestaat er geen samenwerkingsverband voor de uitoefening van het beroep en behoudt ieder advocaat zijn zelfstandigheid ¹¹³.

Onder «zakenassociatie» dient algemeen te worden verstaan het samenwerkingsverband tussen enerzijds (zelfstandige) advocaten-vennoten die verantwoordelijk zijn voor het aantrekken van clientèle, en anderzijds advocaten-medewerkers (en stagiairs - *supra*), die, in opdracht van de advocatenvennoten, alle mogelijke juridische taken vervullen, gaande van het voorbereiden van adviezen, over het opstellen van conclusies tot het pleiten voor de rechtbank, of, zoals in de grote kantoren, met een onderdeel ervan alleen.

Belangrijk hier is dat tussen de advocaten-vennoten een nevenschikking bestaat, dat zij alleen het beschikkingsrecht hebben over de infrastructuur en dat zij in hoofdzaak zorgen voor het aantrekken van zaken ¹¹⁴. De advocatenvennoten wijzen de dossiers naar eigen goeddunken toe aan de advocaten-medewerkers. Deze laatsten hebben meestal slechts een geringe of helemaal geen mogelijkheid tot het uitbouwen van een eigen praktijk. Economisch zijn zij dus volledig afhankelijk van de vennoten, maar, wat nog essentiëler is, zij zijn er ook juridisch afhankelijk van doordat zij de mogelijke gezagsuitoefening van dezen dienen te ondergaan: de medewerkers wordt meestal geen enkele beoordelingsvrijheid gelaten bij het behandelen of afhandelen van de hun toegewezen zaken.

Afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, kan een dergelijke situatie zich *grosso modo* ook voordoen binnen een feitelijke kostenassociatie of zelfs in een solo-praktijk

met een of meer full-time medewerkers. Voor dezen blijkt de financiële situatie het minst rooskleurig ¹¹⁵ te zijn.

Het is duidelijk dat ook deze advocaten-medewerkers, waar of bij wie zij ook tewerkgesteld zijn, stellig in aanmerking komen voor een bediendenstatuut, indien zij werken in de hierboven geschetste omstandigheden.

Die situatie doet zich trouwens reeds voor in meerdere Westeuropese rechtsstelsels, zoals in Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Spanje, Duitsland ¹¹⁶, enz., landen waar begrippen als «waardigheid» en «onafhankelijkheid» ook hoog in het vaandel worden gedragen en waar nochtans in het tewerkstellen van een advocaat in dienstverband geen (deontologische) graten worden gezien.

Aangezien de advocatuur niet langer een Belgisch maar een Europees en zelfs mondiaal begrip geworden is ¹¹⁷, zal het niet anders kunnen dan dat ook het laatste bastion van de vrije beroepen enige pluimen zal moeten laten.

Nu algemeen aangenomen wordt dat alle andere vrije beroepen in dienstverband kunnen worden gepresteerd zonder ook maar aan enige beoordelingsvrijheid of onafhankelijkheid in te boeten, belet volgens M. Jamoulle in wezen niets meer de advocaat te werken in een gezagsverhouding ¹¹⁸. Ook A. Colens is die mening toegedaan ¹¹⁹.

Voorts wijzen ook P. Lambert en J. Stevens erop dat, aangezien zelfs het hoogste gerechtshof perfect aanvaardt dat professionele onafhankelijkheid te rijmen valt met het werken in dienstverband, men thans nog moeilijk kan volhouden dat het bestaan van die band noodzakelijkerwijze een onverenigbaarheid met zich meebrengt ¹²⁰. Ook zij trekken de vergelijking door naar het beroep van geneesheer, een ander prestigieus vrij beroep dat probleemloos in ondergeschiktheid kan worden uitgeoefend.

Meer nog, voor M. Jamoulle, die eveneens duidelijk stelling neemt *pro* de mogelijkheid tot het uitoefenen van het advocatenberoep in dienstverband, is het zelfs evident dat voortaan geen enkele activiteit op zich nog ontsnapt aan de band van ondergeschiktheid die inherent is aan het arbeidscontract ¹²¹.

Zo breekt ook C. Engels een lans voor de advocaat-bediende: wanneer bv. een advocaat allerlei verplichtingen worden opgelegd, hij zijn tijdsgebruik moet verantwoorden, hij geen eigen clientèle kan of mag uitbouwen, hij zaken zonder meer krijgt toegewezen en deze niet kan weigeren, dan hebben we, aldus C. Engels, ontegensprekelijk te doen met een bediende. Via het geven van bevelen en het uitoefenen van controle, wordt immers over hem gezag uitgeoefend ¹²².

Het ultieme argument *contra* de advocaat-bediende blijkt erin te bestaan dat deze laatste een te grote loyauteit t.o.v.

¹¹² CUYPERS, C. en HUYSE, L., «De advocaten-stagiairs opnieuw bekeken», *R.W.*, 1987-88, 672.

¹¹³ I.v.m. de onderwerping van de advocaat aan het sociaal statuut van zelfstandige kan eveneens verwezen worden naar VAN REGENMORTEL, A., «Ontwikkeling van de rechtspraak m.b.t. verzekerings- en bijdrageplicht in het statuut van de zelfstandigen (1983-1988)», *R.W.*, 1989-90, 392, met kritische beschouwingen over Arbh. Antwerpen, 4 september 1987, *R.W.*, 1987-88, 818, dat besliste dat een advocaat geen helper-zelfstandige kan zijn van zijn echtgenoot-advocaat.

¹¹⁴ HEENEN, J. en MALHERBE J., «Les sociétés civiles professionnelles», *J.T.*, 1985, 710; STEENBERGEN, J., «Professionele vennootschappen, het aanwenden van vennootschapsvormen bij de uitoefening van een vrij beroep», *T.P.R.*, 1974, 239; NIEUWDORP, R., Keuze van de vennootschapsvorm, in DAEM, W. en BREWAES, E., (red.), *De advocatenvennootschap*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 38.

¹¹⁵ LANGERWERF, E. en VAN LOON, F., «Wat na de stage? een onderzoek naar de advocaten met minder dan 5 jaar tableau aan de balie te Antwerpen», *R.W.*, 1985-86, 2384.

¹¹⁶ STEVENS, J., *o.c.*, nr. 281.

¹¹⁷ VAN GERVEN, W., «Pleidooi voor multilaterale Europese advocatenkantoren», *R.W.*, 1969-70, 1953; GOFFIN, L., «De la liberté d'établissement de l'avocat européen en Belgique», *J.T.*, 1992, 489; STEVENS, J., *o.c.*, nr. 281.

¹¹⁸ JAMOULLE, M., *o.c.*, 169.

¹¹⁹ COLENS, A., *Le contrat d'emploi*, Brussel, Larcier, 1973, 62.

¹²⁰ LAMBERT, P., *o.c.*, 70; STEVENS, J., *o.c.*, 167.

¹²¹ JAMOULLE, M., *o.c.*, 175.

¹²² ENGELS, C., *o.c.*, 58.

de werkgever-cliënt aan de dag zou leggen. Wanneer een advocaat tewerkgesteld wordt als medewerker (of stagiair - *supra*) bij een groot advocatenkantoor, is deze loyaliteit echter niet van een andere orde dan wanneer hij zijn arbeid in dienstverband zou uitoefenen.

Zou de cliënt, zo vraagt K. Geens zich terecht af, als hij behoefte heeft aan gespecialiseerde hulp, niet veeleer gebaat zijn bij een ondergeschikte die de juridische waarborgen geniet van een ondergeschikte, dan bij een feitelijk ondergeschikte medewerker die voortdurend bezorgd moet zijn over zijn eigen carriëretoekomst? De reden waarom deze deontologische regel in kwestie verouderd lijkt, is uiteraard de toenemende complexiteit van het recht die terzelfder tijd een zekere grootschaligheid en specialisatie van de juridische dienstverlening vergt die de individuele praktijk nog moeilijk kan bieden ¹²³. Ook deze auteur is de mening toegedaan dat men bezwaarlijk in ernst kan blijven beweren dat een advocaat niet in dienstverband bij een ander advocaat tewerkgesteld zou kunnen zijn, louter op basis van art. 437, 4°, Ger. W., zonder dat enige andere geschreven rechtsregel zulks ondersteunt ¹²⁴.

Hoe het ook zij, eens te meer zal het aan de feitenrechter staan te oordelen over de aanwezigheid, in een bepaald geval, van een arbeidsovereenkomst, aan de hand van feitelijke omstandigheden die kunnen wijzen op de aanwezigheid van het criterium «gezag».

c) DE ADVOCAAT IN DIENST VAN EEN ONDERNEMING OF OVERHEID

Hoewel in België, in tegenstelling tot andere Westeuropese landen, geen gevallen bekend zijn van advocaten die als werknemer tewerkgesteld zijn in dienst van een particuliere werkgever of overheid, is het toch niet ondenkbaar dat in de nabije toekomst deze mogelijkheid werkelijkheid wordt. Net zoals bij de advocaat-medewerker werd aangehouden, duiken er hier niet echt wettelijke, of doorslaggevend de deontologische hinderpalen op.

Toch blijkt deze mogelijkheid, ondanks de steeds toenemende europeanisering en internationalisering, hier te lande nog uitgesloten te zijn. Meer nog, uit de bepalingen van art. 477ter Ger. W. ¹²⁵ blijkt dat de wetgever bezwaar maakt tegen het verrichten van rechtshandelingen in België door advocaten van E.E.G.-lidstaten, voor zover dezen hun beroep in ondergeschiktheid uitoefenen t.o.v. een openbare of particuliere persoon. Art. 6 van de richtlijn 77/249/E.E.G. van 22 maart 1977 biedt namelijk de mogelijkheid (en geenszins de verplichting) om advocaten in loondienst uit te sluiten van de uitoefening van de werkzaamheden betreffende de vertegenwoordiging en de verdediging in rechte (en dit is ook de enige beperking).

Toch kan men zich niet van de indruk ontdoen dat onze wetgever van die mogelijkheid wel erg gretig gebruik heeft gemaakt en zich hierdoor eng-corporatistisch opstelde, zoals

duidelijk uit de parlementaire voorbereiding naar voren treedt ¹²⁶; de «juridische markt» diende te worden afgeschermd ten voordele van de eigen Belgische advocaat-bediende uit een andere lidstaat aan te merken als een absolute onverenigbaarheid, terwijl deze onverenigbaarheid voor de eigen nationale advocaten slechts relatief is ingevolge art. 437, 4°, Ger. W.

Ook hier wordt het argument van een te grote loyaliteit t.o.v. de werkgever aangedragen. Het zou immers kunnen dat de loyaliteit van de advocaat-bediende voor zijn werkgever (bv. een verzekeringsmaatschappij) zo groot is dat zijn inzet voor derden, de verzekerden, minder gunstig zou zijn.

Zowel K. Geens als C. Engels ¹²⁷ drukken terecht hun twijfels uit over de waarde van die redenering: het verbod op zich om het beroep in dienstverband uit te oefenen volstaat immers niet om dergelijke loyaliteitsconflicten te vermijden. Men denke hierbij aan het reeds besproken systeem van abonnementen waarbij doorgaans aan de advocaat-zelfstandige elke beoordelingsvrijheid ontnomen wordt door de opdrachtgever, zodat loyaliteitsconflicten daarbij evenmin uitgesloten zijn.

Een ander argument *contra* de advocaat in dienstverband bij een onderneming of overheid is de uniciteit van het kantoor. Toch lijkt dit thans nog moeilijk aan te voeren en trouwens door de feiten achterhaald te zijn, zeker in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie te Luxemburg ¹²⁸, dat in 1984 besloot tot de mogelijkheid van het openen van een bijkantoor in het buitenland. Te Brussel werd zelfs door de Orde reeds in 1983 toestemming verleend aan een advocaat om een bijkantoor te openen in Londen, zonder zijn inschrijving bij de balie te Brussel te verliezen. Eveneens te Brussel kreeg, in 1982, een Nederlands advocaat verlof om aldaar een bijkantoor te openen ¹²⁹.

In principe evenwel wordt de clientèle ontvangen op het kantoor van de advocaat zelf en niet omgekeerd ¹³⁰. Deze regel, die niet door de wet opgelegd wordt, maar louter op traditie berust en door de Orden wordt ingevuld, wordt hoe langer hoe soepeler geïnterpreteerd. Zo wordt toegestaan dat de advocaat van een bedrijf zich naar de exploitatiezetel begeeft waar de dossiers zich bevinden, eerder dan dat de bedrijfsleider naar het kantoor van de advocaat komt. Ook kan de advocaat zijn cliënt bijstaan op expertises, plaatsopnemingen of algemene vergaderingen en raden van bestuur ¹³¹.

In dit kader dient nogmaals even teruggekomen te worden op het abonnementensysteem: wanneer men weet dat de cliënt meer dan eens zeer bindende instructies geeft aan de advocaat, waardoor diens beoordelingsvrijheid vrijwel verdwijnt, kan men zich de vraag stellen of het er in feite nog iets toe doet op welke plaats (het kantoor of erbuiten) de advocaat-abonnementenhouder zijn beroep uitoefent.

¹²⁶ Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 30 augustus 1979: memorie van toelichting, 2; verslag 31 januari 1980, 6; Senaat, rapport commissie van Justitie, 21 oktober 1982, 3.

¹²⁷ GEENS, K., o.c., proefschrift, nr. 180; ENGELS, C., o.c., 57.

¹²⁸ H.v.J., 12 juli 1984, arrest 107/83, J.T., 1985, 268, met noot LAMBERT, P.

¹²⁹ LAMBERT, P., o.c., 279.

¹³⁰ DE PUYDT, R., o.c., nr. 32.

¹³¹ DE PUYDT, R., *Beroepsnormen van de advocaat*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 20.

¹²³ GEENS, K., o.c., T.P.R., nr. 137.

¹²⁴ GEENS, K., o.c., proefschrift, nr. 648.

¹²⁵ De artt. 477bis-sexies werden in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd bij de wet van 2 december 1982 tot aanpassing van de wetgeving aan de EEG-richtlijn van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrije verrichten van diensten (B.S., 8 januari 1983).

Overigens kan meer algemeen de vaststelling worden gedaan dat arbeidscontractanten hoe langer hoe meer niet in het bedrijf zelf worden tewerkgesteld. Men denke hierbij o.m. aan de nieuwe vormen van hooggekwalificeerde huisarbeid¹³². Een en ander houdt ook hier verband met het soepeler worden van het begrip «gezag».

IV. CONCLUSIES

1. Gelijklopend met de groeiende complexiteit en techniciteit van het productieproces en van de arbeidsverhoudingen, heeft zowel de jurisprudentie als de doctrine geopteerd voor een ruimere interpretatie van het begrip «gezag», hetgeen uiteindelijk door de wetgever in 1985 werd bekrachtigd door van de drie termen «gezag, leiding en toezicht» slechts nog de eerste te behouden voor het definiëren van de arbeidsovereenkomst.

Het onderscheid dat also gemaakt werd tussen enerzijds het administratief-organisatorische waarin het werkgeversgezag overkört blijft gelden, en anderzijds de inhoud van de arbeid waaromtrent de werkgever zijn gezag beperkt zal zien, effende juridisch de weg voor de uitvoering in dienstverband van alle traditionele vrije beroepen, behalve tot op heden dat van advocaat.

2. Vaak werd in het verleden de onafhankelijkheid en de waardigheid van het beroep aangevoerd als argument *contra* de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid in dienstverband van vrije beroepen zoals dat van geneesheer of advocaat.

Uit de analyse (*supra*) van die beide begrippen in het kader van de wetgeving op het uitoefenen van de geneeskunde en de advocatuur, kan afgeleid worden dat het onafhankelijkheidsprobleem zich op twee niveaus voordoet.

Het eerste niveau betreft dat van het opbouwen en samenstellen van de cliëntèle. In tegenstelling tot de zelfstandige beoefenaar van het vrij beroep, mag en moet de beoefenaar van het vrij beroep-in-dienstverband niet zelf zorgen voor het opsporen en uitbouwen van cliëntèle. Dat is immers de taak van de werkgever. Wanneer een arts in dienstverband of een advocaat zich also in een economische afhankelijkheidspositie bevindt, dan blijkt deze situatie niet in strijd te worden geacht met de waardigheid of de onafhankelijkheid van het beroep. Economische en juridische afhankelijkheid vormen dus geen tegenindicatie voor professionele onafhankelijkheid.

Een tweede niveau van onafhankelijkheid betreft de beroepsuitoefening zelf. De geneesheer geniet een onbetwiste beoordelingsvrijheid in de uitoefening van zijn beroep: vrijheid van diagnose en vrijheid van therapie worden hem zowel wettelijk als deontologisch verzekerd, ook indien de arts zijn beroep in ondergeschiktheid presteert. Hetzelfde kan niet gezegd worden van de advocaat. De wet garandeert op geen enkele wijze de beoordelingsvrijheid van de advocaat bij zijn beroepsuitoefening. Alleen wordt wettelijk het pleit- en verschijningsmonopolie van de advocaat beschermd, en

zelfs dat is, zoals hierboven vermeld, niet absoluut. Beoordelingsvrijheid van de advocaat bij zijn taakuitvoering valt blijkbaar niet onder het begrip «onafhankelijkheid en waardigheid van het beroep».

