

WAAROM GEVEN WIJ HET RECHT UIT HANDEN?

Afscheidsrede van Henri SWENNEN, hoogleraar Handelsrecht,
economisch en financieel recht, aan de faculteit Rechten van de
Universiteit Antwerpen, op 24 september 2004

Waarom geven wij het recht uit handen?
Henri SWENNEN

© 2004 Intersentia
Antwerpen – Oxford
<http://www.intersentia.be>

ISBN 90-5095-418-9
D/2004/7849/65
NUR 820

Art. 25 Grondwet

De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geëist van de schrijvers, uitgevers of drukkers.

Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd.

De schrijver woont in Antwerpen.

Behoudens uitzondering door de Wet gesteld, mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, c.q. de uitgever van deze uitgave, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs, noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade, die zou kunnen voortvloeien uit enige fout, die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

1. Waarom geven wij het recht uit handen?

Wie zich afvraagt waarom hij iets uit handen geeft, zegt dat hij het beter in de hand had gehouden.

Als dat over Het Recht gaat, is het dezer dagen gauw een provocatie.

Wie zijn dat, “wij” die menen de hand te moeten houden aan het recht?

Het recht is toch voor en van De Mensen!

Onder ons, “wij” dat zijn wij, de juristen, natuurlijk.

En natuurlijk is het recht er voor de mensen.

Maar, klinkt daar door dat wie dit tegenwerpt, zelf de zaak in de hand wil nemen?

Ik koester argwaan tegenover wie beweert voor “de mensen” te spreken, en zeker als die, meestal met dreiging, zich beroept op de mensen.

Ik merk twee zaken op.

Eén. Ik meen dat het beroep op “de mensen” in ons taalgebruik is gekomen toen wie zich opwierp tot verdediging van belangen, minder aanspraak kon maken op ouderwetse representativiteit. Laat me het zo zeggen: als Het Volk mort, of De Arbeiders, dan moet de regering op haar tellen passen. Als de mensen het niet meer pikken, kan ze wel met vakantie gaan; één minister moet zich komen “tonen”.

Wie van representativiteit geen last heeft, spreekt (sinds Jef Houthuys) van “onze mensen”.¹

Wie voor “de mensen” spreekt, spreekt meestal voor zijn beurt.

Twee. Het valt ook op dat wie zich op de mensen beroepen om iets op te eisen voor de mensen, dat vervolgens zelf willen uitdelen; de mensen krijgen het niet direct in de hand. Van wat de beroepers eisen, maken ze pakketten en pakjes. Zij maken loketten waar de mensen moeten aanschuiven. Zij tekenen stappenplannen en (begeleidings)trajecten die de mensen moeten lopen om te krijgen wat voor hen werd geëist. Zij zijn de surveillanten op “het speelveld”.

Zij zijn wij niet.

1. Het recht is van en voor de mensen

2. Wat het Recht betreft, zet ik het scherper.

¹ Daarmee werd ook, in christelijk-humanistische taal, het verschil gemaakt met de Kameraden. Later is “onze mensen” zowel christelijk als humanistisch geworden.

Als ik verder toch maar “de mensen” gebruik, ziet het er uit als volgt.
Recht is van de mensen, voor de mensen en weer van de mensen.

Dat recht, op de eerste plaats, van de mensen is, betekent dat het op gezag van de mensen, namens hen, is gemaakt.

We the people, zo begint de grondwet van de Verenigde Staten van Amerika (1787). Daarachter schuilt een hele theorie², en nog steeds luidt het in de rechtbank “the People versus...”.

Voor de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789) beriepen zich in de aanhef *Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale*, op hun gezag.³ En de Franse grondwet van 1791 is van hetzelfde huis: *L’Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu’elle vient de reconnaître et de déclarer*.⁴

The *People* is niet zomaar “de mensen”. Het wordt (in gewone taal) in de eerste plaats gebruikt als “A body of persons composing a community, tribe, race, or nation”⁵ (de cursivering is van mij). In de Belgische Grondwet heet dit volk “de Natie”; het is “het staatsvolk in eenheid en bestendigheid”.⁶ Dat volk wordt vertegenwoordigd, zoals de aanhef van de Franse *Déclaration* en de daarop volgende grondwet het benadrukken. De eerste legitimatie ligt daar. Voor die vertegenwoordiging zijn regelen nodig⁷ en die hebben ook betrekking op de wijze waarop het recht, hier in zijn bron van de wet, kan tot stand komen en op het mogelijke toezicht daarop (constitutioneel hof).

Daar zit vakwerk aan; en voor toezicht is vereist dat dit door iemand anders gebeurt, onpartijdig en onafhankelijk.

Dat recht, in z’n vorm van wetgeving, is gemaakt voor de mensen.
De wet wordt gegeven.

² Zie KURLAND, Ph. B., en LERNER, R., *The Founders’ Constitution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1987, Vol. 1, 39 (Popular Basis of Political Authority). Zie ook: ACKERMAN, B., *We the people, 1. Foundations*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1991.

³ Zie de tekst op <http://mjp.univ-perp.fr/france/ddh1789.htm>

⁴ Zie de tekst op <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1791.htm>

⁵ *Oxford Dictionary*, <http://dictionary.oed.com/>. In een zesde betekenis noemt het woordenboek: “Men or women indefinitely”. In het Frans is de betekenis van gestructureerde groep minder duidelijk, zie: *Dictionnaire de l’Académie française*, 8^e ed. <http://atilf.atilf.fr/Dendien/scripts/generic/form.exe?2;s=952582335>;

⁶ RIMANQUE, K., *De Grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, ad art. 33 (“Alle machten gaan uit van de Natie. Zij worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald.”), p. 83-84.

⁷ Ik ga hier niet in op de legitimatie van de eerste vertegenwoordigers. Zie recent: FRANÇOIS, L., *La révolution selon le droit, Journ. Procès*, 2002, 8.

En het recht is dan weer van de mensen omdat zij het gebruiken. Raken zij het in dat verband oneens, dan gaan ze naar de rechter. Dan zeggen we dat recht wordt gedaan. Ook dat is vakwerk. Het mag in het licht van mijn uitval van daarstraks worden gepreciseerd dat wanneer rechters recht doen, zij niet méér doen dan regelen wat hen wordt gevraagd of wat volgens strikte wetten nodig is. De partijen blijven (in civiele zaken) het geding meester.

2. *Goed recht*

3. Van de opvattingen over het recht deel ik diegene die de nuttigheid beklemtonen.⁸ Recht regelt aanspraken tussen mensen, tussen hun organisaties en tussen de organisaties en de mensen die daarvan, ongewild of gewild, deel uitmaken.

Het is stellig niet de enige regeling van zulke aanspraken. Maar het is de regeling die à la limite wordt opgedrongen. Zij bepaalt of andere regelingen wel kunnen worden getroffen en of die van de hare kunnen afwijken.⁹ Zij laat toe dat men aanspraken heeft ten overstaan van mensen met wie daaromtrent geen afspraak was gemaakt (tegenwerpelijkheid). Zij is de enige regeling die met geweld mag worden gehandhaafd. Omdat zij zich opdringt, moet zij van goede kwaliteit zijn. Ik noem de belangrijkste als het op een keuze van regelingen aankomt. De regeling naar recht is de enige die in haar systeem de eis van voorspelbaarheid bevat, de rechtszekerheid die meebrengt dat verandering van de regeling zelf strikt is geregeld en in duurzame ontwikkeling moet gebeuren.

In vergelijking met andere regelingen is de regeling naar recht voor de betrokken partijen goedkoop. Ik geef kort een voorbeeld. Wie last heeft van een oneerlijke concurrent, kan a) dat ondergaan, b) die concurrent opkopen of c) een regeling naar recht treffen, met (eventueel) een beroep

⁸ Daarover o.a. CROMBAG, H., *De man uit Susquehanna. Over psychologie, recht en moraal*, Amsterdam, Contact, 2000, 129 e.v., 158 e.v. Vgl. VAN NESTE, F., Recht, menselijkheid en spiritualiteit, in *Liber Amicorum TPR en Marcel Storme*, Gent, Kluwer, 2004, 891, p. 900-902, en VAN QUICKENBORNE, M., Enkele bedenkingen over de verdelende rechtvaardigheid, in *Met rede ontleed, de Rede ontleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 39.

⁹ Ik let hier niet alleen op openbare orde, maar ook op het toelaten van andere regelingen. Een uitstekende beschrijving van een andere "regeling" vindt men bij WILLEKENS, H., De rol van het recht in de medicalisering van de maatschappelijke besluitvorming: abdicatie en organisatie, in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, HEYVAERT, A., KRUITTHOF, R. en VANSWEEVELT, T. eds, Antwerpen, Kluwer, 1989, 11.; vgl. in hetzelfde boek, het afstaan van regelingsbevoegdheid: SWENNEN, H., "Concurrentie in het medisch beroep", 91, p. 138 e.v.

op de rechter.¹⁰ De twee eerste opties zijn veel duurder. Voor wie krap bij kas zit, en juist nieuwe ondernemers zijn dat meestal, zijn a) en b) geen optie wegens de prijs ervan. De zopas genoemde voorspelbaarheid van de regeling volgens het recht, valt in dit verband te benadrukken: zij houdt de kost van de informatie over het proces van regeling en over de uitkomst ervan, laag.

4. Goed recht is in de samenleving en in iedere organisatie van essentieel belang.

Dat komt niet vanzelf.

Ik ga niet verder terug dan de *Code civil* waarvan we dit jaar de *bicentenaire* vieren.

Men weet hoezeer is gelet op de systematiek daarvan, bv. op de grondregel dat alle (duurzame) goederen iedere generatie weer “op de markt komen”.¹¹ Men weet ook met welke zorg de opstelling is gebeurd, al zijn er misverstanden, zoals tussen volmacht en lastgeving¹² of tussen voorwerp en oorzaak van contract en verbintenis.

Ik geef twee voorbeelden. Ze zijn van lichtere kost maar ook een beetje provocerend. Ze hebben betrekking op de klare taal van het Wetboek.

Toen de afkondiging in stukken begon, maakte wat nu België is (grotendeels) deel uit van de Franse Republiek. Heel consequent werd de wet in het *Bulletin des Lois de la République* in twee talen gepubliceerd. Het eerste artikel van het wetboek luidde: “De wetten zyn executoir alomme (onder) het fransch territor...”.¹³

Dat rijmt al.

Om de studie door de gewone burger te vergemakkelijken, zijn later berijmde versies gemaakt van het Wetboek, het rijm naast de authentieke tekst.¹⁴ Ik laat u de artikelen 212 en 213 horen.

¹⁰ Ik let alleen op “blijvende” oplossingen. “Terugslaan” hoort daar niet bij.

¹¹ Dertig jaar, van de grote verjaring (en later van de duur van de kapitaalvennootschap), kwam daarmee overeen. De verplichte verdeling van de nalatenschap is de meest drastische regel in dat verband, zie: PUELINCKX-COENE, M., Minder gekende aspecten van het erfrecht, in *Met rede ontleed, de Rede ontkleed, Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 171, en het voorbeeld van de Clos Vougeot op p. 186; let ook op de plaats van art. 1130 BW over overeenkomsten m.b.t. toekomstige nalatenschappen.