Paradoxaal genoeg wordt die onafhankelijkheid en waardigheid wel gebruikt als argument tegen de advocaat-bediende en niet tegen de arts-bediende. Toch beschikt de eerste niet en de tweede wel over een wettelijk gegarandeerde technische en morele onafhankelijkheid bij de uitoefening van zijn beroep.

3. De wetgever is weliswaar uitgegaan van de idee dat het beroep van advocaat «natuurlijk» (zie Van Reepinghen) een zelfstandig beroep is. Evenwel wordt door diezelfde wetgever geen vermoeden van zelfstandige beroepsuitoefening geschapen. Ook bevat het Gerechtelijk Wetboek niet echt belemmeringen voor het uitvoeren van de professie in dienstverband. De onafhankelijkheid waarvan sprake in de artikelen 444 en 437, 4°, Ger. W. betreft immers in hoofdzaak een politieke onafhankelijkheid t.a.v. de overheid (de Orde is meester over haar tableau en duldt bij de organisatie van het beroep geen overheidsbemoeïing) en de vrije keuze van de cliënt van zijn advocaat, en niet een juridische en economische onafhankelijkheid.

De uitoefening van de advocatuur in dienstverband stelt derhalve geen wettelijke of noemenswaardige deontologische problemen.

Dat geldt in de eerste plaats voor de advocaat-medewerker, meestal in het raam van een zakenassociatie, die geen of bijna geen cliëntèle kan of mag opbouwen en die zijn activiteit uitsluitend of gedeeltelijk ter beschikking stelt van de advocaat-opdrachtgever.

Het werken van een advocaat in dienstverband voor een werkgever die geen advocaat is of voor een particuliere onderneming of overheid, stuit op nog meer verzet vanuit de advocatuur, met vaak als argument dat deze advocaat-bediende een te grote loyaliteit aan de dag zou leggen voor zijn werkgever. Ook deze stelling menen wij te hebben kunnen tegenspreken (cf. het abonnementensysteem).

4. Tot op heden werd de mogelijkheid van tewerkstelling in ondergeschiktheid nog het meest geopperd voor wat aangaat de advocaat-stagiair.

Deze oplossing lijkt juridisch niet meteen zo evident als voor de advocaat-medewerker. Ze wordt wellicht ingegeven door de vaak weinig rooskleurige financiële toestand waarin sommige stagiairs zich bevinden. De in essentie door de stagiair te verstrekken rechtshulp volstaat niet om in de kosten van zijn levensonderhoud te voorzien.

Het stagecontract is echter een volwaardige overeenkomst, maar geen arbeidscontract. Alleen wanneer de stagiair in wezen andere taken krijgt toegewezen dan die welke inherent zijn aan de stageopleiding, kan het bestaan van een dienstcontract worden overwogen, zij het voltijds of deeltijds. Dit geldt zeker voor de stagiairs in grote kantoren die zich slechts met een onderdeel van het advocatenwerk mogen bezighouden en geen eigen cliëntèle kunnen uitbouwen.

5. De oorzaak van de terughoudendheid van de balies ligt mogelijk in de vrees dat een veralgemening van het systeem van advocaten-arbeidscontractanten op termijn zou kunnen leiden tot het doorbreken van het wettelijke pleit- en verschijningsmonopolie en de corporatistische organisatie van het beroep zelf.

¹³² VANACHTER, O., «Het toepassingsgebied van de arbeidsovereenkomstenwet», In RIGAUX, M. (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht II*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 18; JAMOULLE, M., o.c., 164; JACOMAIN, J., «Le travail à domicile: un malentendu juridique?», *Soc. Kron.*, 1985, 99.

Ook, hoewel dit nergens neergeschreven staat noch publiek wordt uitgesproken, kan men zich niet van de indruk ontdoen dat de weerstand binnen de advocatuur tegen de advocaat in dienstverband eveneens en in redelijke mate stoelt op de financiële draagbaarheid van het systeem: het valt niet te ontkennen dat de sociale kostprijs van een advocaat-bediende merkbaar hoger ligt dan die van een advocaat-zelfstandige.

Hoe dan ook, men zal er niet meer omheen kunnen dat de hypothese van de advocaat-bediende ooit in de nabije toekomst werkelijkheid kan worden, al was het maar onder invloed van de niet meer te stuiten europeanisering en internationalisering van het beroep.

Voor het laatste bastion van de vrije beroepen dat, louter uit eng-corporatistische overwegingen, moet toezien dat internationale advocatenkantoren-met-advocaten-bedienden de juridische markt al langer hoe meer inpalmen, lijkt het niet houdbaar een arbeidsrechtelijk systeem tegen te houden dat sinds jaren tot ieders voldoening ingeburgerd blijkt te zijn in de meest Westeuropese landen, waar evenzeer begrippen als «onafhankelijkheid en waardigheid van het beroep» hoog in het vaandel worden gedragen.

Carla VERCAMMEN
Eerste substituut-arbeidsauditeur

NEDERLANDSE GEDACHTEN OVER DE GRONDWET EN HET VERDRAG

Met belangstelling heb ik het zeer lezenswaardige artikel van Velu in het *Rechtskundig Weekblad* van 12 december 1992 gelezen, waarin uitvoerig wordt ingegaan op de thema's rechtstreekse werking van verdragsrecht, voorrang van verdragsrecht in de verschillende Westeuropese landen. Ondanks zijn nauwgezetheid heb ik ten minste één belangrijk bezwaar tegen Velu's analyse. Hij benadert de problematiek vanuit de optiek van de rechter. Ik weet dat dit gebruikelijk is, maar het levert naar mijn mening een nogal vertekend beeld op van de werkelijke verhouding van het nationale tot het internationale recht. Hieronder zal ik dan ook uiteenzetten dat deze verouderde benaderingswijze niet langer kan worden gehanteerd. Ook wil ik wat aanvullende informatie geven over hoe er in Nederland wordt gedacht over de procedurele (extrinsieke) en inhoudelijke (intrinsieke) grondwettigheid van verdragen. Eerst zal ik echter ingaan op de tegenstelling monisme versus dualisme. Op voorhand betrek ik een prikkelende stelling: anders dan Velu meent – en vele anderen met hem menen –, is het juist het Nederlandse systeem van doorwerking van het verdragsrecht als dualistisch te bestempelen¹.

1. Dualisme versus monisme

De verhouding van het nationale recht tot het volkenrecht wordt vaak getypeerd met behulp van de adjectieven dualistisch dan wel monistisch. Traditioneel worden de verschillen tussen de dualistische en de monistische theorie op de volgende tegenstellingen teruggevoerd².

¹ In gelijke zin MEUWISSEN, D.H.M., *De Europese Conventie en het Nederlandse recht*, Leiden, 1968, diss., pp. 16-21; vgl. KORTMANN, C.A.J.M., in *TVO*, 1987, 74.

² Zie BROUWER, J.G., *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen het internationale en het nationale recht*, 1992, diss., pp. 8-11.

De dualisten beschouwen de volkenrechtelijke rechtsorde als van nature gescheiden van de nationale rechtsorde. De volkenrechtelijke rechtsorde verschilt van de nationale rechtsorde in drieërlei opzicht. Dit is ten eerste doordat het recht aan een andere rechtsbron ontspringt. Het internationale recht ontleent zijn gelding aan verdragen en aan bepaalde rechtsbeginselen die algemeen worden aanvaard als ook aan gedragingen van internationale rechtssubjecten. Het nationale recht ontleent zijn rechtskracht aan het constitutionele recht. Ten tweede verschillen het nationale en het internationale recht wat betreft hun grondslag en hiermee hun karakter. Het nationale recht is afkomstig van een soevereine staat met gezag over zijn burgers. Het internationale recht ontstaat daarentegen door statenpraktijk en door staten vrijwillig gesloten verdragen. Ten derde verschillen het nationale recht en het internationale recht wat betreft de rechtsbetrekkingen die zij regelen. Het internationale recht regelt de betrekkingen tussen de staten, want alleen staten zijn rechtssubject van het volkenrecht, individuen niet. Om aan het volkenrecht intern gelding te verschaffen, in de zin van het regelen van betrekkingen tussen burgers onderling of tussen individuen en de nationale staat, is daarom altijd de tussenkomst van een nationaal wetsbevel noodzakelijk.

De monisten willen van een van de nationale gescheiden internationale rechtsorde niet weten. Het nationale en het internationale recht vormen één hiërarchisch geordend rechtssysteem. De oorsprong, de geregelde rechtsbetrekkingen, de grondslag en het karakter van het internationale recht verschillen niet principieel van die van het nationale recht. Slechts de omvang van de rechtsgemeenschap waarvoor het internationale recht ordenend werkt is afwijkend. Om alleen staten als rechtssubject van het volkenrecht te beschouwen, is niet zinvol. Het volkenrecht verzet zich er op geen enkele manier tegen om ook individuen als rechtssubjecten van dat volkenrecht aan te merken. Als het volken-

recht zonder enig bezwaar ook de rechtsbetrekkingen tussen staten en individuen en tussen burgers onderling kan regelen dan is transformatie van de volkenrechtelijke norm in de interne sfeer niet nodig. Sterker nog, het hiërarchisch hogere volkenrecht dwingt het nationale recht tot een systeem van rechtstreekse werking in de interne rechtssfeer. Krijgt de rechter te maken met een conflict tussen een nationale wet en een volkenrechtelijke norm, dan is die rechter verplicht de laatste te laten prevaleren ten koste van de eerste ongeacht of hem de bevoegdheid hiertoe toekomt volgens zijn eigen constitutionele recht ³.

Gemakshalve wordt het onderscheid dualisme/monisme nog al eens vereenzelvigd met de tegenstelling transformatie versus rechtstreekse werking van de volkenrechtelijke norm ⁴. Meuwissen heeft aangetoond dat dit niet juist is ⁵. In een dualistisch systeem is transformatie van de volkenrechtelijke norm niet strikt noodzakelijk. Het kan evengoed zijn dat een algemene, constitutionele regel de brug slaat tussen het volkenrecht en het intern geldende recht. Die algemene regel van constitutioneel recht kan bepalen dat volkenrechtelijke regels geacht moeten worden intern te werken als getransformeerde normen. Het constitutionele voorschrift is dan een anticipatoire transformatiewet ⁶.

Evenzeer is het in een dualistisch systeem mogelijk dat de regel van constitutioneel recht inhoudt dat het volkenrecht rechtstreeks – dat wil zeggen als *zodanig* – intern werkt. Bij oppervlakkige waarneming is er dan van gescheiden rechtsorden geen sprake meer, maar omdat dit het resultaat is van een constitutionele beslissing, hebben we toch te maken met een dualistisch stelsel. Dit systeem verschilt immers wezenlijk van een monistisch stelsel, want hierin is er per definitie sprake van niet-gescheiden rechtsorden. Het monisme laat aan het staatsrecht geen enkele keuzevrijheid toe inzake het systeem van interne werking. De doorwerking van het volkenrecht wordt van bovenaf gedictéerd ⁷.

In de moderne theorie is de essentie van de controverse tussen de dualistische en de monistische theorie derhalve slechts een verschil in visie op de *juridische legitimatie* van de gelding van het volkenrecht in de interne rechtsorde: wordt zij gedragen door een regel van constitutioneel recht of moet zij worden gezocht in een regel van internationaal recht. In het Nederlandse staatsrecht wordt er tegenwoordig – anders dan bij de grondwetsherziening in 1953 – van uitgegaan dat de legitimatie van de interne gelding van het volkenrechtelijke verdrag schuilt in een *ongeschreven* regel van constitutioneel recht. Vastgesteld moet dus worden dat Nederland een dualistisch systeem van doorwerking van het verdragsrecht bezit. Mocht men nog enige aarzeling over de juistheid van deze conclusie gevoelen, dan kan die worden weggenomen door erop te wijzen dat ook de erkenning van het individu als rechtssubject van volkenrecht, alsmede de

bekendmakingseis van het volkenrechtelijke verdrag beide in het nationale recht worden geregeld, te weten in art. 93 van de Grondwet. Te zamen vormen deze gegevens voldoende bewijs om bovengenoemde conclusie veilig te kunnen onderschrijven ⁸.

Het is zinvol het verschil in legitimatie van de gelding van het internationale recht als het onderscheidend criterium voor de tegenstelling monisme/dualisme aan te houden. Met behulp hiervan kan namelijk op heldere wijze het verschil worden aangetoond tussen de doorwerking van het traditionele volkenrecht en die van het Europese Gemeenschapsrecht in het nationale recht. De legitimatie van de rechtstreekse werking van het recht van de Europese Gemeenschappen schuilt in een regel van Europees recht zelf en *niet* in een nationale constitutionele rechtsregel. De op basis van vrijwilligheid ontstane Europese rechtsorde heeft zich ontwikkeld tot een stelsel van waaruit de rechtstreekse werking van de Europeesrechtelijke regel als hoogste norm in de interne rechtsorde dwingend wordt voorgeschreven. Hier is sprake van een monistisch stelsel ⁹.

Ook de omstandigheid dat niet het nationale staatsrecht, maar het constitutionele Gemeenschapsrecht de bevoegdheid bepaalt van de nationale rechter inzake de toepassing van het Gemeenschapsrecht als dit afwijkt van het nationaal recht, is een puur monistische eigenschap van het systeem van doorwerking van het Gemeenschapsrecht. Een aanzet hiertoe werd al gegeven in het Van Gend en Loos-arrest ¹⁰. Het Hof van Justitie stoorde zich toen al niet aan de enge betekenis van het begrip «een ieder verbindende verdragsbepaling» in art. 94 van de Nederlandse Grondwet waaraan de bevoegdheid van de rechter was opgehangen om formele wetten buiten toepassing te laten. De voorlopige bekroning van deze ontwikkeling vond plaats in de beslissing van het Hof van Justie in de zaak Factortame, waarin aan de Britse rechter werd opgedragen een Act of Parliament buiten toepassing te laten ten einde de volle werking van het gemeenschapsrecht te waarborgen, hoewel hem naar Brits constitutioneel recht die bevoegdheid niet toekwam ¹¹.

Dat het Bundesverfassungsgericht in de «solange»-beslissingen en het Italiaanse Constitutionele Hof in het arrest Fraga ruimte creëerden voor een omgekeerde toetsing – Gemeenschapsrecht aan fundamentele nationale rechtsbeginselen ¹² – vloeit voort uit de omstandigheid dat het Europese rechtssysteem nog niet zo compleet is als de verschillende nationale rechtssystemen. Een Europese grondrechtencatalogus ontbreekt nog. Echter niet lang meer. Op verschillende plaatsen in het Unieverdrag van Maastricht wordt verwezen naar de Europese Conventie voor de Bescherming van de Rechten van de Mens alsook naar de ge-

⁸ BROUWER, a.w., pp. 322-323.

⁹ GORMLEY, L.W., *Introduction to the Law of the European Communities. After the Coming into Force of the Single European Act*, Deventer, 1990, 38-51.

¹⁰ Hof van Justitie, 17 maart 1963, *Jur.*, 1963, 24.

¹¹ Zaak Factortame I, C-213/89, NJB, 1990, 1462.

¹² Ook de Franse Conseil d'Etat liet in het arrest Semoules van 1 maart 1968 een nationale wet prevaleren over het Gemeenschapsrecht. In zijn beslissing van 20 oktober 1989 (Nicolo-zaak) ging de Conseil d'Etat echter om; die jurisprudentie is bevestigd in het arrest Boisdet van 24 september 1990.

³ Vgl. *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Eds. Parry, C., Grant, J.P. en anderen, New York, 1988, 102 en 241.

⁴ Men duidt de tegenstelling ook wel aan met transformatie versus adoptie van internationaal recht.

⁵ MEUWISSEN, a.w., pp. 16-21.

⁶ Dit is het Oostenrijks systeem van doorwerking; zie RACK, R.R., *Das Völkerrecht im staatlichem Recht, Transformation und Adoption*, Wenen, 1979.

⁷ Dit geldt ook voor de toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter met betrekking tot het internationale recht.

meenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten op het terrein van de grondrechten. De toetsing aan de grondrechten wordt hiermee naar een Europees niveau getild hetgeen naar verwachting definitief een einde maakt aan de anomalie van toetsing van gemeenschapsrecht aan nationaal recht ¹³.

2. Rechtstreekse werking van verdragsrecht

Het antwoord op de vraag of aan een verdragsbepaling rechtstreekse werking in de interne rechtsorde toekomt, wordt in de Belgische – en ook de Nederlandse literatuur – vaak beredeneerd vanuit het perspectief van de rechter. Kan de rechter de verdragsbepaling rechtstreeks toepassen, dan is zij rechtstreeks werkend. De rechtstreekse werking wordt met andere woorden synoniem verondersteld met de rechtstreekse toepasbaarheid ervan door de rechter. Dit is echter niet juist. Het gegeven dat de rechter een verdragsnorm niet rechtstreeks kan toepassen, wil beslist niet zeggen dat er geen enkel intern effect aan toekomt.

Ten eerste is het zo dat een dergelijke verdragsnorm wel degelijk betekenis toekomt voor de bevoegdheid van de wetgever en/of die van de administratie. Men kan toch ook niet zeggen dat de bepalingen in de Belgische Grondwet over de gelijkheid voor de wet, het discriminatieverbod en de vrijheid van onderwijs voor de wetgever en de administratie pas gelding hebben sinds de uitbreiding van de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof in 1989. Die toetsingsbevoegdheid is niets meer dan een mogelijkheid voor de rechter om de wetgever en de administratie te controleren, maar men moet toch aannemen dat ook vóór het bestaan van deze rechterlijke toets laatstgenoemde staatsorganen gehouden waren de grondwetsbepalingen te eerbiedigen.