¹² Art. 1984 BW.

¹³ Wet nopens de Afkondiginge, Uytwerkzels en de Toepassing van de Wetten, *Bull. Lois*, 24 Ventôse van het Jaar XI, nr. 2375

¹⁴ Het ging om privé-initiatieven. Ik noem de *Code civil des français mis en vers, avec le texte en regard*, door J.-H. FLACON-ROCHELLE, Parijs, Imprimerie de S.A.I. le Prince Joseph, Jaar 2 van het Keizerrijk. Het voor hem gemaakte speciale exemplaar heeft de Keizer aanvaard: zie MAUROIS, A., *Napoleon*, in vert. Den Haag, Kruseman, 1964, 67. En voorts is bekend de *Code Napoléon, mis en vers français, par D***, ex-législateur*, Parijs, Archives du droit français, Clément, 1811. De verzen die volgen, komen uit de *Code napoléon mis en vers français*. Het

“Epoux! Vous vous devez, pendant votre alliance,
Fidélité, secours, mutuelle assistance.

Mari! La femme a droit à ta protection;
Femme! Il faut la payer de ta soumission.”

Men vergeet dat niet gauw.

5. Maar lange tijd is niet meer gelet op de kwaliteit van recht en wetgeving en bestuur.

Daar is sinds kort verandering in gekomen. Ik noem, van de wereld naar Vlaanderen, een paar voorbeelden.

De Verenigde Naties en haar agentschappen beseffen – nu – dat de vele hulpprogramma’s voor arme landen weinig duurzame verbetering brengen zijn als het land zelf niet volgens de *rule of law* wordt geregeerd.¹⁵ De Wereldbank stelt al geruime tijd het hebben (maken) van goede wetgeving als voorwaarde voor het toestaan van leningen. Er worden nu projecten van *governance* opgezet, van goed staatsbestuur. Want NGO’s brengen veel hulp, maar de baat blijft niet duren als het land zelf een *no governance* organisatie blijft.

In de Europese Unie is het debat over *governance* op gang gekomen en zijn de factoren om een betere regelgeving te krijgen, gedefinieerd.¹⁶ Europa heeft ook een uniek project gehad wat studie van regelgeving betreft: in het onderzoek over de kosten van een niet-verenigd Europa¹⁷ is, op de keper beschouwd, nagegaan wat de kosten zijn van slechte regelgeving t.o.v. een ideale regeling. En van in de eerste jaren heeft Europa te maken gehad met het vraagstuk van de manier van regelen (beginselen, toetsnormen, regelen en regeltjes) omdat de in het EEG-Verdrag vooropgestelde wijze van harmonisatie van wetgevingen niet vlotte. Europa leerde ook wat activistische rechters in dat verband kunnen doen.

Vlaamse “Systeem ter Ondersteuning van Legistiek en het Ontwerpen van Normen” (project van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en de K.U.Leuven), *Solon* dus, is genoemd naar de Atheense politicus die een nieuw wetboek maakte. Men zal het zich herinneren: Solon verspreidde zijn politieke denkbeelden in gedichten.

¹⁵ VN: <http://www.unpan.org/information.asp>; IMF: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/gov.htm>; de Wereldbank Groep: <http://www.worldbank.org/wbi/governance/>; Zie o.a. POSNER, R., Creating a legal Framework for economic Development, *The World Bank Research Observer*, Vol. 13, nr. 1 (febr. 1998), p. 1 (<http://www1.worldbank.org/public-sector/legal/LegalFramework.pdf>)

¹⁶ Zie de verwijzingen in SWENNEN, H., Over regulering, *T.v.W.* 2003, 540, p. 552.

¹⁷ CHECCHINI, P. (e.a.), *Onderzoek inzake de “kosten van een niet-verenigd Europa”*, Luxemburg, EG, 1988. De 16 volumes worden ook bij ons meestal geciteerd als “The Cost of non-Europe”.

In eigen land is er recent ook aandacht voor die zaak.

Ik herinner aan het dereguleringsdebat. Dat debat miste het punt¹⁸, want menig onderscheid werd niet gemaakt. Ik kom daar dadelijk op terug. Wat daarvan ook nu blijft hangen, is dat naleving van regelen kosten meebrengt.

In 2000 is in door de Vlaamse overheid een reguleringsmanagement opgezet¹⁹. Het lijkt nog maar een project van projecten. De dure woorden, uit Holland geïmporteerd, zijn er al wel²⁰, “grote projecten” zijn toegekend²¹ maar de geplande reguleringsimpactanalyse (*RIA*) zal “wegens tekort aan praktisch toepasbare kennis en expertise in Vlaanderen” een “lichte *RIA*” worden (vanaf 2005). De zaak wordt beheerd door de Kenniscel *Wetsmatiging*, en deregulering is niet echt ver weg (cursivering HS). Er is wel een leuke brochure over de “Kenmerken van goede regelgeving”²², vol van ideaal.

Het moet in dit verband worden vermeld dat een groep van juristen uit praktijk en wetenschap zich de laatste jaren toelegt op de studie van kwaliteit van wetgeving.²³ Maar als ik lees dat wetsevaluatie door wetenschappers wordt gedefinieerd als “het beoordelen van regelgeving aan de hand van specifieke criteria voor juridisch en sociaal-wetenschappelijk onderzoek”²⁴ dan lijkt dat eerder dan een definitie geven, een wisselbrief trekken.