Dat men dit aspect van de rechtstreekse werking niet moet verwaarlozen noch mag onderschatten, wijst de hedendaagse jurisprudentie inzake de Europese richtlijn wel uit. In beginsel heeft een gemeenschapsrichtlijn slechts rechtstreekse werking voor de wetgever. Indien de wetgever zijn bevoegdheid echter overschrijdt door *niet* of *verkeerd* uit te voeren, dan moet de rechter die overschrijding sanctioneren door de richtlijn indirect toe te passen, dat wil zeggen door de wet conform de richtlijn toe te passen ¹⁴.

Dat brengt mij op een tweede punt. Soms moet de rechter ook een voor hem niet-rechtstreeks toepasbare verdragsbepaling indirect toepassen. Hij moet dit doen door de wet verdragsconform uit te leggen. Ik doel hierbij niet zozeer op de omstandigheid waarin de wetgever in de uitvoeringswet niet-eenduidige verdragstermen heeft verwerkt, maar vooral op de situatie waarin blijkt dat de wetgever het niet-rechtstreeks toepasbare verdragsrecht niet of niet-tijdig, dan wel verkeerd, heeft uitgewerkt ¹⁵.

Een derde kanttekening ten slotte is dat de rechter een op zichzelf niet-rechtstreeks toepasbare verdragsbepaling soms toch moet toepassen, indien er een beroep op wordt

gedaan in combinatie met een andere verdragsbepaling ¹⁶. Alkema spreekt in dit verband van een schakelbepaling. Dankzij de schakelbepaling verbreekt het scherpe onderscheid tussen de rechte afdwingbare vrijheidsrechten en de slechts als instructienormen te boek staande sociale rechten. De laatste omschrijven in brede termen een zorgplicht voor de overheid, maar zijn in beginsel niet voor handhaving en toepassing door de rechter vatbaar. Voorbeelden van dergelijke schakelbepalingen zijn het in veel verdragen voorkomende verbod van discriminatie en het misbruikverbod ¹⁷.

3. De voorrang van het verdragrecht

De voorrang van het verdragsrecht (en van het volkenrecht in het algemeen) is in de Nederlandse literatuur nooit serieus betwist. Werd dit respect in de vorige eeuw wel verklaard vanuit de gedachte dat het Koninkrijk der Nederlanden – waarvan België toen nog deel uitmaakte – zijn formele bestaansrecht ontleende aan juist een verdrag, te weten de Weense Slotakte van 1815, begin deze eeuw legden verschillende gezaghebbende schrijvers een sterker fundament onder het voorrangskarakter. Van Vollenhove stelde dat door middel van verdragen een internationale rechtsorde werd gevormd. In ruil voor het mogen deelnemen aan deze internationale rechtsorde en het internationale verkeer offeren staten vrijwillig een deel van hun staatssoevereiniteit op ten behoeve van het verdragsrecht ¹⁸. Hamaker redeneerde andersom. De internationale rechtsorde is geen afgeleide van de nationale rechtsorde, het statelijke recht ontleent zijn gezag aan het volkenrecht ¹⁹. Krabbe verklaarde de prioriteit van het volkenrecht met behulp van de juridische vuistregel dat het grotere samenlevingsverband een meerwaarde bezit boven het engere culturele, regionale samenlevingsverband. Op grond hiervan stijgen de uit die «wijdere gemeenschap» voortvloeiende rechtsregels boven die van de statelijke gemeenschap uit ²⁰.

Was men eensgezind over de voorrang van het verdragsrecht, diepgaand waren de meningsverschillen over het antwoord op de vraag op welk niveau het verdrag de interne rechtsorde binnenkwam. Was dit – zoals Telders in 1937 op de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging verdedigde – op formeel wetsniveau, zodat de latere wet het verdrag opzij zou kunnen zetten ²¹? Of had Verzijl het gelijk aan zijn zijde volgens wie men het volkenrechtelijke verdrag niet dusdanig kan temmen dat het gedwee in een hoek kruipt als een jongere wet de kooi van landswetten betreedt, althans wil men kunnen spreken van een logisch geordend wereldbestel ²².

¹⁶ E.H.R.M., 29 november 1991, *NJCM-B*, 1992, 673-676, noot P. LEMMENS.

¹⁷ ALKEMA, E.A., *Schakelbepalingen*, Rede Universiteit van Amsterdam, Deventer, 1981.

¹⁸ VOLLENHOVE, C. VAN, *Omtrek en inhoud van het internationale recht*, Leiden 1898, 71-72.

¹⁹ HAMAKER, H.J., «De jongste geschiedenis van het internationale privaatrecht», *W.P.N.R.*, 1903, 1723.

²⁰ KRABBE, H., *De moderne staatsidee*, Den Haag, 1915, 213.

²¹ TELDELS, B.M., *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, Preadvies*, 1937, 16.

²² VERZIJL, J.H.W., *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, Preadvies*, 1937, 54.

¹³ Men zie de artikelen F en K2.

¹⁴ Hof van Justitie, 13 november 1990, *NJB*, 1991, 1064; zie voor de grenzen van richtlijnconforme uitleg Hof van Justitie 8 oktober 1987, *Ars Aequi*, 1988, 334.

¹⁵ Respectievelijk: Centrale raad van Beroep 14 mei 1987, *AB*, 543, en Centrale Raad van Beroep 5 januari 1988, *AB*, 1988, 253.

De Nederlandse Juristenvereniging kon in 1937 niet anders dan toegeven dat de theorie van Verzijl dwong tot onderschrijving. Sindsdien wordt er dan ook in het Nederlandse staatsrecht van uitgegaan dat het volkenrechtelijke verdrag rechtstreeks werkt. Dit betekent dat het de hogere volkenrechtelijke norm is die als *zodanig* intern werkt. Om elke twijfel aan de mogelijkheid van een dergelijk systeem weg te nemen, legde de grondwetgever in 1953 – in wat nu art. 93 is – de volkenrechtelijke rechtssubjectiviteit van het individu vast. Burgers kunnen volgens deze bepaling rechten en plichten aan het volkenrechtelijke verdrag ontleen, echter pas nadat het aan hun bekend is gemaakt.

Aan het feit dat het verdrag als volkenrechtelijke en dus als hogere norm dan welke nationale rechtsregel dan ook binnenkwam, verbond de rechter geen consequenties. De rechter ging pas met het verdrag onverenigbare wetten buiten toepassing laten toen de grondwetgever hem in 1953 uitdrukkelijk de bevoegdheid hiertoe toekende in wat tegenwoordig art. 94 is ²³.

Die terughoudende opstelling van de Nederlandse rechter is begrijpelijk. Het voorrangskarakter van een rechtsnorm boven een andere rechtsregel staat op zichzelf los van de bevoegdheid van de rechter om conflicten tussen beide op te lossen. Die stelling kan goed geïllustreerd worden met behulp van de verhouding Grondwet tot de wet. Aan de Grondwet komt voorrang toe boven een wet afkomstig van regering en Staten-Generaal. Immers alle personen die deel uitmaken van de bij wetgeving betrokken organen beloven bij hun aanstelling trouw aan de Grondwet. De Grondwet bindt dus – in afwijking van een gewone wet – de wetgever; de verzwaarde herzieningsprocedure van de Grondwet zou anders zinloos zijn ²⁴. Desalniettemin is het de Nederlandse rechter krachtens art. 120 Grondwet niet toegestaan de formele wet buiten toepassing te laten wegens onverenigbaarheid met de Grondwet ²⁵. De rechter dient de overeenstemming van de wet met de Grondwet te erkennen als een onweerlegbaar vermoeden ²⁶.

4. Conflict tussen verdrag en Grondwet

Inzake de verhouding van verdragen tot de Grondwet wordt een onderscheid gemaakt tussen de formele – ook wel procedurele of extrinsieke – grondwettigheid van verdragen en de materiële – ook wel de inhoudelijke of intrinsieke – grondwettigheid van verdragen. Ik zal nu eerst aandacht schenken aan de procedurele grondwettigheid van verdragen

4.1. De formele grondwettigheid van verdragen

Bij de formele grondwettigheid gaat het om de binding aan de door de Grondwet voorgeschreven procedure van verdragsluiting. De belangrijkste vragen in dit verband zijn ten eerste wie de bevoegdheid heeft om de ongrondwettigheid van een verdrag vast te stellen en ten tweede wat de status is van een verdrag dat niet is gesloten overeenkomstig de door de Grondwet voorgeschreven procedure.

Wat betreft de eerste vraag geldt dat de Nederlandse rechter vóór de herziening van de grondwet in 1953 de toetsing op de procedurele grondwettigheid van verdragen steeds kon verrichten. Onder vroegere grondwetsregiëms kwam aan het verdrag echter steeds interne gelding toe als nationale norm. Een beslissing van de rechter inhoudende dat de voorgeschreven procedure van verdragsluiting niet in acht was genomen, had daarom slechts nationale gevolgen. Volkenrechtelijk bleef het verdrag intact. De scheiding tussen de nationale en volkenrechtelijke consequenties had als belangrijk voordeel dat de rechter het buitenlandse beleid van de Nederlandse regering – toentertijd een hypergevoelige neutraliteitspolitiek – niet kon doorkruisen ²⁷.

Sinds 1953 gaat de grondwetgever er echter vanuit dat het volkenrechtelijke verdrag samenvalt met het intern geldende – en dus het door de rechter toe te passen – verdrag. De toetsing van de geldigheid van een verdrag aan slechts de grondwettig voorgeschreven procedure verwerd hiermee tot een anachronisme. De geldigheid van een verdrag zou vanaf nu afhangen van volkenrechtelijke geldigheidscriteria. Om deze reden werd het de rechter verboden verdragen nog langer op hun procedurele grondwettigheid te toetsen ²⁸.

Over de vraag of de rechter nu bevoegd werd het verdrag op zijn volkenrechtelijke geldigheid te toetsen, heeft in de literatuur onenigheid bestaan. Feit is echter dat de Hoge Raad die toetsing gewoon verricht ²⁹. Men mag ook aannemen dat er geen overwegende bezwaren meer bestaan tegen het onverbindend verklaren van een volkenrechtelijk verdrag door de rechter, sinds de regering – het orgaan dat primair belast is met voeren van het buitenlands beleid – geen neutraliteitspolitiek meer voert.

Dat voert ons naar de tweede vraag, die naar de status van een niet overeenkomstig de grondwet gesloten verdrag in de Nederlandse rechtsorde. Er is sprake van een ongeldig volkenrechtelijk verdrag als er een procedurele regel van fundamenteel belang van het nationale recht is geschonden en die strijdigheid onmiskenbaar is, aldus art. 46 Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht. Anders dan bijvoorbeeld Van Eysinga nog schrijft, ligt het dus niet meer zo eenvoudig dat indien de grondwettige procedure niet is gevolgd men per definitie te maken heeft «met een stuk dat er wel als tractaat uitziet, maar tractaatskracht mist» ³⁰. Aan beide voorwaarden moet zijn voldaan. Het tweede lid van art. 46 geeft aan in welk geval een strijdigheid onmiskenbaar is: «indien zij bij objectieve beschouwing duidelijk is voor iedere staat die zich ten dezen overeenkomstig het gangbaar ge-

²³ Men kan dan ook niet zeggen dat het voorrangskarakter van het verdragsrecht voortvloeit uit art. 94 Grondwet. In deze bepaling is slechts een toetsingsbevoegdheid aan de rechter toegekend; de voorrang van het verdragsrecht komt voort uit de aard van het volkenrechtelijke verdrag.

²⁴ PRAKKE, L., *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, «Bedenkingen tegen het toetsingsrecht», Preadvies, 1992, 5.*

²⁵ PRAKKE (a.w., p. 27) maakt daarom een onderscheid tussen de rangorde en de voorrang van rechtsnormen.

²⁶ RIMANQUE, K. «Het huis is nooit af. Kanttekeningen bij de rechtsbescherming van grondrechten», in *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse rechtsorde*, Staatsrechtconferentie, 1990, 234.

²⁷ BROUWER, a.w., pp. 62-63 en p. 116.

²⁸ Tegenwoordig staat dit verbod in art. 120 Grondwet.

²⁹ Hoge Raad, 31 augustus 1972, NJ, 1973, 4.

³⁰ EYSINGA, W.J.M. VAN, *Proeve eener inleiding tot het Nederlandse tractatenrecht*, 1906, diss., p. 165.

bruik te goeder trouw gedraagt». Akehurst schrijft dat «when one party knew that the other state was acting in breach of a constitutional requirement» er sprake is van een onmiskenbare strijdigheid ³¹.

4.2. De materiële grondwettigheid van verdragen

Bij de materiële grondwettigheid van verdragen gaat het om de inhoudelijke binding aan de Grondwet. Net als in België is het ook de Nederlandse verdragsluitende organen in beginsel niet toegestaan een verdrag te sluiten waarin wordt «afgeweken» van de Grondwet. Op de vraag wanneer er sprake is van een afwijken van de Grondwet lopen de antwoorden echter sterk uiteen ³².

Sinds de herziening in 1953 kent de Grondwet ook de mogelijkheid de inhoudelijke binding aan de Grondwet te doorbreken. Art. 91, derde lid, Grondwet stelt dat een te sluiten verdrag mag afwijken van de Grondwet onder de voorwaarde dat het parlement zijn goedkeuring verleent met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

Is een verdrag eenmaal rechtsgeldig tot stand gekomen, dan primeert het op de nationale wet, ja zelfs de Grondwet. Krachtens art. 94 Grondwet kan de Nederlandse rechter de wet als ook de Grondwet (uitgezonderd natuurlijk de procedurele voorschriften) op verenigbaarheid met dat verdrag toetsen. Komt de rechter tot de slotsom dat er sprake is van onverenigbaarheid tussen een grondwettelijke bepaling en een verdragsbepaling, dan moet hij hieraan consequenties verbinden voor de grondwettelijke bepaling. Die laatste moet hij buiten toepassing laten.

Een complicatie in het Nederlandse systeem is echter dat, wanneer de rechter de onverenigbaarheid tussen een grond-

wettelijk voorschrift en een verdrag vaststelt, hij impliciet aangeeft dat het parlement het desbetreffende verdrag met gekwalificeerde meerderheid had moeten goedkeuren. Heeft een zodanige goedkeuring niet plaatsgevonden, dan wordt het de rechter dus wel heel moeilijk gemaakt om de onverenigbaarheid met een grondwettelijke bepaling nog aan te nemen. Hij zou dan immers constateren dat er aan dat verdrag vanuit nationaalrechtelijke optiek een fundamenteel totstandkomingsgebrek kleefte: het verdrag is slechts met enkelvoudige meerderheid goedgekeurd. Maar hij zou hieraan geen consequenties mogen verbinden voor de geldigheid van het verdrag. Men kan immers bezwaarlijk aannemen dat het om een onmiskenbare strijdigheid gaat: als de Staten-Generaal de strijdigheid al niet signaleerden, dan mag men dat van de contracterende verdragspartij al helemaal niet verwachten.

Om deze reden zal de Nederlandse rechter slechts in een buitengewoon geval van aperte aard met acuut staatkundig belang willen aannemen dat er sprake is van een materiële overenigbaarheid tussen het verdrag en de Grondwet. Een zodanige situatie deed zich niet voor in het door Velu besproken Processieverbod-arrest van 1962.

Slot

De balans opmakend, stel ik vast dat de hierboven uiteengezette ideeën in velerlei opzicht verschillen van Velu's opvattingen. Zonder nu direct het gelijk te willen claimen, meen ik dat het Nederlandse gedachtengoed over de verhouding tussen het internationale en het nationale recht op dit moment beter aansluit bij de internationale jurisprudentie dan Velu's denkbeelden. Dit geldt zowel voor de rechtspraak afkomstig uit Luxemburg als die van het Straatsburgse Hof.

J.G. BROUWER

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Vakgroep Algemene Rechtswetenschap
Groningen

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

26 MAART 1993

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Beneluxrecht — Benelux-Gerechtshof — Rechter — Functie — Voorwaarde

In art. 3 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof ziet de term «de hoogste rechtscolleges» op de rechtscolleges die in elk der Beneluxlanden

in het bijzonder belast zijn met het bewaren van de rechtseenheid, met name op het gebied van het privaatrecht en het strafrecht.

Een rechter die de hoedanigheid van raadsheer in het Hof van Cassatie van België heeft verloren, te dezen doordat hij rechter in het Arbitragehof is geworden, voldoet niet langer aan de voorwaarden voor de uitoefening van zijn functie bij het Benelux-Gerechtshof.

De B.

Conclusie van eerste advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven

Bij koninklijk besluit van 25 januari 1993 dat op 29 januari 1993 in werking is getreden, is de heer G. De B., alsdan

raadsheer in het Hof van Cassatie, tot rechter in het Arbitragehof benoemd. Hij heeft op 1 februari 1993 de eed in handen van de Koning afgelegd.

Bij een aan de President van het Benelux-Gerechtshof gericht schrijven van 3 februari 1993 legt de heer De B. het Hof de vraag voor of hij sedert zijn benoeming in het Arbitragehof nog voldoet aan de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van de functie van plaatsvervangend rechter bij het Benelux-Hof, waartoe hij bij beschikking van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie van 16 april 1992 is benoemd.

Uit de tekst van artikel 3 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, alsmede uit de memorie van toelichting bij genoemd Verdrag, met name het hoofdstuk «Algemeen» onder 5.a en de toelichting op artikel 3, blijkt dat de ondertekenaars van het Verdrag, toen zij bepaalden dat de (plaatsvervangende) rechters in het Benelux-Hof en de (plaatsvervangende) advocaten-generaal bij dit Hof worden gekozen uit de leden van de hoogste rechtscolleges van elk der drie landen respectievelijk de leden van het Openbaar Ministerie bij de hoogste rechtscolleges van die landen enkel de raadsheren in de Hoge Raad der Nederlanden, de raadsheren in het Hof van Cassatie van België en de raadsheren in het «Cour supérieure de Justice» van het Groothertogdom Luxemburg, alsmede de advocaten-generaal bij genoemde Hoven op het oog hadden, met als enig voorbehoud dat betreffende de leden van het «Comité du Contentieux» van de Raad van State van het Groothertogdom Luxemburg.

De taak inzake eenmaking van de rechtspraak op een aantal gebieden in de drie landen is aldus toevertrouwd aan een internationaal rechtscollege dat bestaat uit magistraten die in elk van die landen behoren tot het rechtscollege dat op het hoogste niveau bevoegd is tot uitlegging van de wet in alle materies waartoe de rechtsregels behoren, welke op grond van artikel 1 van het Verdrag als gemeenschappelijke rechtsregels zijn en kunnen worden aangewezen.

Mitsdien kan enkel ieder van de drie hierboven geciteerde hoge rechtscolleges als «hoogste rechtscolleges» in de zin van artikel 3, eerste lid, van het Verdrag worden aangemerkt.

Luidens artikel 3, lid 2, van het Verdrag blijven de (plaatsvervangende) rechters en de (plaatsvervangende) advocaten-generaal bij het Benelux-Hof in functie zolang zij in hun eigen land als zodanig in actieve dienst zijn, onder voorbehoud van de mogelijkheid voor de Luxemburgse magistraten die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, hun functie bij het Hof tot de leeftijd van zeventig jaar te blijven uitoefenen.

Het behoren tot één van de in artikel 3, eerste lid, van het Verdrag vermelde rechtscolleges is derhalve een voorwaarde voor benoeming in het Benelux-Hof en, onder het bovenvermelde voorbehoud, voor de uitoefening van de functie van magistraat in c.q. bij dat Hof.

Door zijn benoeming in het Arbitragehof heeft de heer De B. de hoedanigheid van raadsheer in het Hof van Cassatie verloren en maakt hij geen deel meer uit van dat rechtscollege.

Het Hof zal derhalve overeenkomstig artikel 3, lid 3, van het Verdrag en artikel 5 van 's Hofs Reglement van Orde moeten vaststellen dat de functie van plaatsvervangend rechter, welke door de heer De B. in het Benelux-Hof werd

uitoefend, een einde heeft genomen zodra hij geen deel meer uitmaakte van het Hof van Cassatie en dat de heer De B. niet langer voldoet aan de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van een functie bij het Hof.

Arrest

1. Gezien artikel 3, lid 3, van het op 31 maart 1965 gesloten Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (hierna: het Verdrag), alsmede artikel 5 van het Reglement van Orde van het Benelux-Gerechtshof;

2. Gezien het (in kopie aan dit arrest gehechte) schrijven van 3 februari 1993, waarbij de heer G. De B., eertijds raadsheer in het Hof van Cassatie van België en in die kwaliteit bij beschikking van het Comité van Ministers van de Benelux Economische Unie van 16 april 1992 benoemd tot plaatsvervangend rechter in het Benelux-Gerechtshof, aan de President van het Hof mededeling deed van zijn benoeming tot rechter van het Arbitragehof van het Koninkrijk België (hierna: het Arbitragehof);

3. Overwegende dat de President van het Hof, van oordeel dat uit dit schrijven blijkt dat de heer De B. het standpunt inneemt dat de kwaliteit van lid van het Arbitragehof verenigbaar is met die van plaatsvervangend rechter in het Benelux-Gerechtshof, hem bij schrijven van 19 februari 1993 op de voet van artikel 5 van het Reglement van Orde heeft gevraagd of hij in raadkamer van het Hof wenste te verschijnen dan wel een schriftelijke behandeling prefereerde;

4. dat de heer De B. daarop bij schrijven van 24 februari 1993 heeft doen weten dat hij schriftelijke behandeling verkoos en zijn voormeld schrijven als «verantwoording» in de zin van artikel 5 van het Reglement van Orde wenste te zien aangemerkt;

5. Overwegende dat de Eerste Advocaat-Generaal Janssens de Bisthoven op 2 maart 1993 heeft geconcludeerd dat het Hof zal vaststellen dat de functie van plaatsvervangend rechter, welke door de heer De B. in het Benelux-Gerechtshof werd uitoefend, een einde heeft genomen zodra hij geen deel meer uitmaakte van het Hof van Cassatie en dat de heer De B. niet langer voldoet aan de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van een functie bij het Hof;

6. Overwegende dat ingevolge Belgisch recht het ambt van rechter van het Arbitragehof onverenigbaar is met onder meer «de rechterlijke ambten» en dat de heer De B., op 1 februari 1993 de eed afleggend als rechter van het Arbitragehof, de hoedanigheid van raadsheer in het Hof van Cassatie van België heeft verloren;

7. Overwegende dat uit het onderling verband van de leden 1 en 3 van artikel 3 van het Verdrag volgt dat onder «de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van zijn functie bij het Hof» in laatstgenoemde bepaling in elk geval is begrepen het lid-zijn van het hoogste rechtscollege van een van de drie Beneluxlanden in de zin van eerstgenoemde bepaling;

8. Overwegende dat de door de drie Regeringen opgestelde gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij het Verdrag (hierna: de Memorie van Toelichting) niet met zoveel woorden verklaart welk rechtscollege in elk van de drie Beneluxlanden in voormelde zin als het hoogste rechtscollege moet worden aangemerkt;

9. dat evenwel geen twijfel erover kan bestaan dat de drie Regeringen daarmee, wat België en Nederland betreft, het Hof van Cassatie van België, onderscheidenlijk de Hoge Raad der Nederlanden op het oog hadden en, wat Luxemburg betreft, de Cour supérieure de Justice;

10. dat immers genoemde rechtscolleges destijds – in de bewoordingen van de Memorie van Toelichting – de «hoogste Gerechtshoven» in de drie Beneluxlanden waren;

11. dat zulks bevestiging vindt in het feit dat, «teneinde tegemoet te komen aan de moeilijkheden die zich in Luxemburg voordoen waar de leden van het hoogste rechtscollege bij het bereiken van de vijftenzestigjarige leeftijd worden gepensioneerd» (citaat uit de Memorie van Toelichting ad art. 3), alleen voor dit land is bepaald dat ook leden van een ander nationaal rechtscollege, te weten die van het «Comité du Contentieux» van de Luxemburgse Raad van State, tot lid van het Benelux-Gerechtshof kunnen worden benoemd;

12. Overwegende, dat de heer De B. evenwel het standpunt inneemt dat, nu het Arbitragehof eerst na het sluiten van het Verdrag werd opgericht, aan het onder 5 ontwikkelde historische argument geen doorslaggevend betekenis kan worden toegekend;

13. Overwegende echter dat, nu de heer De B. de hoedanigheid van raadsheer in het Hof van Cassatie van België heeft verloren, hij alleen dan nog zou voldoen aan «de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van zijn functie bij het Hof» indien, wat België betreft, (ook) het Arbitragehof kan worden aangemerkt als «het hoogste rechtscollege»;

14. Overwegende dat dit laatste zou impliceren dat – nu niet kan worden aangenomen dat sedert de oprichting van het Arbitragehof het Hof van Cassatie van België niet langer als «hoogste rechtscollege» in de zin van art. 3 van het Verdrag zou gelden (hetgeen bevestiging vindt in de Toelichting op het tweede lid van artikel 4^{quater} van het Verdrag, dat werd ingevoegd bij het na het oprichten van het Arbitragehof tot stand gekomen Protocol van 23 november 1984 tot wijziging en aanvulling van het Verdrag) – België meer dan één hoogste rechtscollege (in de zin van artikel 3) zou hebben, wat met de tekst van deze bepaling niet verenigbaar is;

15. Overwegende voorts, dat in punt 5 van het hoofdstuk «Algemeen» van de Memorie van Toelichting als een van de redenen waarom de Regeringen afweken van het door de Benelux-Studiecommissie voor de Eenmaking van het Recht gedane voorstel volgens hetwelk ook andere personen dan leden van de hoogste rechtscolleges tot lid van het Benelux-Gerechtshof benoemd konden worden, wordt vermeld dat de taak van het Benelux-Gerechtshof – «het bevorderen van de rechtseenheid in het Beneluxgebied» door «de gelijkheid te verzekeren in de uitleg van de gemeenschappelijke rechtsregels» – «nauw verbonden (zal) zijn met die van de hoogste Gerechtshoven van de drie landen, waarvan het als het ware een verlengstuk zal vormen»;

16. dat daaruit moet worden afgeleid dat de term «de hoogste rechtscolleges» ziet op de rechtscolleges die in elk der Beneluxlanden in het bijzonder belast zijn met het bewaren van de rechtseenheid, met name op het gebied van het privaatrecht en het strafrecht (welke rechtsgebieden volgens de Memorie van Toelichting voor het Benelux-Gerechtshof voornamelijk een rol zullen spelen);

17. dat het Arbitragehof niet in het bijzonder met deze taak is belast en daarom niet kan worden aangemerkt als een

hoogste rechtscollege in de zin van artikel 3 van het Verdrag;

18. Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de heer De B. sedert hij op 1 februari 1993 de hoedanigheid van raadsheer in het Hof van Cassatie van België heeft verloren, niet langer voldoet aan «de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van zijn functie bij het Hof»;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 DECEMBER 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Raadsheer-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Overeenkomst – Contractuele aansprakelijkheid – Voor vergoeding in aanmerking komende schade – Begroting van schadevergoeding door tussenpersoon wegens contractuele wanprestatie verschuldigd – Relativiteit t.o.v. de vergoeding bedongen in de koopovereenkomst

De aan de schuldeiser toekomende schadevergoeding moet omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de tekortkomingen begaan door de schuldenaar.

Uit de relativiteit van de overeenkomsten, uitgedrukt in art. 1165 B.W., volgt dat de rechter, bij de begroting van de schadevergoeding die een tussenpersoon wegens de niet-uitvoering van zijn verbintenissen jegens zijn opdrachtgever, de verkoper, verschuldigd is, niet gebonden is aan de begroting van de schadevergoeding wegens wanprestatie die in de koopovereenkomst tussen die opdrachtgever en de koper is bedongen.

B.V. A. t/ N.V. G.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 april 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1119, 1122, 1142, 1146, 1147, 1149, 1150, 1151, 1165 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest de hoofdveroordeling van verweerster vermindert tot (600.797 fr. - 352.088 fr. =) 248.709 fr. op grond: «dat (verweerster) niet betwist dat bij de aflevering enkel op de laatste vrachtwagen een monster werd genomen, waarbij onzuiverheden ten belope van 20,8% en bij tegenanalyse van 20,5% werden vastgesteld; dat, nu de koper van (eiseres), de N.V. C., een maximum onzuiverheidspercentage van 4% had bedongen, zij (eiseres) opriep voor arbitrage voor de scheidsrechterlijke en verzoeningskamer voor granen en zaden van Antwerpen, die op grond van de contractuele bepalingen tussen koper/verkoper (eiseres) veroordeelde tot betaling van 600.797 fr., zijnde de minderwaarde van de 300 ton geleverde Turkse wikken wegens de vastgestelde onzuiverheden; dat (de fout van verweerster) erin bestaat de belangen van haar opdrachtgever (eiseres) bij het nemen van een staal niet behartigd te hebben en een staal verzegeld te hebben waarvan zij moest weten dat het niet representatief was; dat aldus de fout van (verweerster) en het oorzakelijk verband met een door (eiseres) geleden

schade bewezen is; dat ten aanzien van die schade geen rechtsgevolg afgeleid kan worden uit het enkele feit dat (eiseres) geen hoger beroep aantekende tegen de beslissing van de arbitragekamer en haar koper voor de minderwaarde in haar hoegrootheid begroot werd op grond van de contractuele relaties tussen koper/verkoper, doch (verweerster) stelt dat hiermee niet aangetoond is dat haar fout deze schade in haar omvang en in haar totaliteit veroorzaakte, daar de arbiters geen rekening hielden met enige residuwaarde van ± 6 ton; dat, terwijl de arbiters op grond van de contractuele bepalingen tussen verkoper/koper geen rekening mochten houden met de 'afval' van circa 61.500 kg, die bij zuivering ontstaan zou zijn, en die een vrij belangrijke handelswaarde vertegenwoordigde, deze waarde wel door (verweerster) ingeroepen mag worden in mindering van de door (eiseres) opgelopen schade; dat deze afval ex aequo et bono bepaald kan worden op de helft van de aankoopwaarde of $11,45 \text{ fr/kg} : 2 \times 61.500 \text{ kg} = 352.087,50 \text{ fr.}$, afgerond 352.088 fr.; dat derhalve de vordering met dit bedrag verminderd dient te worden»;

terwijl het arrest beslist dat de fout van verweerster en het oorzakelijk verband met een door eiseres geleden schade bewezen is; de volledige schade van eiseres bestond uit het bedrag van 600.797 fr. dat zij ingevolge de beslissing van de scheidsrechters van 17 november 1983 aan de koper had moeten betalen; het arrest echter ten onrechte beslist dat de vordering van eiseres tegen verweerster tot terugbetaling van die schade, verminderd dient te worden met 352.088 fr., zijnde de waarde van de afval, omdat de scheidsrechters op grond van de contractuele bepalingen tussen eiseres en de koper geen rekening mochten houden met die waarde en verweerster deze waarde wel mag inroepen in mindering van de door eiseres opgelopen schade; dat eiseres immers recht heeft op vergoeding van de volledige schade die door de fout van verweerster veroorzaakt werd (schending van de artt. 1142, 1146, 1147 en 1149 B.W.); het arrest bovendien niet vaststelt dat er geen oorzakelijk verband bestond tussen de fout van verweerster en de schade van eiseres ten belope van die 352.088 fr.; het arrest immers niet vaststelt dat eiseres die vergoeding van 352.088 fr. ook aan de koper had moeten betalen zonder de fout van verweerster (schending van de artt. 1142, 1146, 1147, 1149, 1150 en 1151 B.W.); de relativiteit van de overeenkomst tussen eiseres en de koper in ieder geval niet verbiedt bij de begroting van de schadevergoeding, die verweerster wegens de niet-nakoming van haar verbintenissen aan eiseres verschuldigd is, rekening te houden met de feitelijke weerslag van de fout van verweerster op de tussen eiseres en de koper gesloten overeenkomst (schending van de artt. 1119, 1122 en 1165 B.W.), zodat het arrest de in het middel aangewezen bepalingen geschonden heeft»:

Overwegende dat het arrest constateert: 1. dat eiseres drie partijen Turkse wikken met een totaal gewicht van 300 ton verkocht aan de N.V. C.; 2. dat eiseres aan verweerster opdracht gaf stalen te nemen bij de levering en tot «tegenverzekering» over te gaan; 3. dat ten gevolge van de foutieve opneming van stalen een abnormaal hoog gehalte aan onzuiverheden werd vastgesteld zodat eiseres krachtens een scheidsrechterlijke uitspraak veroordeeld werd een bedrag van 600.797 fr. en kosten te betalen aan de koper;

Dat het arrest, na te hebben geoordeeld dat «de fout van (verweerster) en het oorzakelijk verband met een door (eiseres) geleden schade bewezen is», beslist dat «terwijl de arbiters op grond van de contractuele bepalingen tussen verkoper/koper geen rekening mochten houden met 'afval' van circa 61.500 kg, die bij zuivering ontstaan zou zijn, en die een vrij belangrijke handelswaarde vertegenwoordigde, deze waarde wel door (verweerster) ingeroepen mag worden in mindering van de door (eiseres) opgelopen schade»; dat het op die gronden slechts een schadevergoeding van 248.709 fr. toekent;

Overwegende dat de aan de schuldeiser toekomende schadevergoeding moet omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de tekortkomingen begaan door de schuldenaar;

Dat uit de relativiteit van de overeenkomsten, uitgedrukt in artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek, volgt dat de rechter, bij de begroting van de schadevergoeding die een tussenpersoon wegens de niet-uitvoering van zijn verbintenis jegens zijn opdrachtgever, de verkoper, verschuldigd is, niet gebonden is aan de begroting van de schadevergoeding wegens wanprestatie die in de koopovereenkomst tussen die opdrachtgever en de koper werd bedongen;

Overwegende dat de appelrechters, in strijd met wat het middel stelt, niet oordelen dat de schade die verweerster aan eiseres heeft berokkend, 600.797 frank bedraagt; dat zij op grond van een feitelijke appreciatie beslissen dat de door eiseres geleden schade, tot beloop van de waarde van het afval, voortvloeit uit de uitvoering door eiseres van de overeenkomst die zij met de koper sloot, maar niet het gevolg is van de fout die verweerster beging;

Dat zij zodoende geen van de in het middel aangewezen wetsbepalingen schenden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaat: mr. Geinger

Verbintenis- Schuldvergelijking – Wettelijke – Voorwaarden

Wanneer de appelrechter vaststelt dat, vóór de faillietverklaring van de huurder, de huur beëindigd was en dat er wederkerige schulden bestonden, te weten enerzijds achterstallige huur en ontbindingsvergoeding, die ten laste van de huurder gelegd waren door het vonnis van de eerste rechter, dat werd gewezen vóór het faillissement en uitvoerbaar werd verklaard, en anderzijds de teruggave van de huurwaarborg ten laste van de verhuurder, die verklaarde dat hij geen vergoeding voor huurschade diende te ontvangen, beslist de appelrechter niet naar recht dat de voorwaarden voor de wettelijke schuldvergelijking niet vóór het faillissement vervuld waren.