¹⁸ Wie Walter VAN GERVENs bijdrage over Herijken van economische wetgeving (over reguleren en dereguleren), *R.W.* 1985-1986, 289, herleest, ziet zijn kritiek.

¹⁹ Zie http://www.wetsmatiging.be/home/index.cfm?menu_id=1

²⁰ Voor wie in Vlaanderen z'n weg zoekt, is er de lijst van afkortingen en letterwoorden op de site van de Vlaamse Overheid: <http://www3.vlaanderen.be/afkortingen/>.

²¹ Zie: http://www.wetsmatiging.be/home/index.cfm?menu_id=183, waaronder bv de coördinatie van de Vlaamse energiewetgeving (zie <http://www.vreg.be/vreg/regelgeving/decreet.htm>) die “gefaseerd is ingevoerd” en nu mits 0,5 voltijds equivalent van één personeelslid (VTE) gedurende twee jaar zal worden gecoördineerd. Ik doe, als ik zoiets heb gelezen, het licht uit.

²² <http://www.wetsmatiging.be/MFiles/brochure%20Kenmerken%20van%20goede%20regelgeving.pdf> Goede wetgeving is 1) noodzakelijk en doeltreffend, 2) doelmatig en afgewogen, 3) uitvoerbaar en handhaafbaar, 4) rechtmatig, 5) samenhangend, 6) eenvoudig, duidelijk en toegankelijk, 7) onderbouwd en overlegd, 8) blijvend relevant en actueel. Vgl. POPELIER, P. De kwaliteit van de wet. Over de opsomming en classificatie van kwaliteitseisen in een leer van “beginselen van behoorlijke regelgeving”, in DEBAENE, S. en VAN BUGGENHOUT, B., *Informatietechnologie & de kwaliteit van wetgeving*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 1.

²³ Samenwerking met Nederland heeft ook zijn goede kanten. Met name heeft de Vereniging voor de vergelijkende Studie van het recht in België en Nederland (de “Vereniging met de lange naam”) aanzetten gegeven met vergaderingen over rechtszekerheid, onrechtmatige wetgeving enz. Korthedshalve verwijs ik verder naar de bibliografie in het recentste boek van Patricia POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, Die Keure, 2004.

²⁴ VAN AEKEN, gecit. bij POPELIER, *De wet*, (gecit.) p. 172. In alle (andere) definities is, aldus nog Popelier, terug te vinden dat de evaluatie gebeurt met wetenschappelijke methodes.

6. Goed recht vereist vakwerk. Ik doe het werk dat ik daarnet heb genoemd niet over. Ik sta wat dit betreft, maar aan de kant. Maar er mag nog eens worden gewezen op onderscheid en keuze die in dat vakwerk moeten worden gemaakt. Ik heb niet de pretentie volledig te zijn. Omdat het nu over goed recht gaat, wijs ik waar dat uitkomt, alvast op zaken die wij als jurist uit handen geven.

3. Goed recht: van standaard en regel

7. Eerst wijs ik op het verschil tussen standaard en regel.²⁵ De standaard noemen we ook “toetsnorm” (van het “criterium” dat die bevat) of, uit Angelsaksische *codes (of conduct)*, “principe”. Voorbeelden daarvan zijn de goede huisvader (aansprakelijkheid), de economische realiteit van verrichtingen (belastingen), juiste en de juiste informatie (effectentransacties), het getrouwe beeld (boekhouding), *fit and proper* (van leiders), *fair play*. In zijn toepassing leidt de standaard tot een “regel” die, naargelang het geval van de toepassing, gedrag of onthouding vereist. Maar die “regel” is dus niet algemeen. Regels schrijven (min of meer) precies gedrag of onthouding voor.

Hierbij past een tweevoudige verduidelijking.

Eén. De standaard ziet eruit alsof hij een begrip bevat of zelfs niets meer dan een begrip. Regels bevatten begrippen. Als we standaard of regel uitleggen, uitwerken of toepassen, zijn we in beide gevallen, van standaard en van regel, aan het normeren. Maar er is een groot verschil van bevoegdheid en techniek.

Ik geef een voorbeeld. Als de wet voorschrijft dat een openbare uitgifte van effecten niet mag gebeuren op een wijze die misleidend is voor het publiek, dan zijn openbaar (publiek) en uitgifte en effecten begrippen; misleiding is een – negatief geformuleerde – toetsnorm.

Begrippen moeten worden gedefinieerd, desgevallend bij wijze van een opsomming die open, niet limitatief, kan zijn. De verduidelijking van het begrip blijft evenwel algemeen en mag niet afhangen van de omstandigheden waarin de regel wordt toegepast.

De toetsnorm kan niet worden “gedefinieerd”. In de omstandigheden waarin hij wordt toegepast, en door vergelijking met andere omstandigheden, wordt uitgemaakt wat in dat geval de regel zou zijn. Als er al een definitie wordt gegeven, dan lijkt die als definitie absurd. Bijvoorbeeld: “Onder misleiding wordt verstaan (...) hetgeen misleidt”. Die zogenaamde

²⁵ Ik gebruik een paar onderscheidingen in de termen van POSNER, *art.cit.*

definitie bestaat, maar ik heb ze verkort.²⁶ Misleidende reclame wordt in die wet verboden, zo kort gezegd. Wat er vervolgens méér staat in de definitie is: op welke omstandigheden moet men letten, en dat het criterium, uitgebreider verwoord, luidt of het economische gedrag van degene die door de reclame wordt aangesproken, erdoor kan worden beïnvloed.

Van de toetsnorm worden wel vaker, soms ook in de wetgeving zelf, typegevallen genoemd in de vorm van een toepassingsregel. Wat het voorbeeld van misleiding betreft, kan men noemen: beloven wat men niet kan geven, is misleidend.

Twee. Standaarden zijn uitgevaardigde normen. Zij verschillen daarin van de algemene rechtsbeginselen die zo fundamenteel kunnen zijn dat zij niet eens zijn uitgedrukt of die in verschillende normen een toegepaste uitdrukking vinden.²⁷ Sommige algemene rechtsbeginselen functioneren als toetsnorm, bv. de continuïteit van de openbare dienst, andere lijken regels die zelf de uitdrukking zijn van hetgeen men een rechtvaardigheids-toets zou kunnen noemen, bv. *non bis in idem*.

Dat algemene rechtsbeginselen bestaan, leed nooit twijfel. Ik noem een – overigens verbluffend – artikel van Titel X (uit Boek I) Wetboek van Koophandel waarin ze worden genoemd: “De verenigingen van onderlinge verzekering worden beheerst door hun reglementen, door de algemene rechtsbeginselen en door de bepalingen van deze titel, die met een zodanige verzekering niet onverenigbaar zijn. (...)” (Boek I, Titel X, art. 2 W.v.K., van de Verzekeringwet 1874).²⁸

8. De voordelen en nadelen van standaard en regel springen in het oog. Voor alle zekerheid noem ik toch maar de verschillen wat informatiekosten betreft en het verschil van handhaving.

Wat het eerste betreft, weet men wel dat een regel naleven gemakkelijker is dan een standaard naleven. Dat is in een hypothese van één op één: één regel en één standaardnorm.

²⁶ Ze staat in de Europese richtlijn over reclame, art. 2, lid 2. Zie STUYCK, J., *Handelspraktijken*, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, 2, A, Mechelen, Kluwer, 2003, nr. 252, p. 211

²⁷ Over de algemene rechtsbeginselen citeer ik hier (slechts) het *Verslag van het Hof van Cassatie 2003*, 112.

²⁸ Het gaat *niet* om de mutualiteiten, die door een bijzondere wet (later) werden geregeld. Uit het vervolg van de bepaling: “zij worden in rechte vertegenwoordigd door hun bestuurders” (in de oude tekst: “door hunne directeuren”), is vroeger afgeleid dat zij rechtspersoonlijkheid hebben. Vgl. ook art. 2 W.v.K. waar als daad van koophandel “verzekeringen met premiën” wordt genoemd.

Voor het naleven van een standaard is een min of meer grote cultuur nodig onder de betrokkenen. Is die er nog niet dan kan er een set van regels worden toegevoegd, zoals dat in *Codes of conduct* gebeurt, ter verduidelijking van ieder principe of kan wie de principes moet naleven, verplicht worden om zelf regels te stellen en die mee te delen.²⁹

De regels van de code kunnen een minimum stellen of een voorbeeld. Maar het kan ook gaan om regels die men moet naleven tenzij men aantoonbaar op andere, maar juiste, wijze het principe na te leven. Naar Angelsaksisch voorbeeld is (ook) het ontwerp van Belgische code van goed vennootschapsbestuur (*Corporate Governance Code*) zo opgesteld.³⁰

Met of zonder toevoeging van zulke regels, “rules”, kan de naleving ook worden vergemakkelijkt door de burger of de onderneming toe te laten eigen regels of voorgenomen gedrag voor te stellen en de instemming daarmee te vragen van wie op de naleving moet toezien: een regeling dus, “ruling”.

Kijkt men zo opnieuw naar – ik neem weer – de *Code civil*, dan ziet men dat het verbintenissen- en contractenrecht (ik neem dat) niet alleen toetsnormen bevat die we direct herkennen, bv. de goede trouw, maar dat we het kunnen lezen als eensdeels een set van toetsnormen en verduidelijkingen en typegevallen daarvan, en anderdeels een set van regels die we kunnen gebruiken tenzij we op een andere manier de eerste regels naleven. We noemen het dwingend recht en suppletief recht.

Wat het tweede betreft, de handhaving, is het duidelijk dat regels handhaven gemakkelijker is dan toetsnormen handhaven. Het grote verschil zit in de investering die moet worden gedaan in de rechterlijke macht.

4. Feitenkwesties

9. Ik kom nu reeds in dit verband, tot het punt van het uit handen geven. Ik let daarbij vooral op onze eigen manier van doen. Juristen hebben als jurist geen beroepsbescherming of titelbescherming. Ieder kan dat werk doen. Als juristen hun vakwerk niet goed doen, niet het goede voorbeeld geven, geven zij “het recht” uit handen.

Het verschil tussen toetsnorm en regel en begrip maken we slecht.

²⁹ Praktisch gezien, zal dit kunnen gelden voor “organisaties” en voor al wie, “bovengeschiedt”, ter verantwoording kan worden geroepen voor zijn gedrag t.o.v. vele anderen. Ik gebruik “bovengeschiedt” hier in de term van W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de Prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984.

³⁰ Zie http://www.corporategovernancecommittee.be/nl/corporate_governance_code/b_code/default.aspx

Ik noem de uitspraak “Dat is een feitenkwestie”. De vraag of een gedrag overeenkomt met een toetsnorm is geheel geen feitenkwestie als men daarmee bedoelt dat het geen kwestie van recht zou zijn. Het is integendeel een kwestie die de kern vormt van beslissingen in het recht: een redenering die tot verantwoording van een beslissing (motivering) moet leiden. De selectie van feiten en het juist op een rij zetten van de feiten, is juridische techniek.³¹

Het is niet moeilijk te begrijpen. Omdat dit een afscheidsrede is, herinner ik aan een collega die geen afscheid mocht nemen: wijlen Rob Kruithof. Ik heb van afgestudeerden die goede juristen zijn geworden, lang na hun diploma gehoord dat zij voor hun vak van jurist het meest hebben gehad aan de colleges onrechtmatige daad waarin alleen maar talrijke arresten over “1382” (BW) werden geanalyseerd.