N.V. B. t/ Faillissement S.

Gelet op het bestreden vonnis, op 11 december 1990 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel in hoger beroep gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1134, 1289, 1290, 1291, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en van het algemeen rechtsbeginsel van de wilsautonomie, dat inzonderheid in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek is vastgelegd,

doordat de rechtbank, op het incidenteel hoger beroep van verweerster tot veroordeling van eiseres tot betaling van de door S. gestorte huurwaarborg ten belope van 175.998 frank, vermeerderd met de vergoedende interest vanaf 5 februari 1985, die vordering gegrond verklaart en bijgevolg zegt dat het bedrag van het door S. gestorte bedrag van de huurwaarborg aan de failliete boedel verschuldigd is, evenwel zonder interest, en dat er geen schuldvergelijking dient te gebeuren op grond: «dat in het kader van een faillissement schuldvergelijking alleen plaatsheeft en overigens alleen kan plaatshebben in zoverre de wederkerige schulden en schuldvorderingen zeker, vaststaand en opeisbaar zijn vóór het faillissement; dat er geen schuldvergelijking kan plaatshebben als die schulden en schuldvorderingen die kenmerken niet vóór het faillissement vertoonden; dat op die regel alleen een uitzondering wordt gemaakt voor de schuldvergelijkingen ex eadem causa, wat te dezen niet het geval is; dat immers vaststaat dat de enige oorzaak van de huurwaarborg de dekking is van eventuele huurschade die de verhuurder bij het einde van de huurovereenkomst vaststelt; dat de verhuurder, zodra de afwezigheid van huurschade is vastgesteld, ipso facto verplicht is die huurwaarborg aan zijn huurder terug te geven en derhalve schuldenaar van het bedrag ervan wordt, hetgeen door (eiseres) overigens helemaal niet werd betwist; dat de door haar gevraagde schuldvergelijking evenwel in geen enkel geval kan plaatshebben, nu zij pas na het faillissement schuldenaar van S. is geworden, sinds uit de aanvullende conclusie (van eiseres), die op 5 februari 1987 (dus drie maanden na het faillissement) is neergelegd, blijkt dat zij geen enkele vergoeding voor huurschade dient te ontvangen; dat het overigens buiten kijf staat dat de wederkerige schulden en schuldvorderingen totaal verschillende oorzaken hebben, nu het voor de gefailleerde gaat om de uitvoering van een wederkerige overeenkomst die reeds vóór het faillissement was beëindigd, en voor (eiseres) om de teruggave aan de gefailleerde, en bijgevolg aan de boedel, van een geldsom die bij haar in bewaring was gegeven tot dekking van huurschade en waarbij die bewaargeving doelloos is geworden als blijkt dat er wegens huurschade niets verschuldigd is; dat immers beslist dat er na het faillissement schuldvergelijking moet gebeuren, zoals de eerste rechter heeft gedaan, tot gevolg heeft dat de gefailleerde een gedeelte van zijn schuld van achterstallige huur na het faillissement betaalt, terwijl artikel 444 van het Wetboek van Koophandel elke betaling na het faillissement verbiedt; dat het betoog van (eiseres), volgens hetwelk de verbintenissen van de partijen dezelfde oorsprong hebben, en de verbintenis tot betaling van de bij overeenkomst bepaalde vergoeding tot beëindiging ten laste van S., enerzijds, en de verbintenis tot teruggave van de huurwaarborg na de eindafrekening tussen partijen te haren laste, anderzijds, uit de, bij het vonnis van 19 februari 1986 uit-

gesproken ontbinding van de huurovereenkomst zijn ontstaan, onverenigbaar is met het algemeen aangenomen feit dat de enige oorzaak van de huurwaarborg de dekking is van de eventuele huurschade vastgesteld na het einde van de huurovereenkomst, waarbij (eiseres) in haar conclusie neergelegd op 5 februari 1987 uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van elke huurschade; dat bijgevolg dient te worden beslist dat het bedrag van de door S. gestorte huurwaarborg aan de failliete boedel verschuldigd is, zij het zonder interest»,

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het bestreden vonnis oordeelt «dat immers vaststaat dat de enige oorzaak van de huurwaarborg de dekking is van eventuele huurschade die de verhuurder bij het einde van de huurovereenkomst vaststelt; dat de verhuurder, zodra de afwezigheid van huurschade is vastgesteld, ipso facto verplicht is die huurwaarborg aan zijn huurder terug te geven en derhalve schuldenaar van het bedrag ervan wordt, hetgeen door (eiseres) overigens helemaal niet werd betwist; dat de door haar gevraagde schuldvergelijking evenwel in geen enkel geval kan plaatshebben, nu zij pas na het faillissement schuldenaar van S. is geworden, sinds uit de aanvullende conclusie (van eiseres), die op 5 februari 1987 (dus drie maanden na het faillissement) is neergelegd, blijkt dat zij geen enkele vergoeding voor huurschade dient te ontvangen»;

Overwegende dat, enerzijds, artikel 5 van de huurovereenkomst van 25 januari 1965, als vervangen bij artikel 3 van de overeenkomst van huurhernieuwing van 5 juli 1977, als volgt luidt: «Tot waarborg van de goede uitvoering van deze overeenkomst stort de huurder, bij de ondertekening van deze overeenkomst, een aanvullend bedrag dat overeenstemt met drie maanden huur op rekening van de verhuurder. Die waarborg wordt aan de huurder terugbetaald bij het einde van de huurovereenkomst na aftrek van hetgeen hij, op welke grond ook, aan de verhuurder nog zou zijn verschuldigd en nadat, indien de verhuurder dat wenselijk acht, een plaatsbeschrijving bij het verlaten van het goed is opgemaakt»;

Overwegende dat het bestreden vonnis, dat zegt dat «de enige oorzaak van de huurwaarborg de dekking is van de eventuele huurschade» voornoemd beding uitlegt op een wijze die met de bewoordingen ervan onverenigbaar is;

Overwegende dat, anderzijds, het bestreden vonnis vaststelt dat de eerste rechter, bij een vonnis van 19 februari 1986 dat bij voorraad uitvoerbaar is verklaard, niettegenstaande voorziening en zonder borgstelling, heeft beslist dat de huurovereenkomst tussen S. en eiseres ten laste van eerstgenoemde is beëindigd en hem heeft veroordeeld om haar de achterstallige huur en toebehoren ten belope van 737.542 frank te betalen evenals een overeengekomen ontbindingsvergoeding van 351.996 frank;

Overwegende dat de appelrechter, hoewel hij dat vonnis grotendeels vernietigt en bij wijze van nieuwe beschikkingen uitspraak doet, verweerster toch veroordeelt tot betaling aan eiseres, inzonderheid op grond van dezelfde redenen, te weten «achterstallige huur» en «vergoeding wegens beëindiging», van de geldsommen respectievelijk ten belope van 351.996 frank en 175.998 frank;

Overwegende dat uit het voorgaande blijkt dat er op 19 februari 1986, datum waarop de huurovereenkomst werd

beëindigd, dus vóór het vonnis van faillietverklaring van S. van 13 november 1986 van de Rechtbank van Koophandel te Dinant, wederkerige schulden bestonden, te weten achterstallige huur en ontbindingsvergoeding ten laste van S. en teruggave van de huurwaarborg ten laste van eiseres;

Overwegende dat de rechtbank bijgevolg niet naar recht beslist dat de voorwaarden voor de wettelijke schuldvergelijking vóór het faillissement niet waren vervuld;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mw. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Draps en Simont

Arbeidsovereenkomst – Overeenkomst voor bepaalde tijd – Vaststelling – Tijdstip – Dwingende bepaling – Werknemer - Afstand

De bepaling van art. 9 Arbeidsovereenkomstenwet, dat de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk moet worden vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt, is een dwingende bepaling die ten gunste van de werknemer een bescherming vestigt waarvan hij, zolang de bestaansreden ervan aanwezig is, geen afstand kan doen.

De schriftelijke vaststelling van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk kan worden gedaan tijdens de uitvoering van een vorige tussen de partijen gesloten arbeidsovereenkomst, maar niet na de door de partijen overeengekomen datum voor de aanvang van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd.

U. t/ O.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 september 1991 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1108, 1°, van het Burgerlijk Wetboek, 6 en 9 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978,

doordat het arrest beslist dat de overeenkomst die «voor een bepaalde taak» tussen eiser en verweerder op 8 april 1986 is gesloten, diende te worden omschreven als een overeenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij de partijen bijgevolg op 6 mei 1988 door een dergelijke overeenkomst waren verbonden, en dat verweerder in zijn brief van 6 mei «die overeenkomst op onwettige wijze in een overeenkomst voor een bepaalde tijd had willen omvormen, terwijl dat soort overeenkomst voor iedere werknemer schriftelijk moet worden vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt», en vervolgens toch afwijzend beschikt op eisers vordering tot betaling van een compensatoire opzeggingsvergoeding, op grond: «dat die brief van 6 mei 1988 door (eiser) mede is ondertekend en hij daarop met de hand heeft geschreven 'voor akkoord'; dat dit akkoord weliswaar

betrekking heeft op een tekst die doelloos is, maar toch is gegeven; dat de nietigheid wegens niet-naleving van dwingende bepalingen in dit geval alleen een betrekkelijke nietigheid is, nu de werknemer het onsamenhangend en nietig karakter van dat geschrift kan aanvoeren; dat hij zulks thans doet, na zijn onvoorwaardelijke instemming te hebben betuigd, die aldus definitief is en inzonderheid betrekking heeft op de beëindiging van de overeenkomst op 31 december 1988»,

terwijl, ingevolge artikel 9 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk moet worden vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt; ingevolge artikel 6 van dezelfde wet alle met de bepalingen van de wet strijdige bedingen nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten;

eerste onderdeel, de partij in wier voordeel de nietigverklaring wordt uitgesproken, weliswaar door bevestiging van de nietige akte van de geboden bescherming kan afzien, maar die bevestiging op zijn vroegst kan gebeuren op het ogenblik dat de wettelijke bescherming zonder voorwerp is geworden; artikel 9 van de wet van 3 juli 1978 de werknemer het recht geeft ervan uit te gaan dat hij verbonden is door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en hem dus beschermt tot de datum van de beëindiging van die overeenkomst, zodat hij pas op dat ogenblik de nietige akte kan bevestigen; het arrest dat aanneemt dat de partijen op 6 mei 1988 geen wettige overeenkomst voor een bepaalde tijd konden sluiten, maar toch oordeelt dat eisers akkoord op het geschrift van 6 mei 1988 hem het recht ontzegt later de nietigheid ervan aan te voeren, bijgevolg de artikelen 6 en 9 van de wet van 3 juli 1978 schendt (...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt: dat verweerder eiser op 8 april 1986 in dienst had genomen «voor een bepaalde taak (vorming van bedienden van de werkloosheidsdiensten van betalingsinstellingen) met ingang op 5 mei 1986», dat verweerder op 6 mei 1988 de overeenkomst wijzigde in een overeenkomst «voor een bepaalde tijd met ingang op 5 mei 1986 en die van rechtswege eindigt op 31 december 1988» en dat eiser zijn ondertekening liet voorafgaan door de vermelding «voor akkoord»;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat «het voorwerp van de overeenkomst (eiser) niet de mogelijkheid bood bij benadering de duur van zijn tewerkstelling te schatten» en daaruit afleidt dat «de overeenkomst van 8 april 1986 moet worden beschouwd als een overeenkomst voor onbepaalde tijd»;

Overwegende dat de uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verbintenissen een einde kunnen nemen overeenkomstig de algemene wijzen waarop de verbintenissen tenietgaan; dat in beginsel voor de partijen bij die overeenkomsten geen verbod bestaat om die overeenkomsten in gemeen overleg tijdens hun uitvoering te vervangen door nieuwe en andere arbeidsovereenkomsten, zonder rekening te houden met de formaliteiten die nageleefd moeten worden bij eenzijdige beëindiging van de overeenkomst;

Overwegende dat, ingevolge artikel 9 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, de arbeidsovereenkomst

voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk moet worden vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt; dat die wetsbepaling alleen betekent dat de schriftelijke vaststelling moet worden gedaan voordat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd een aanvang neemt; dat die vaststelling dus kan worden gedaan tijdens de uitvoering van een vorige tussen de partijen gesloten arbeidsovereenkomst, maar niet na de door de partijen overeengekomen datum voor de aanvang van de uitoefening van de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd;

Overwegende dat artikel 9 van de wet van 3 juli 1978 een dwingende bepaling is; dat zij ten gunste van de werknemer een bescherming vestigt waarvan hij, zolang de bestaansredenen ervan aanwezig is, geen afstand kan doen; dat de werknemer daarvan inzonderheid geen afstand kan doen op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd schriftelijk wordt vastgesteld, anders zou hij die bescherming niet genieten;

Overwegende dat het arbeidshof bijgevolg niet naar recht heeft kunnen beslissen dat eiser geldig had ingestemd met een overeenkomst voor een bepaalde tijd met verweerder;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – *In fine* van de vierde overweging van het arrest moet blijkbaar worden gelezen «uitvoering van de arbeidsovereenkomst» i.p.v. «uitoefening...»

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 8 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Lahousse

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. De Jaegere

Wegverkeer – 1. Maneuver – Onvoorzienbare hindernis – 2. Maneuver van voorrang hebbende bestuurder

1. Een maneuver kan, door de omstandigheden waarin het gebeurt, een onvoorzienbare hindernis vormen.

2. Een bij samenloop van wegen voorrang hebbende bestuurder kan door de onvoorzienbaarheid van een door hem uitgevoerd verkeersmaneuver de andere bestuurders dermate in hun verwachtingen bedriegen dat hij door dat maneuver aan die andere weggebruikers voorrang verschuldigd is.

V. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 juni 1991 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Kortrijk;

Gelet op het verzoekschrift waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

Over de beide voorzieningen en de twee aangevoerde middelen samen;

Overwegende dat een maneuver, ingevolge de omstandigheden waarin het gebeurt, een onvoorzienbare hindernis kan vormen; dat de feitenrechter op onaantastbare wijze beoordeelt of dit in concreto het geval is;

Overwegende dat de rechter wettig vermag te beslissen dat een bij samenloop van wegen voorrang hebbende bestuurder door de onvoorzienbaarheid van een door hem uitgevoerd verkeersmaneuver de andere bestuurders dermate in hun verwachtingen kan verschalken dat hij door dit maneuver aan die andere weggebruikers voorrang verschuldigd is;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat de eiser achteruit rijdend op de hoofdbaan verweerder die het kruispunt opreed in zijn normale verwachtingen heeft verschalkt en aldus voor deze laatste een onvoorzienbare hindernis heeft gevormd;

Dat de appelrechters vaststellen dat verweerder er, in functie van de door hem voorzienbare verkeersomstandigheden, normaal mocht van uitgaan dat hij zonder gevaar het kruispunt kon oprijden;

Dat zij door hun motivering hun beslissing dat verweerder geen fout heeft begaan in verband met het ongeval en/of de schadelijke gevolgen daarvan naar recht verantwoorden;

NOOT – In het bestreden vonnis wordt, volgens het eerste middel, gezegd: «Er wordt immers niet betwist dat eiser V. achteruitreed op het moment van het ongeval nadat hij eerst tot stilstand was gekomen.»

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 FEBRUARI 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en Nelissen Grade

Invaliditeitspensioen mijnwerkers – Werk in de mijn – Effectieve stopzetting – Begrip

Onder effectieve stopzetting van het werk in de mijnondernemingen in de zin van art. 8 van het K.B. van 18 november 1970 dient te worden verstaan het definitief ophouden met het verrichten van mijnarbeid.

Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers t/ T.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 februari 1992 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het middel: schending van artikelen 1, enig lid, 2° en 3 van de besluitwet van 10 januari 1945 betreffende de maatschappelijke zekerheid van de mijnwerkers en er mee gelijkgestelden (artikel 1, enig lid, 2°, als vervangen bij wet van 28 april 1958; artikel 3 als gewijzigd bij de artikelen 71, § 7, en 75, § 3, 1°, van het koninklijk besluit nummer 50 van 24 oktober 1967 en bij artikel 3, inzonderheid artikel 64, § 1, van de wet van 10 oktober 1967), en van de artikelen 1, § 1, en 8 van het koninklijk besluit van 19 november 1970 betreffende het invaliditeitspensioenstelsel voor de mijn-

werkers (artikel 8 als gewijzigd door het koninklijk besluit van 29 mei 1972),

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing, na te hebben vastgesteld dat het geschil betrekking heeft op de verwerping van verweerders aanvraag tot het verkrijgen van een invaliditeitspensioen als mijnwerker, wegens de overschrijding van de termijn van twee jaar vanaf de datum van de effectieve stopzetting van het werk in de mijnonderneming, (...)