Motivering is juist in deze beslissingen een belangrijke zaak. De enige feitenkwestie is na te gaan of de feiten vast staan (voor zover de regels van de vaststelling zijn nageleefd).

Leo Neels citeerde, toen zulke taal in onze deftige bladen niet gebruikelijk was, de Nederlandse Officier van Justitie Abspoel over gebrek aan motivering die vonnissen even onbegrijpelijk maakt als “de oorlogskreten der Apachen.”³² Het is indianenrechtspraak: drie keer rond het plein lopen³³ en dan “Ugh” roepen.

³¹ Zie CROMBAG, H., de WIJKERSLOOTH, J.L. en van TUYLL van SEROOSKERKEN, E.H., *Over het oplossen van casusposities*, Groningen, Tjeenk Willink, 1972. De vraag van de scheidingslijn tussen feit en recht is een beleidsvraag in een hof van cassatie. Zie: DE GRUYSE, L. en DE GRUYSE, B., Recht of feit: een hanteerbaar onderscheid?, in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 71, p. 87.

³² NEELS, L., Affiches en expressievrijheid, noot onder Antwerpen, 1 april 1977, *RW*1980-1981, 863, kol. 867, met verwijzing naar ABSPOEL, J.J., *Studenten, moordenaars en andervolk. Kritische kanttekeningen van een officier van Justitie*, Eede, p. 181. “Vooral de strafrechter heeft nog de gewoonte om veel te overwegen maar weinig te motiveren. Hij somt in zijn vonnissen allerlei bewijsmiddelen op zonder daar veel verband in te brengen. Dan barst hij ineens uit in de kreet dat hij het ene wel en het andere niet bewezen acht, zonder enige toelichting van het hoe en waarom. (...) In feite zijn de uitspraken even onbegrijpelijk als de oorlogskreten der Apachen.”

³³ Ik kan ook “rond de tipi” schrijven, maar dan leest de ene of de andere “de topos”. De “topos” is het plein.
Zie VIEHWEG, Th., *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, 1974, en VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, SWU, 1973 over de topiek, o.a. van TER HEIDE.

10. Wie kartelrecht doet, kent een bijzonder voorbeeld van feitenkwesitie, regel en toetsnorm: de beslissing van de *Supreme Court* (V.S.) in de zaak *Matsushita e.a. tegen Zenith*, van 26 maart 1986.³⁴

Op grond van de *Sherman Act* en de *Robinson Patman Act* (*conspiracy* en *predatory pricing*) werd de Japanse fabrikanten van televisietoestellen verweten dat zij in de Verenigde Staten hadden verkocht tegen prijzen die lager waren dan de kostprijs, om zo de markt te veroveren. Op hun thuismarkt hadden ze een kartel, zoals toen gebruikelijk: met de zegen van het ministerie van economische zaken, dat daar toeliet prijzen te vragen die boven de prijs van normale mededinging lagen. Zo konden ze hun Amerikaanse actie financieren. Ook voor hun export naar de V.S. hadden ze afspraken. De rechters in eerste aanleg en in hoger beroep hadden Zenith gelijk gegeven, redelijk rap (in *summary proceedings*), omdat de bewijzen, van de prijzen in de V.S., van het kartel in Japan en van de schade die Zenith had geleden, overdonderend waren. Het moet worden toegegeven: die rechters waren overdonderd.

Het hoogste hof vindt dat onvoldoende.

Verkopen onder de kostprijs veronderstelt dat men die investering later kan recupereren. Als er daarvoor geen behoorlijke garantie is, doet een redelijke ondernemer dat niet.³⁵ Het hof van beroep heeft niet nagetrokken of de Japanners een redelijk motief hadden om zoiets dan toch te doen. En overigens, na twintig jaar hebben de Japanners de markt van de V.S. niet veroverd, hun marktaandeel is beperkt. Het kan dus geen “samenzwering” zijn geweest.³⁶

³⁴ 475 US 574 (1986), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=475&invol=574>

³⁵ Het hof citeert professor BORK's werk en dat van de hele Chicago School. De test van de redelijke ondernemer komt niet in deze wetgeving voor. De *rule of reason* van het kartelrecht van de VS is hier niet aan de orde.

³⁶ Uit de beslissing: “The Court of Appeals erred in two respects: the “direct evidence” on which it relied had little, if any, relevance to the alleged predatory pricing conspiracy, and the court failed to consider the absence of a plausible motive to engage in predatory pricing. In the absence of any rational motive to conspire, neither petitioners' pricing practices, their conduct in the Japanese market, nor their agreements respecting prices and distributions in the American market sufficed to create a genuine issue for trial” under Federal Rule of Civil Procedure 56(e).” En: “The alleged conspiracy's failure to achieve its ends in the two decades of its asserted operation is strong evidence that the conspiracy does not in fact exist.” Zie voor een ander criterium in het Europese kartelrecht (betreffende machtspositie): H.v.J., Akzo, zaak C-62/86, arrest van 3 juli 1991, *Jur.* 1991, 3359 en de commentaar van VAN DEN BERGH, R. in *SEW* 1992, 57.