Overwegende dat onder «effectieve stopzetting van het werk in de mijnondernemingen» in de zin van artikel 8 van het koninklijk besluit van 19 november 1970 dient te worden verstaan het definitief ophouden met het verrichten van mijnarbeid;

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt dat de arbeids-overeenkomst van verweerder wegens arbeidsongeschiktheid was geschorst en pas op 13 september 1987 door opzegging werd beëindigd; dat het aldus te kennen geeft dat de beëindiging van de mijnarbeid vóór die datum nog niet definitief was;

Dat het arbeidshof op grond van de voormelde vaststellingen wettig beslist dat de effectieve stopzetting van de mijnarbeid gebeurde op 13 september 1987;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 FEBRUARI 1993

Voorzitter-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. Geinger

Faillissement – Faillietverklaring van vennootschap – Territoriaal bevoegde rechtbank van koophandel

Inzake faillietverklaring van een vennootschap is de woonplaats op grond waarvan de territoriale bevoegdheid van de rechtbank van koophandel moet worden bepaald, de plaats waar de maatschappelijke zetel van de vennootschap gevestigd is op het tijdstip van de staking van betaling.

Mr. De Ridder q.q. t/ N.V. S. e.a.

Gelet op het arrest van het Hof van 9 oktober 1992 waarbij eiser gemachtigd werd om te dagvaarden tot regeling van rechtsgebied;

Gelet op het exploitatiedagvaarding van 6 november 1992, bevattende de dagvaarding om voor het Hof te verschijnen;

Gehoord de partijen in hun middelen en conclusies;

Overwegende dat eisers vordering strekt tot regeling van rechtsgebied en tot het horen bepalen welke de territoriaal bevoegde rechtbank van koophandel was om het faillissement van de N.V. S. uit te spreken;

Overwegende dat het vonnis van 4 januari 1991 van de Rechtbank van Koophandel te Gent het faillissement uitspreekt van de N.V. S., met maatschappelijke zetel te 1020 Brussel, (...) en met exploitatiezetel te Deinze, (...) het tijd-

stip van de staking van betaling voorlopig vastgesteld zijnde op 4 juli 1990;

Dat het vonnis van 29 januari 1991 van de Rechtbank van Koophandel te Brussel het faillissement uitspreekt van dezelfde vennootschap met maatschappelijke zetel te Brussel op hetzelfde adres en het tijdstip van de staking van de betaling vaststelt op 29 juli 1990; dat het vonnis van 12 maart 1991 van deze laatste rechtbank eisers verzoek strekkende tot vernietiging van het vonnis van 29 januari 1991 afwijst;

Overwegende dat inzake faillietverklaring van een vennootschap, de woonplaats op grond waarvan de territoriale bevoegdheid van de rechtbank van koophandel moet worden bepaald, de plaats is waar de maatschappelijke zetel van de vennootschap is gevestigd op het tijdstip van de staking van betaling;

Overwegende dat uit de door de partijen aan het Hof overgelegde stukken blijkt dat de maatschappelijke zetel van de N.V. S. nooit in het rechtsgebied van de Rechtbank van Koophandel te Gent was gevestigd en dat in december 1990 slechts de exploitatiezetel verplaatst werd naar Deinze;

Overwegende dat uit vorengesegde volgt dat de Rechtbank van Koophandel te Brussel territoriaal bevoegd was om het faillissement uit te spreken;

Om die redenen, beslissende tot regeling van rechtsgebied; vernietigt het vonnis van 4 januari 1991 van de Rechtbank van Koophandel te Gent, alsook al wat hieruit is gevolgd; onttrekt de zaak aan de Rechtbank van Koophandel te Gent; beveelt dat de rechtspleging betreffende het faillissement van de N.V. S. zal worden voortgezet voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel, overeenkomstig het vonnis van 29 januari 1991; beveelt dat dit arrest zal worden overgeschreven in de registers van de Rechtbank van Koophandel te Gent en dat ervan melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde vonnis van 4 januari 1991; zegt voor recht dat de kosten van regeling van rechtsgebied verhaald zullen worden op het actief van het faillissement.

NOOT – Zie Cass., 9 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, 723.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

14e KAMER – 18 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Bijl

Advocaten: mrs. Carsau, Van den Eeden en Buyens loco Lebacqz

Bewijs – Eenzijdig contract – Borgtocht

Met de voorschriften van art. 1326 B.W. heeft de wetgever willen vermijden dat, bij eenzijdige contracten, de schuldeiser die de akte bezit, misbruik maakt van een blanco-ondertekening of op bedrieglijke wijze de cijfers wijzigt.

Dat gevaar bestaat niet wanneer het eenzijdig contract opgenomen is in een instrumentum van een wederkerig contract, in welk geval de bewijsregels gelden voor dit wederkerig contract.

N.V. Les A. t/ P.V.B.A. Van den B. e.a.

Overwegende dat appellante, ingevolge een rechtsgeldige overdracht van schuldvordering, haar vordering doet steu-

nen op een overgelegde schriftelijke overeenkomst van 14 december 1982, waaraan geen afbreuk wordt gedaan door de onjuiste vermelding van een mondelinge overeenkomst in de akte van betekening van afstand aan derden;

Overwegende dat tweede en derde geïntimeerde die overeenkomst betwisten zodat appellante gehouden is tot de bewijsvoering volgens de desbetreffende wettelijke regels;

De overeenkomst van 14 december 1982

Overwegende dat tweede en derde geïntimeerde gehuwd zijn en zaakvoerders zijn van een vennootschap die een lening aangaat;

Overwegende dat de leningsmaatschappij, zoals gebruikelijk, zekerheden nastreeft door overeenkomsten van borgstelling, hypothecaire procuratie op onroerend goed en handelszaak en bovendien wisselbrieven uittrekt;

Overwegende dat in de onderhandse akte van 14 december 1982 twee overeenkomsten worden opgenomen:

- de overeenkomst van lening door de vennootschap, «ontlener» genoemd, die een eerste maal ondertekend wordt door tweede en derde geïntimeerde in hun hoedanigheid van vertegenwoordigers van de vennootschap;

- een overeenkomst van hoofdelijke en ondeelbare borgtocht voor de verbintenis tot terugbetaling van het geleende bedrag, die een tweede maal ondertekend wordt door tweede en derde geïntimeerde in hun hoedanigheid van borgen;

Overwegende dientengevolge dat zowel de borgtocht als de hoofdelijkheid uitdrukkelijk bepaald worden en geenszins vermoed worden;

Overwegende dat tweede en derde geïntimeerde het bewijs van de overeenkomst van borgtocht met slechts een eenzijdige verbintenis betwisten omdat de onderhandse akte niet voldoet aan het voorschrift van artikel 1326 B.W., doordat het niet geheel geschreven is met de hand van de ondertekenaar, noch ten minste met de hand een goed voor of een goedgekeurd voor geschreven te hebben, waarbij de som voluit in letters wordt uitgedrukt;

Overwegende dat inderdaad die voorschriften van artikel 1326 B.W. niet in acht zijn genomen;

Overwegende dat door die voorschriften de wetgever wil vermijden dat in eenzijdige contracten, de schuldeiser die de akte bezit, misbruik zou maken van een blanco-ondertekening of op bedrieglijke wijze de cijfers zou wijzigen;

Overwegende dat dit gevaar evenwel niet bestaat wanneer het eenzijdig contract opgenomen is in een instrumentum van een wederkerig contract, in welk geval de bewijsregels gelden voor dit wederkerig contract;

Overwegende dat dit te dezen het geval is, te meer omdat tweede en derde geïntimeerde in een dubbele hoedanigheid optreden, enerzijds als organen van de «ontlenende» vennootschap, anderzijds in eigen naam als natuurlijke personen als hoofdelijke borgen;

Overwegende dat bijgevolg nagegaan dient te worden of voldaan werd aan de voorschriften van artikel 1325 B.W.;

Overwegende dat door het door appellante overgelegd stuk bewezen wordt dat er twee originelen zijn opgemaakt en dat op elk origineel vermeld is hoeveel originelen werden opgemaakt;

Overwegende dat het te dezen duidelijk is dat het echtpaar, tweede en derde geïntimeerde, en de vennootschap waarvan zij zaakvoerders zijn, allen hetzelfde belang hebben

zodat er in feite maar twee onderscheiden belangen zijn: die van de uitlener en die van het echtpaar;

Overwegende bijgevolg dat twee exemplaren te dezen volstaan zodat aan het voorschrift van artikel 1325 B.W. voldaan werd;

Overwegende bovendien dat uit de overgelegde stukken blijkt dat deze overeenkomst overigens reeds gedeeltelijk is uitgevoerd: er werd een wissel getrokken waarop tweede en derde geïntimeerde eerst tekenden voor acceptatie als organen van de vennootschap en nadien in eigen naam als borgen - ingevolge de hypothecaire procuratie werd het onroerend goed van tweede en derde geïntimeerde reeds verkocht, waarvan de opbrengst in mindering wordt gebracht op het geleende bedrag - de loonafstand werd betekend en uitgevoerd;

Besluit

Overwegende dat de vordering dan ook gegrond is; dat het bedrag van 21.014 fr. verantwoorde onkosten zijn die begrepen zijn in de schuld;

Overwegende dat door de uitdrukkelijk bedongen hoofdelijkheid en ondeelbaarheid er geen voordeel van uitwinning of splitsing bestaat; dat, gezien de reeds meer dan tien jaar verstreken tijd, er geen aanleiding meer toe bestaat om uitstel van betaling te verlenen;

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

5e KAMER - 15 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. Marcelis

Raadsheer: de h. Heylen

Raadsheer in sociale zaken: de h. Stoops

Openbaar ministerie: de h. Van Den Bon

Advocaten: mrs. Wouters en Charlier

Sociaal statuut zelfstandigen - Bijdragen - Verjaring - Stuiving - Aanvraag tot vrijstelling

De aanvraag tot vrijstelling van de bijdragen voor het sociaal statuut der zelfstandigen houdt een erkenning in van het recht van de sociale-verzekeringskas en stuit de verjaring van haar vordering tot betaling van die bijdragen.

D. t/ S.B.B. Sociaal Verzekeringsfonds

Overwegende dat (appellant) de verjaring van de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde opwerpt en hiervoor steunt op artikel 16, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967, houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen;

Overwegende dat artikel 16, § 2, bepaalt dat de vordering van de in het besluit gestelde bijdragen verjaart na 5 jaar te rekenen vanaf de 1ste januari die volgt op het jaar waarvoor zij verschuldigd zijn, en dat de verjaring wordt gestuit onder meer op de wijze bepaald in de artikelen 2244 en volgende van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de erkenning van het recht van hem tegen wie de verjaring loopt, door de schuldenaar gedaan, de verjaring stuit;

Overwegende dat het te dezen gaat om bijdragen voor de twee laatste kwartalen van 1982 en de drie eerste kwartalen van 1983;

Overwegende dat uit de door geïntimeerde overgelegde stukken blijkt dat appellant zonder enige beperking op 30 december 1985, zijnde binnen de termijn van vijf jaar gesteld bij hiervoren vermeld artikel 16, § 2, een aanvraag indiende bij de commissie voor vrijstelling van bijdragen teneinde vrijstelling te krijgen van de gevorderde bijdragen;

Overwegende dat zulk een aanvraag, met toepassing van artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek, erkenning inhoudt van het recht van geïntimeerde en derhalve een stuiting uitmaakt van de verjaring (Arbeidshof Gent, 17 januari 1986, niet gepubliceerd);

Overwegende dat vanaf 30 december 1985 derhalve een nieuwe termijn van vijf jaar is beginnen te lopen binnen welke geïntimeerde heeft gedagvaard, namelijk op 3 mei 1990;

Overwegende dat derhalve de vordering van geïntimeerde niet verjaard is; dat het dan ook niet meer nodig is in te gaan op de vraag of de aanmaningen die geïntimeerde verzond, eveneens de verjaring hebben gestuit;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

3e KAMER — 17 DECEMBER 1992

Voorzitter: mevr. De Bauw

Openbaar ministerie: de h. Coppieters

Advocaten: mrs. Vandebergh en Decordier

Belasting over de toegevoegde waarde — Dwangbevel — Betekening — Vormen

Niet vereist is dat de aan de aan de belastingplichtige ter kennis gebrachte afschriften van het dwangbevel en van het proces-verbaal voorzien worden van de handtekening in origineel van degene die het dwangbevel opgesteld, respectievelijk geïntimeerd en uitvoerbaar verklaard heeft.

P.V.B.A. T. t/ Belgische Staat

2. Bespreking

2.1. *Nopens de nietigheid van de kennisgeving van de dwangbevelen inzake A.R. nr. 217/90 en nr. 218/90.*

2.1.1. Het door de eiseres overgelegde afschrift van het dwangbevel met in bijlage het voor eensluidend verklaard afschrift van het proces-verbaal, zoals deze haar ter kennis werden gebracht op 11 januari 1990, bevatten niet de handtekening in origineel van de ambtenaar die ze heeft opgesteld.

De verweerder voegt bij haar stavingsstukken het origineel dwangbevel dat op 28 december 1989 in origineel werd ondertekend door de Ontvanger van het B.T.W.-Ontvangkantoor Gent 1, E. Baetens, en op 9 januari 1990 werd geïntimeerd en uitvoerbaar verklaard door de Gewestelijke Directeur van de Administratie van de B.T.W., Registratie en Domeinen, B. Desmet, die daartoe een origineel heeft ondertekend.

Op de aan de eiseres overgemaakte afschriften van het dwangbevel en het proces-verbaal heeft de Ontvanger, E. Baetens, wel in origineel geschreven:

«Voor eensluidend verklaard afschrift

Gent BOK 1, 11/01/1990

De Ontvanger

E. Baetens»

en heeft hij boven zijn naam in origineel genaamtekend.

2.1.2. Ook in de procedure onder A.R. nr. 218/90 bevatten het door de eiseres overgelegde dwangbevel en proces-verbaal niet de handtekening in origineel van de ambtenaar die ze heeft opgesteld.

De verweerder legt eveneens het origineel dwangbevel met daarop de originele handtekeningen over.

De door de eiseres overgelegde afschriften bevatten opnieuw de formule van eensluidendverklaring en de handtekening in origineel van de Ontvanger, die tot de kennisgeving overging, op dezelfde wijze als onder 2.1.1 toegelicht.

2.1.3. De eiseres stelt dat, bij gebreke van originele handtekeningen van de opstellende ambtenaar op het aan haar ter kennis gebrachte afschrift van het dwangbevel en van het proces-verbaal, de kennisgeving van het dwangbevel nietig zou zijn omdat zij als belastingplichtige, jegens wie het afschrift als origineel geldt, niet zou hebben kunnen vaststellen dat het origineel dwangbevel en proces-verbaal alle vereiste wettelijke vermeldingen bevatte, waaronder de handtekening.

Terwijl de eiseres in haar conclusie van 17 oktober 1990 (A.R. 217/90) stelt dat het dwangbevel nietig zou zijn, stelt zij in haar conclusie van 31 januari 1991 (A.R. 217/90) dat de betekening van het dwangbevel — niet het dwangbevel zelf — nietig zou zijn.

De redenering van de eiseres kan niet gevolgd worden.

2.1.4. Het dwangbevel is een buitengerechtigde akte die door de administratieve overheid wordt uitgevaardigd en bestemd is om als uitvoerbare titel te dienen ter invordering van belastingsschuld.

De wet schrijft geen bijzondere vormvereisten voor. Art. 85, § 1, B.T.W.-Wetboek bepaalt dat het dwangbevel wordt uitgevaardigd door de met de invordering belaste ambtenaar en wordt geïntimeerd en uitvoerbaar verklaard door de Gewestelijke Directeur van de Administratie van de B.T.W., Registratie en Domeinen.

Voldoende is dat het dwangbevel het voorwerp en de oorzaak van de vordering op voldoende gemotiveerde wijze doet kennen aan de belastingplichtige om hem in staat te stellen de gegrondheid ervan te beoordelen.

De dwangbevelen, voorwerp van de onderhavige verzetsprocedures, voldoen aan die vereisten nu de aangehechte processen-verbaal met stavingsstukken, enerzijds, een duidelijke motivering laten kennen, en, nu anderzijds, de ondertekening door de Ontvanger erop wijst dat hij het dwangbevel heeft uitgevaardigd en de ondertekening door de Gewestelijke Directeur dat hij het heeft geïntimeerd en uitvoerbaar verklaard. Zij zijn geenszins nietig.

2.1.5. Art. 85, §§ 1 en 3, B.T.W.-Wetboek bepalen verder dat de kennisgeving van het dwangbevel gebeurt bij een ter post aangetekende brief of wordt betekend bij deurwaarders-exploit met bevel tot betaling.

In verband met de kennisgeving of betekening van het dwangbevel is in de fiscale wetten geen andere bijzondere

bepaling terug te vinden. Het gemeen recht is terzake van toepassing (art. 32 Ger.W.).

Terwijl, krachtens art. 45 Ger.W., het afschrift van het betekeningsexploot door de gerechtsdeurwaarder ondertekend moet zijn, schrijft geen wettelijke bepaling zulks voor wat het dwangbevel betreft.

Het is niet vereist dat de aan de belastingplichtige overgemaakte afschriften van het dwangbevel en van het proces-verbaal zouden voorzien worden van de handtekening in origineel van degene die het dwangbevel heeft opgesteld, respectievelijk geïssueerd en uitvoerbaar verklaard heeft.

De vaststelling dat de Ontvanger, die het dwangbevel bij ter post aangetekende brief ter kennis heeft gebracht van de eiseres, het dwangbevel en het proces-verbaal telkens heeft voorzien van de formule van eensluidendverklaring, door hem in origineel ondertekend, biedt de belastingplichtige de waarborg dat de originelen van het dwangbevel en van het proces-verbaal voorzien zijn van de handtekeningen van de onderscheiden ambtenaren, zonder dat hij verplicht wordt daarvoor elders opzoeken te moeten doen.

De vermelding door deze ambtenaar in de uitoefening van zijn taak — dat hij de gelijklopendheid heeft vastgesteld van het origineel met het door hem gewaarmerkt afschrift — geldt als volledig bewijs van de conformiteit, zolang zijn vermelding niet van valsheid wordt beticht.

2.1.6. Om alle voormelde redenen kan niet besloten worden tot de nietigheid van de kennisgevingen omdat de afschriften van de dwangbevelen en de processen-verbaal geen originele handtekeningen vermelden.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUGGE

KORT GEDING — 18 NOVEMBER 1991

Voorzitter : de h. Van Ooteghem

Advocaten : mrs. Laevens, Crivits en Persyn

Retentierecht — Boekhoudkundige stukken

De terughouding, door een accountant, van de boekhoudkundige stukken van zijn opdrachtgever is kennelijk onterecht, omdat die boekhoudkundige stukken niet in geld omzetbaar zijn en uitsluitend aan de persoon van de opdrachtgever verbonden en derhalve niet het voorwerp van retentie of beslag kunnen uitmaken.

B.V.B.A. A. e.a. t/ B.V.B.A. F.

1. De rechtspleging

Bij dagvaarding betekend op 22 augustus 1991 vorderen eiseressen de veroordeling van verweerster tot het afgeven van al hun boekhoudkundige stukken in het bezit van verweerster, betreffende het jaar 1989 en betreffende de vorige jaren, en de veroordeling van verweerster tot het afdoende beantwoorden van de bij aangetekend schrijven van 6 mei 1991 gestelde vragen, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 fr. per dag vertraging.

Eiseressen zetten uiteen, dat zij op 6 mei 1991 een einde gemaakt hebben aan de opdracht van verweerster om hun boekhouding te verzorgen en om hun belastingaangiften in

te dienen en dat verweerster weigert, hun boekhoudkundige stukken af te geven en de nodige inlichtingen te verstrekken.

Verweerster betwist de vordering. Zij voert aan :

- dat de vordering een beslissing ten gronde, die niet in kort geding kan worden genomen, vergt ;

- dat er geen urgentie is ; dat eiseressen niet concreet omschrijven, welke de stukken zijn waarvan zij afgifte vorderen ;

- dat de vordering tot het afdoende beantwoorden van vragen zinledig is en ;

- dat zij retentierecht uitoefent op de stukken, zolang eiseressen de verschuldigde facturen niet vereffenen.

Verweerster voegt in haar tweede conclusie daaraan toe, dat de vordering tot afgifte van de stukken zonder voorwerp is geworden, daar zij onder alle voorbehoud, alle in haar bezit zijnde stukken aan eiseressen heeft bezorgd.

2. Bespreking

De vordering tot afgifte van de boekhoudkundige stukken

Deze vordering is niet zonder voorwerp geworden want verweerster bewijst niet, dat zij de stukken heeft bezorgd aan eiseressen en eiseressen van hun kant bevestigen niet dat zij de stukken hebben ontvangen.

Deze vordering is dringend, want eiseressen moeten over hun boekhoudkundige stukken kunnen beschikken ; niet alleen voor hun belastingaangiften, maar ook voor de belastingcontroles, die op elk ogenblik kunnen plaatsvinden.

Als rechter in kort geding kunnen wij de afgifte bevelen van teruggehouden stukken, wanneer de terughouding klaarblijkelijk ten onrechte gebeurt.

De terughouding door verweerster van de boekhoudkundige stukken van eiseressen is klaarblijkelijk onterecht, omdat de boekhoudkundige stukken van eiseressen niet omzetbaar zijn in geld en uitsluitend aan de persoon van eiseressen verbonden zijn en derhalve het voorwerp niet kunnen uitmaken van retentie of beslag (vgl. RPDB, Tome XI Ré-tention, nr. 36 ; De Leval, *Traité des saisies*, nr. 38 ; Cass., 27 januari 1983, *R.W.*, 1983-84, 1637).

Wij veroordelen verweerster dus tot afgifte van deze stukken.

Wij kunnen echter geen dwangsom opleggen voor het geval verweerster niet aan de veroordeling zou voldoen, omdat eiseressen geen precieze omschrijving van de stukken in het bezit van verweerster doen en het opleggen van een dwangsom bij ontstentenis van afgifte van niet nauwkeurig omschreven stukken, verweerster zou kunnen blootstellen aan willekeur en onoplosbare executiegeschillen zou kunnen veroorzaken, wegens de onmogelijkheid om objectief vast te stellen of verweerster al dan niet aan de veroordeling heeft voldaan.

De vordering tot het afdoende beantwoorden van vragen

Het blijkt op heden onvoldoende dat verweerster niet afdoende antwoordt op vragen van eiseressen, die zij (volgens eiseressen) verplicht is te beantwoorden.

Deze vordering kan derhalve niet in kort geding ingewilligd worden.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Arbitragehof, 4 maart 1993

Vreemdeling – Vluchteling – Wet van 15 december 1980, art. 52, § 1, 7° – Vernietiging

Om de hierna weergegeven redenen vernietigt het Hof in de wet van 15 december 1980 het 7° van art. 52, § 1, als gewijzigd bij de wet van 18 juli 1991. Dat brengt tevens de vernietiging mee van de woorden «en 7°» in § 2, 2°, § 3, 2°, en § 4, 2°, van art. 52.

«B.2.7. De bestreden bepaling van artikel 52, § 1, 7°, behoudt het individuele onderzoek van elke aanvraag tot erkenning als vluchteling, alsmede de mogelijkheid van beroep, maar legt aan de vreemdelingen die zich vluchting verklaren en die onder de toepassing van die bepaling vallen, de omkering van de bewijslast in de ontvankelijkheidsprocedure op.

«Het aldus gemaakte onderscheid tussen vreemdelingen die afkomstig zijn uit een land waaruit tijdens het voorbije jaar ten minste vijf procent van de asielaanvragers afkomstig was en met betrekking tot wie minder dan vijf procent van de beslissingen aanleiding heeft gegeven tot erkenning, enerzijds, en andere vreemdelingen, anderzijds, heeft tot doel sneller 'deze asielzoekers te weren die op geen enkele wijze beantwoorden aan de definitie van het Verdrag van Genève en bijgevolg onvermijdelijk geweigerd zullen worden. Dit is zowel in hun eigen belang en dat van de echte vluchtelingen als in het belang van de Belgische samenleving' (*Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1076-2, p. 35 – Verslag namens de Commissie van Justitie).

«B.2.8. Dat onderscheid steunt op objectieve vaststellingen. Het houdt verband met het nagestreefde doel. Toch is het niet evenredig met dat doel, dat kan worden bereikt door de toepassing van andere bepalingen van de wet, met name artikel 52, § 1, 2°, dat zonder onderscheid geldt voor alle vreemdelingen die zich vluchteling verklaren.

«Naar luid van die bepaling kan de vreemdeling die zich vluchteling verklaart en wiens aanvraag 'klaarblijkelijk steunt op motieven die totaal vreemd zijn aan het asiel, inzonderheid omdat ze bedrieglijk is, of omdat ze geen verband houdt met de criteria bepaald bij artikel 1, A (2), van het Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ondertekend te Genève op 28 juli 1951, noch met andere criteria die de toekenning van asiel wettigen', teruggedreven of de toelating tot het verblijf geweigerd worden.

«Onder de redenen die de toepassing van die bepaling rechtvaardigen kan de Minister met name de omstandigheid in overweging nemen dat tal van aanvragen door de onderdanen van een land zijn ingediend waarvan de politieke situatie niet verantwoordde dat zij werden ingewilligd. Maar in zoverre de vier bestreden bepalingen één enkele categorie van vreemdelingen die zich vluchteling verklaren een omkering van de bewijslast opleggen, reiken zij verder dan wat noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.

«Daaruit volgt dat die bepalingen een onderscheid in het leven roepen dat niet verenigbaar is met de artikelen 128, 6 en 6bis van de Grondwet.»

(Voorzitter : de h. André – Rapporteurs : de hh. Martens en Suetens – Advocaten : mrs. Beauthier, Gillet, Verdussen, Melis loco Walley, Lagasse en Denys – In de zaak : Belgische Nationale Orde van Advocaten e.a. – Arrest nr. 20/93).

NOOT – Het Hof heeft het beroep van verscheidene verenigingen zonder winst oogmerk ontvankelijk, maar dat van de Nationale Orde van Advocaten wegens gebrek aan belang niet ontvankelijk verklaard.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 12 maart 1992

Vonnissen en arresten – Identiteit van een partij niet vermeld – 1. Verbetering – Niet mogelijk als daardoor de veroordeling tot die partij uitgebreid wordt – 2. Sanctie – Nietigheid

In het bestreden vonnis (Rb. Namen, 16 november 1990) werd de identiteit van een van de partijen niet vermeld. Deze stelde een cassatievoorziening in wegens schending van artikel 780, eerste lid, 2°, Ger.W.

De door de verweerders opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid (gebrek aan belang) wordt om de volgende redenen niet aangenomen :

«Overwegende dat de verweerders betogen dat de niet-vermelding van de naam, de voornaam en de woonplaats van de vijfde verweerster in het bestreden vonnis een verschrijving is, die in aanmerking kwam voor verbetering op grond van de artikelen 794 tot 796 van het Gerechtelijk Wetboek ;

«Overwegende dat luidens het bovengenoemde artikel 794 de rechter de verschrijvingen of misrekeningen die in een door hem gewezen beslissing voorkomen, kan verbeteren, zonder evenwel de daarin bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen ;

«Overwegende dat de door verweerders voorgestelde verbetering onder meer tot gevolg zou hebben dat de ten laste van de overige verweerders uitgesproken veroordelingen tot de vijfde verweerster zouden worden uitgebreid».

Het bestreden vonnis wordt om volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat het bestreden vonnis, door de naam, de voornaam en de woonplaats van de vijfde verweerster niet te vermelden, artikel 780 van het Gerechtelijk Wetboek schendt.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaten : mrs. Draps en Delahaye – In de zaak : D. t/ S. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 januari 1993

Geneeskunde – Tuchtprocedure – Onpartijdige rechter – Provinciale raad – Leden van de onderzoekscommissie die de zitting hebben verlaten voordat de beraadslaging begon – Magistraat-assessor die de beraadslaging heeft bijgewoond maar niet aan de beslissing heeft deelgenomen

Eisers eerste middel tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 6 januari 1992) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 6.1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden noch artikel 14.1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten vereisen dat het rechtscollège, te dezen de provinciale raad, dat aan het toezicht van hogere rechtscollèges onderworpen is, zelf aan het vereiste van die artikelen voldoet;

«Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

«Overwegende dat het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter onafhankelijk en onpartijdig moet zijn, onder andere wordt miskend wanneer een rechter ten aanzien van wie er wettige redenen zijn om te vrezen dat hij niet de nodige waarborgen inzake onpartijdigheid biedt waarop de justitiabelen recht hebben, de beslissing neemt of daaraan deelneemt;

«Overwegende dat de bestreden beslissing vaststelt dat twee leden van de onderzoekscommissie, J. Van de H. en I.L., 'openlijk en contradictoir' de zitting van 10 mei 1989 hebben bijgewoond en de zitting hebben verlaten vooraleer de beraadslaging begon, en voorts dat de magistraat-assessor, A.W., de beraadslaging heeft bijgewoond maar niet heeft deelgenomen aan de beroepen beslissing; dat de bestreden beslissing aldus vaststelt dat die personen niet aan de beroepen beslissing hebben deelgenomen;

«Overwegende dat de in het middel vermelde omstandigheden bij eiser aldus geen gewettigde twijfel konden doen ontstaan nopens de geschiktheid van de provinciale raad van de Orde der Geneesheren om over zijn zaak een onpartijdig oordeel te vellen;

«Overwegende dat de omstandigheid dat de magistraat-assessor hoger beroep kan instellen tegen de beslissing van de provinciale raad niet inhoudt dat de provinciale raad zelf niet onpartijdig zou kunnen beslissen;

«Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen;»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler – In de zaak: M. t/ Orde der Geneesheren)

BOEKEN

S.A. JONKER en W. KONIJNENBELT, **Convenanten in het onderwijs**, Preadviezen voor een op 22 november 1991 gehouden jaarvergadering van de Vereniging voor Onderwijsrecht (Onderwijsrecht 11), Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, 58 pp. ISBN 90-271-3604-1

A.C. ZYDERVELD en B. DEWITTE, **Europa en het onderwijs**, Preadviezen voor de op 20 november 1992 te houden jaarvergadering van de Vereniging voor Onderwijsrecht (Onderwijsrecht 12), Tjeenk Willink, Zwolle 1992, 45 pp. ISBN 90-271-3658-0

Beide hier te bespreken werkjes geven preadviezen weer voor de jaarvergaderingen van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht. In 1991 was de problematiek van convenanten in het onderwijs aan de orde. Meer dan bij ons is op dit ogenblik in Nederland

het gebruik van convenanten in de mode, meteen een verklaring voor een nog groeiend gebruik (Konijnenbelt, 31). In die mate zelfs dat niemand nu nog goed ziet waar we daarmee staan. In het Nederlands Juristenblad verscheen een oproep om de redactie zoveel mogelijk te informeren over bestaande convenanten («Zicht op convenanten. Oproep», *N.J.*, 1992, 1483). Het preadvies van de Amsterdamse hoogleraar W. Konijnenbelt, «Convenanten als instrument van onderwijsbeleid, mislukte poging of geslaagde vondst. De bril van een jurist», is erg verhelderend. Convenanten zijn beleidsinstrumenten waarin afspraken worden vastgelegd tussen enerzijds een overheid, anderzijds andere overheden of privaatrechtelijke (rechts)personen. In sommige convenanten wordt geen echte juridische binding beoogd, in andere wel, nog andere lijken te blijven hangen tussenin. Konijnenbelt spreekt van een «soft focus contract» à la David Hamilton (p. 33). «Daardoor kan het dienen om een soort goede wil, een positieve, coöperatieve houding te laten blijken, zonder dat echt duidelijk hoeft te worden vastgelegd waartoe partijen zich precies verbinden» (p. 33). «Ook kan de verwachting bestaan dat er grotere kans is op vrijwillige, niet van overheidswege afgedwongen naleving van gedragsregels wanneer die 'vrijwillig' zijn overeengekomen dan wanneer ze eenzijdig zijn opgelegd: het 'commitment motief' (veel moderne milieuconvenanten); daarmee vormen zulke convenanten een overgangsfiguur tussen overheidsregulering en zelfregulering» (p. 31). Bij ons is de figuur, buiten de milieuconvenanten in het Vlaamse Gewest, weinig bekend. In onderwijszaken lijkt de formule in Nederland o.m. gebruikt i.v.m. afspraken tot reorganisatie van het hoger onderwijs met toezegging van een «moratorium» in de besparingen, inschakelen van onderwijs in stedelijke plannen voor sociale vernieuwing (cf. het preadvies van S. Jonker, «Onderwijsconvenanten; een bijdrage?»), oriënteren van het migrantenonderwijsbeleid, enz. Uit het debat bleek dat heel wat deelnemers de convenanten wel als beleidsinstrument waardeerden, maar waarschuwen voor mogelijke conflicten met de normale regelen voor uitoefening van overheidsbevoegdheden. Het preadvies van W. Konijnenbelt was voor ons alvast stimulerende lectuur.

De jaarvergadering van 1992 handelde over «Europa en het Onderwijs». Het jaarboek opent met een korte maar lezenswaardige cultuursociologische bijdrage van A.C. Zijderfeld over «Educatie, onderwijs, overheden», waarin tendensen in het onderwijs worden ontleed. De auteur wijst op het vervagende onderscheid tussen hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderwijs en op het terugdringen van de onderzoekscomponente in het wetenschappelijk onderwijs, wat kan leiden tot «een grauwe massa hoger onderwijs». Anderzijds ziet de auteur na een periode van sterke verstatelijking en niet aflatende herstructurering, sinds de jaren '88 een tendens naar deregulering en afstandelijk bestuur. De vraag ligt open of de vrijgekomen ruimte ook effectief op het lokale niveau zal worden ingevuld en hoeveel daarvan anderzijds naar het niveau van het Europees Gemeenschapsrecht zal worden toegezogen.