5. Rechtszekerheid

11. Als op een toetsnorm opmerkelijk wordt gemaakt, volgt vaak een tegenwerping. Ik noem een voorbeeld: “Het belang van de vennootschap? Wat is dat?”

Komt dat van juristen, dan kan het hen worden vergeven als ze “onder ons” wat uitzakken. Maar men hoort het hen ook vaak met grote bek zeggen. En dan zit het mis.

Zo’n tegenwerping steunt op de volgende misvattingen over rechtszekerheid en rechtssysteem. Eén. Regels, vooral regeltjes, geven zekerheid over wat men te doen of te laten heeft en over “of het nu gedaan is”; ze geven in dat verband ook zekerheid over het achterpoortje. Toetsnormen bieden geen rechtszekerheid. Twee. Voor een systeem van recht is alleen begripsmatig werken dienstig.

12. Dat de toetsnorm geen zekerheid geeft, is onjuist. Wie zich gedraagt zoals het hoort, en dat desnoods kan verantwoorden, weet dat hij de toetsnorm naleeft. Men moet natuurlijk weten hoe men zich moet gedragen. Daarvoor is de nodige cultuur, ervaring, traditie... vereist.

Het recht houdt daarmee rekening. Ik noem het simpelste voorbeeld van de normen die op alleman van toepassing zijn: artikel 1382 BW. Wie met kennis van goed en kwaad nog niet de nodige ervaring heeft of die kennis tegen zijn wil kwijt is, staat niet (zelf) in voor de gevolgen van zijn fout (art. 1384 BW).³⁷ Het recht houdt er ook rekening mee dat er situaties zijn waarin een normaal handelend persoon niet kon voorzien dat zijn gedrag schade zou berokkenen. In de strengere aansprakelijkheidsregeling voor gebrekkige producten, is het bestaan van het zgn. ontwikkelingsrisico een grond voor ontheffing van aansprakelijkheid.³⁸

Wie een beroep wil uitoefenen of een functie wil bekleden, moet ervoor zorgen de eisen te kennen die hem zullen worden gesteld. En als dit beroep meebrengt dat men optreedt voor de belangen van een ander, zoals de

³⁷ Zie o.a. SWENNEN, F., *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 360 e.v. Instaan voor de fout, doen degene die de hoede hebben van wie de fout beging. Zie ook, wat de eigen fout van het slachtoffer betreft: WEYTS, B., *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 16. Zie i.h.b. de opmerking van Weyts over het voorzienbaarheids criterium en noot 57 op p. 17.

³⁸ Art. 8, litt.e, Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid van producten met gebreken. Zie daarover, met kritiek: COUSY, H., De garantie voor verborgen gebreken en de productaansprakelijkheid, in *De Koop. La Vente*, TILLEMANS, B. en FORIERS, P.-A. eds., Brugge, Die Keure, 2002, 59, p. 75-77, met verwijzingen, o.a. naar VANSWEEVELT, Th., Het begrip “gespecialiseerde verkoper” en de beoordeling in abstracto van de onoverkomelijke onwetendheid bij de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper, noot onder Cass., 7 december 1990, *RW* 1992-1993, 432..

bestuurder van een vennootschap doet, dan geeft het geen pas om behalve een terloopse klacht, te zeggen dat men niet weet wat dat belang is. Het moet, natuurlijk, wel worden toegegeven dat de nodige kennis opdoen en op de zaak letten, kosten meebrengt. Maar zoals zopas aan de hand van het voorbeeld van productaansprakelijkheid getoond, het recht houdt daarmee rekening. En iedere toetsnorm die over belangenbehartiging gaat, laat een ruime marge van beoordeling aan degene die de norm moet naleven.

De kosten blijven. Als een overname van een vennootschap wordt gedaan, gebruiken Angelsaksische advocaten lange lijsten die ze afpunten in een kamer vol documenten m.b.t. de over te nemen vennootschap. En de “waarborgen” (*representations and warranties*) zijn navenant. Het kost heel veel tijd en geld om de naleving van regels en regeltjes af te punten op documenten, maar de naleving natrekken van toetsnormen zou onoverzichtelijke kosten meebrengen. Daar is een dubbel antwoord op. Eén. Voor onoverzichtelijke kosten maakt men in de prijs een *deal*. Onzekerheid wordt afgekocht. Dat is trouwens ook de reden voor de honoraria van die advocaten. Twee. Laat ons niet naar de overname kijken, maar naar de vennootschap die werkt. Laat ons opnieuw kijken naar het alternatief.

Het alternatief van toetsnormen is regels. Het alternatief van de toetsnorm van het handelen in het belang van de vennootschap, zal zijn: vele regels. Met de investering in de cultuur om de toetsnorm na te leven, kan men vele situaties aan. De vele regels kennen, is een ander paar mouwen. De toetsnorm laat toe om de zaken informeel te doen. Vele regels stellen hinderlijke formaliteiten.

Ik hoef maar te wijzen op het feit dat gebrekkige naleving van de standaard over optreden in het belang van een ander, heeft geleid tot de *Sarbanes-Oxley Act 2002*³⁹, een wet met vele regels die verre weerslag heeft.

13. Juristen die hun beklag doen over toetsnormen en dat ernstig menen, zeggen aan niet-juristen dat zij het zelf ook niet kunnen. Zij geven daarmee het recht uit handen. Toetsnormen maken, is echt wel vakwerk. Regels stellen denkt iedereen te kunnen. En iedereen gaat dat dan ook doen. Het gevolg is slecht recht, in drievoud. Op de eerste plaats zijn regels die door niet-juristen worden gemaakt, *in de regelslechter*. Op de tweede plaats worden regels gemaakt waar dat niet nodig is of wenselijk is en het dus ook kostelijker wordt. Op de derde plaats hindert men systematische, consistente, rechtsontwikkeling.