Over die laatste vraag handelt ook het preadvies over het «Europees onderwijsrecht» van de erkende specialist ter zake, professor B. De Witte van de universiteit van Maastricht. Het is verplichte lectuur voor wie zich op dit terrein wil oriënteren. De auteur beheerst de problematiek volkomen en schetst op magistrale wijze de ontwikkelingen vanuit erg begrensde aanknopingspunten in het E.E.G.-verdrag, over tumultueuze rechtspraak van het Europees Hof en een steeds verder grenzen verleggend impuls vanuit de Europese administratie, naar een poging tot stabiliseren en beheersen in de nieuwe artikelen 126 en 127 ingevoegd door het verdrag van Maastricht. Niet alleen wordt de historische ontwikkeling klaar geschetst; er is ook een stuk systematiek van de verworvenheden (beginselen van gelijkheid en wederzijdse erkenning, bevoegdheden, instrumenten) en een eerste verkenning van de Maastrichtse perspectieven. Men leest niet elke dag een auteur die zijn onderwerp zo helder en toch diepgaand weet te behandelen. Een betere gids op het terrein kan men zich niet voorstellen.

R. Verstegen

M. van DELFT-BAAS, **Consumentenkoop**, in *Monografieën Nieuw B.W.*, B 65 b, Kluwer, Deventer, X pp. + 77 pp.

In dit deeltje van het «losdelig» handboek «Monografieën Nieuw B.W.» bespreekt de auteur de eigen regels die het N.B.W. voor de consumentenkoop in titel 7.1 kent.

De Nederlandse wetgever opteerde voor een gelaagde structuur waarbij de bepalingen in verband met de consumentenkoop aansluiten op de algemene regel inzake koop, waarvan ze de uitwerking of afwijking zijn. De auteur legt dan ook herhaaldelijk de link met het algemeen kooprecht, met de regelen van het oude B.W. en met de algemene beginselen van het overeenkomstenrecht. Het boekje bevat eveneens enkele summier rechtsvergelijkende aantekeningen i.v.m. het Zweedse, Engelse en Franse kooprecht.

Met betrekking tot de begripsbepaling van de «consumentenkoop», d.i. de koop van roerende zaken, met uitzondering van registergoederen en door leidingen aangevoerd water en gas, gesloten door de verkoper in de uitoefening van een beroep of bedrijf en een koper, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:5 N.B.W.) rijst hetzelfde afbakeningsprobleem als met het begrip «consument» in de recente Belgische wetgeving (vgl. art. 1, 1°, wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, art. 1, 7°, wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de bescherming en voorlichting van de consument en art. 1 wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet).

De auteur opteert i.v.m. art. 7:5 N.B.W. omwille van de rechtszekerheid en de duidelijkheid voor een objectieve benadering: er is pas sprake van een consumentenkoop als de overeenkomst *niet* is maken heeft met het beroep of bedrijf van de koper (blz. 16).

De vervanging van de verborgen-gebrekenregeling uit het oude B.W. door de conformiteitseis (art. 7:17 N.B.W.) wordt positief beoordeeld. De oude regeling was immers ongunstig voor de koper en kende, in tegenstelling tot het Franse (en Belgische) recht, de gelijkstelling van de professionele verkoper met de verkoper die het gebrek kent, niet.

Ook de korte termijn (in Nederland vroeger meestal bepaald op zes weken) om de vordering in te stellen, wordt vervangen door enerzijds een klachttermijn die de koper verplicht binnen «bekwame tijd» de verkoper ervan in kennis te stellen dat het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt en, anderzijds, een vorderings- of verweertermijn die verjaart twee jaar na kennisgeving van de klacht (art. 7:23 N.B.W.).

De schaderegeling (art. 7:24 N.B.W.) bekritiseert de auteur als zijnde de meest controversiële bepaling inzake consumentenkoop (blz. 44 e.v.). Naar analogie met de produktaansprakelijkheid wordt een onderscheid gemaakt tussen transactieschade en gevolgschade. Voor gevolgschade kan de koper enkel de producent aanspreken, hetgeen hem ertoe verplicht van twee partijen vergoeding te vorderen. De stelling van de regering dat de professionele verkoper niet hoeft op te treden als een soort borg voor de producent, kan de auteur geenszins bekoren (blz. 48).

Een positieve beoordeling krijgt de nieuwe risicoregeling (art. 7:10): het risico gaat in principe over bij de aflevering van het goed of vanaf het ogenblik dat de koper in verzuim is met een handeling waaraan hij bij de aflevering moet meewerken. Het oude onderscheid tussen genuskoop en speceskoop wordt niet meer gemaakt.

De regeling m.b.t. de consumentenkoop is van dwingend recht. De toepassing ervan naast de regeling van de algemene voorwaarden stelt volgens de auteur geen probleem: ofwel zijn de bepalingen soortgelijk, ofwel verschillen ze en in dat laatste geval past men de regel uit het kooprecht waardoor de koper een betere bescherming wordt geboden, toe (blz. 65).

Dit boekje beantwoordt volledig aan de doelstellingen van de «Monografieën Nieuw B.W.»: de nieuwe regeling wordt bondig besproken met verwijzing naar de ontstaansgeschiedenis en naar de andere bepalingen van het N.B.W. die ermee samenhangen.

Maarten Dambre
Universiteit Gent

De rechter aan de kant — alternatieve geschillenbeslechting, Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1992 onder redactie van prof. mr. H.J. SNIJDERS en de Jonge Balie Congrescommissie 1992, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992

Dit boek bundelt een aantal bijdragen over alternatieve geschillenbeslechting in Nederland. Het bevat teksten over arbitrage, bindend advies en andere vormen van geschillenbehandeling in uiteenlopende rechtstakken, zoals internationaal contractenrecht, consumentenrecht, bouwrecht, verzekeringsrecht, strafrecht, bestuursrecht en arbeidsrecht. De rode draad die door al deze teksten heen

loopt, is de belichting van de rol die de advocaat in het kader van deze buitengerechtelijke geschillenbehandeling al dan niet dient te spelen.

Zoals bekend, spiegelen tal van Europese alternatieve geschillenbeslechtsers zich aan de sinds enkele decennia in de Verenigde Staten florerende *Alternative Dispute Resolution (ADR)*-beweging. De veelal ongenuanceerde manier waarop Amerikaanse politici, maatschappelijke werkers en juristen de buitengerechtelijke — alternatieve — methodes van geschillenbehandeling propageren, heeft mij altijd geërgerd. Deze propaganda heeft doorgaans geen oog voor het feit dat menige instantie ter alternatieve geschillenbehandeling geen of weinig *reële* waarborgen biedt voor de verdediging van de belangen van de sociaal en economisch zwakkere partij. Met genoeg heb ik vastgesteld dat de bijdragen in het hier besproken boek zich meestal niet aan deze ongenuanceerdheid bezondigen. Professor Sniijders, bijvoorbeeld, stelt in de inleidende bijdrage de «prikkelende» vraag «of de overheidsrechter het tegenover de arbiter, bindend adviseur en andere alternatieve geschillenbeslechtsers aflegt». Hij komt tot de gelukkige constatering dat «de overheidsrechter dus toch de grote broer van de alternatieve geschillenbeslechtsers is, die uiteindelijk, zij het soms marginaal het laatste woord heeft als de justitiabelen dat zonodig willen».

Van de elf in het boek verschenen bijdragen, zijn mij in de eerste plaats de teksten over NAI-arbitrages (mr. P.V. van Baal) en geschillencommissies (mr. R. Overeem) opgevallen. De bijdrage van mr. P.W. van Baal geeft een helder en beknopt overzicht van de werking van de te Rotterdam gevestigde stichting Nederlands Arbitrage Instituut (NAI). Dit NAI is het enige algemene arbitrage-instituut in Nederland. Het administreert geschillen in zeer uiteenlopende domeinen, gaande van aandelenoverdrachten tot directeurscontracten en projectontwikkelingszaken. De bijdrage van mr. R. Overeem bevat een aantal praktische gegevens over de onder de stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken ressorterende commissies. Interessant zijn ook de in deze bijdrage weergegeven statistieken over onder meer de mate waarin consumenten en ondernemers die door een geschillencommissie worden opgeroepen, een beroep doen op rechtsbijstand.

Mijn conclusie is dat het hier gerecenseerde boek interessant materiaal bevat voor elkeen die zich op het theoretisch of praktisch vlak met alternatieve geschillenbeslechting bezighoudt.

Bernadette Demeulenaere

S.W. COUWENBERG, **Een nieuwe kijk op staatsrecht en staatsrechtbeoefening**, Kampen, Kok Agora, 1992, 65 pp.

Dit nieuwe boekje van de Nederlandse hoogleraar staats- en bestuursrecht S.W. Couwenberg verrast door zijn bondigheid en leesbaarheid, een vrij zeldzame deugd voor publikaties van een rechtstheoretisch gehalte. Bovendien is zijn wetenschappelijk betoog verweven met maatschappelijk relevante verwijzingen en persoonlijke beschouwingen. Zo waarschuwt hij, in de eerste pagina's reeds en op de hem eigen scherpe en welbespraakte manier, voor de dreigende veramtelijking en bedreigde intellectuele onafhankelijkheid van het wetenschappelijk korps. Allicht is de oorspronkelijke bestemming van de tekst aan dit alles niet vreemd: het betreft een uitgewerkte versie van de afscheidsrede van de auteur als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

De bedoeling van die rede is een korte terugblik te werpen op zijn wetenschappelijke activiteiten als staatsrechtbeoefenaar en als zodanig draagt het betoog — zoals de auteur zelf toegeeft — een zeer persoonlijke stempel. Hij noemt het zelfs een «eindrapportage», een samenvatting dus van de resultaten van zijn streven naar een nieuwe conceptie van staatsrecht en staatsrechtbeoefening. Dat streven vindt zijn oorsprong in de culturele revolutie der jaren zestig en uitte zich op het terrein van staats- en bestuursrecht in de behoefte aan theoretische bezinning op het traditionele constitutionele begrippenapparaat en op de grondslagen van de staatsrechtelijke methodologie. Die bezinning zou leiden tot een theoretische verdieping en verruiming van de staatsrechtbeoefening. S.W. Couwenberg verwerpt de scheiding tussen een empirisch en een juridisch staatsbegrip die sinds het begin van deze eeuw ingang gevonden heeft. Op grond van een integrale opvatting van de begrippen staat en constitutie maakt hij het constitutionele recht in aansluiting hierop tot basis van het hele rechtssysteem.

In het actuele debat tussen aanhangers van cultureel universalisme en relativisme bepaalt de auteur zijn positie in die voege, dat hij kiest voor een evolutionaire rechtstheorie, die gebaseerd is op een cultureel darwinisme en waarin de constitutionele rechtsontwikkeling opgevat wordt als een continu leerproces. Nu het Oost-West conflict ten einde is, zien velen hierin tevens het einde van de strijd over de inrichting van de samenleving. Deze blijft echter inzet van politieke strijd, zoals de auteur nader uiteenzet: «De loop der historie spot voortdurend met menselijke intenties en pretenties. Ondanks alle daaraan verbonden pretenties van beheersing, bevrijding en lineaire progressie dankzij wetenschap, technologie en rationeel bestuur ontkomt het moderniseringsproces daar evenmin aan. De strijd tegen onrecht, corruptie en machtsmisbruik is en blijft een permanente opgave.»

De kracht van het discours van deze emeritus-hoogleraar ligt in de praktische relevantie van de theoretische stellingen en in de theoretische fundering van de maatschappelijke verwijzingen. Slechts aan het einde herinnert een korte plaatsbepaling van het Nederlandse staatsbestel de lezer aan de nationaliteit van de auteur. De aangehaalde problemen zijn dan ook grensoverschrijdend, zoals het democratische gehalte van onze samenleving, de politieke decadentie en de mateloze westerse levensstijl. Met dit maatschappijkritisch betoog bewijst de auteur alleszins dat verambtelijking en intellectuele afhankelijkheid niet aan hem besteed zijn.

Jan Theunis
Assistent Staatsrecht
K.U. Leuven

AANGEKONDIGD

M. FIEGE, *De autonomie van de minderjarige in het recht*, Arnhem, Gouda Quint, 220 p., 55 fl.

A.R.J. GROOT, H.J.L.M. VAN DE LUYTGAARDEN (red.), *Zonder meer recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 488 p., 65 fl.

Ph. GODDING, *Conseils et renchages de la Haute Cour de Namur (1440-1488)*, Brussel, Ministerie van Justitie, 266 p.

G. DE LEVAL (red.), *Les conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, Brugge, Die Keure, losbladige uitgave, 2.250 fr.

P. MAEYAERT, L. TAILLIEU, F. TANGHE, R. VANDELANOTTE, E. VAN HOVE en M. WYNANTS, *De coöperatieve vennootschap gezien vanuit de praktijk*, Brugge, Die Keure, 206 p., 1.500 fr.

Gerechtigd Wetboek (zevende druk, bewerkt door H. Boonen), Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 506 p., 795 fr.

F. HUTSEBAUT, *Voorlopige hechtenis. Overzicht van rechtspraak en rechtsleer 1990-1992*, Gent, Mys & Breesch, 110 p., 890 fr.

T. DUFFHUES, O. MOORMAN VAN KAPPEN en J. ROES, ... *verleden in het land van Maas en Waal. 125 jaar notariaat Roes*, Zwolle, Tjeenk Willink, 176 p., 30 fl.

M. BARELS, *Hoofddlijnen van de wet Mulder* (Studiepockets strafrecht nr. 24), Zwolle, Tjeenk Willink, 118 p., 42,50 fl.

S. SABLON, *Fiscolex 1993*, Deurne, Kluwer, 910 p., 2.950 fr.

ERRATUM

Gemeenschap en Gewest – Reclame voor tabak

Het arrest van het Arbitragehof dat op blz. 1296 van deze jaargang is gepubliceerd, is geweest op 5 februari 1992 en niet op 5 januari 1992 zoals verkeerdelijk is vermeld.

MEDEDELINGEN

Studiecentrum ondernemingsgroepen

De eerstvolgende vergadering van het Studiecentrum Ondernemingsgroepen vindt plaats op donderdag 3 juni 1993 om 15u30 in het auditorium van het Gemeentekrediet, de Lignestraat 2, 1000 Brussel.

Spkers zijn: de heer P. Bézard (voorzitter van de Chambre Commerciale de la Cour de Cassation de France), prof. dr. C. Lempeur (U.L.B. en Commissie voor het Bank- en Financiewezen) en prof. dr. E. Wymeersch (U.G. en assessor bij de Raad van State), die de huidige stand van het groepsrecht in België zullen uiteenzetten en de vraag behandelen of het nuttig en opportuun is een Europees groepsrecht uit te werken.

Inlichtingen: de heer R. Kirck, tel. 02/535.24.51.

U.I.A. - Departement Rechten - Tijdelijke betrekking van wetenschappelijk medewerker

— Voor een tijdelijke opdracht van wetenschappelijk medewerker voor een project U.I.A. - I.A.U., “De gemeentelijke v.z.w.”, wordt een oproep tot de kandidaten gedaan. Duur 5 maanden m.i.v. 15 juli 1993, opdracht: voorbereiden publikatie en colloquium.

Kandidaatstelling: uiterlijk 30 juni 1993 t.a.v. Prof. dr. W. Lambrechts, U.I.A., Departement Rechten, Universiteitsplein I, 2610 Wilrijk.

Inlichtingen: Prof. dr. W. Lambrechts of Prof. dr. J. Van Steenbruggen, tel. 03/820.29.19 of 820.29.29.

Universitair nieuws - Doctoraat rechten K.U.Leuven

Mevrouw Sophie Stijns zal op vrijdag 18 juni 1993 te 17u00 in het Auditorium Zeger van Hee, College De Valk, Tienestraat 41, Leuven, haar proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten openbaar verdedigen.

Het proefschrift handelt over “De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van wederkerige overeenkomsten naar Belgisch recht, getoetst aan het Franse en aan het Nederlandse recht”.

Promotor is prof. dr. W. Van Gerven.

De nieuwe uniforme regelen en gebruiken van de I.K.K. voor documentaire kredieten

De Belgische Organisatie voor de Internationale Kamer van Koophandel organiseert op 29 juni 1993 in zaal 418 van het V.B.O., Ravensteinstraat 4 te Brussel, een informatiezitting over «De nieuwe uniforme regelen en gebruiken van de I.K.K. voor documentaire kredieten (RUU 500)».

De zitting beoogt de gebruikers vertrouwd te maken met de nieuwe regelen die op 1 januari 1994 in werking treden.

Inlichtingen: Secretariaat van de Belgische Organisatie voor de I.K.K., Stuiversstraat 8, 1000 Brussel (tel. 02/515.08.35; 02/515.08.75).

I.T.O.U.A. – Lunch-Causerie

De eerstvolgende lunchcauserie van de v.z.w. Interdisciplinair Trefpunt Ondernemingen - Administraties - Universiteiten vindt plaats op maandag 14 juni 1993 te 11u00 in de “Abdij Rood Klooster”, Rood Kloosterstraat 8 te 1160 Brussel.

De lunch-causerie, onder het voorzitterschap van prof. dr. H. Cousy (voorzitter Commissie voor Verzekeringen), heeft als thema: “Le contrat type d’assurance R.C. auto”. Sprekers zijn: prof. dr. Ph. Colle (V.U.B.) en mevrouw N. Denoel (Axa Verzekeringen).

Inlichtingen: I.T.O.U.A. v.z.w., Tervurenlaan 46 bus 4, 1040 Brussel (tel. 02/736.06.30; fax: 02/734.87.47).