³⁹ <http://www.law.uc.edu/CCL/SOact/soact.pdf>. Zie ook de daarop volgende *Rulemaking and reports* van de SEC: <http://www.sec.gov/spotlight/sarbanes-oxley.htm>

Ik licht alleen dat laatste nog kort toe aan de hand van een Belgisch vervolg op het voorbeeld van *agency* en *Sarbanes-Oxley*. In België was er geen eenstemmigheid over (het bestaan van) de standaard van *agency* hoewel men weet dat niemand twee heren kan dienen.⁴⁰ Er werd gepleit voor een beginsel of een toetsnorm i.v.m. belangenconflicten. Maar ondertussen bleek het wel nodig om regelen te stellen, vooral voor de kapitaalvennootschappen. Die regeling had overigens technische gebreken.⁴¹ Nu heeft het Hof van Cassatie beslist “dat het een algemeen rechtsbeginsel is dat degene die voor rekening van een ander rechtshandelingen moet stellen, daarbij niet mag optreden als tegenpartij van die andere; dat dergelijke handeling uit haar aard nietig is”.⁴² Maar de regeling die er ondertussen is gekomen, is in de gevallen die zij voorziet beperkter.⁴³

Ik pleit niet hoe dan ook voor toetsnormen. Verschillende soorten normen moeten hun plaats vinden naargelang de ene of de andere op de meest efficiënte wijze de zaken regelt. Maar waar toetsnormen op hun plaats zijn, moet men ze niet vervangen door vele regels.

6. Systeem

14. Toetsnormen beletten begripsmatig werken zoals dat met regels gebeurt. Regels met begrippen kan men, schijnbaar toch, van hoog tot laag uitleggen en toepassen, van regel naar begrip, naar de definitie van het begrip en zo naar de toepassing. De *ratio legis*, dat is: het door de wet beschermde belang, wordt erbij gehaald als men verder geen weg weet. Met toetsnormen gaat dat zo niet. Die legt men uit door situaties waarin de norm moet worden toegepast, naast mekaar te leggen: een situatie bekijken en dan de vraag stellen wat de uitkomst zou zijn als dit of dat anders zou zijn.⁴⁴ Op de functie van de norm wordt steeds gelet. Ik neem terug het

⁴⁰ Zie: ERNST, Ph., *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1997.

⁴¹ Zie o.a. WYMEERSCH, E., De belangenconflictenregeling in de vennootschappen. De regeling voor de nv, de bvba en de coop.v. (art. 60, 60 bis en 133 Venn.W.), Antwerpen, Maklu, 1996.

⁴² Cass., 18 maart 2004, http://www.juridat.be/cgi_juris/jurn.pl, cassatienummer RC034314_1. Zie reeds DE PAGE, H., *Traité*, II (1964), p. 412.

⁴³ Zie: Brussel (9e k.) 19 januari 2001, *Bank Fin. R.* 2001, 121, noot WILLERMAIN D., en TRV 2001, 101, noot CROES, C. met verw. naar Kh. Brussel, 21 december 1998 en annotaties. Het *Verslag van het Hof van Cassatie 2003*, gecit. laat verstaan dat algemene rechtsbeginselen die geen grondwettelijke waarde hebben, niet bindend zijn voor de wetgever, p. 144.

⁴⁴ Ik heb het volgende niet meer kunnen opzoeken maar M.R. MOK vertelde het altijd graag, als (hoofd)redacteur van SEW, tot aansporing van goed annotaties schrijven. De meest indringende maar ook kortste noot in *Nj* is een noot van Rutten geweest die niet anders luidde dan “En wat zou de Hoge Raad doen als het *zo* (...) zou zijn?” Hoe zulke methode van naast mekaar leggen, fraaie resultaten oplevert kan men bv. zien in het proefschrift van E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984.

vennootschapsbelang. Daarover kan best op de laatstgenoemde wijze worden geschreven, hetgeen een systematisch opgebouwde conclusie overigens niet in de weg staat.⁴⁵

Wie toetsnormen begripsmatig analyseert, somt meestal de begrippen op die de inhoud ervan uitmaken of die ermee te maken hebben. Als de norm een toets is aan een belang, gaat het om een belangenafweging en somt men de belangen op die daarin zijn betrokken.

Het mag daar niet stoppen. Dan moet immers de bestudering volgen van de techniek van de afweging. Blijft men steken in een opsomming, dan gaat men niet in op de manier van toetsen. Men geeft forfait. Men laat het materiaal zonder gereedschap over aan wie de norm moet toepassen. Men geeft het recht uit handen.

15. Van dat laatste geef ik een voorbeeld. Het recht is er uit handen gegeven.

De Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk⁴⁶ “definieert” het welzijn als “het geheel van factoren betreffende de omstandigheden waarin arbeid wordt verricht zoals bedoeld in artikel 4, tweede lid.” Dat laatste artikel staat in de algemene beginselen (zo worden die genoemd in de titel van hoofdstuk II). Het geeft de Koning de bevoegdheid om maatregelen te treffen die betrekking hebben op zeven punten, de factoren van daarnet. Daartoe behoren o.a. “de psychosociale belasting veroorzaakt door het werk; de ergonomie; de arbeidshygiëne”. Men kan dat lezen als een kaderwet. Maar men leest toch vooral benamingen van titels van deskundigen.

De algemene beginselen bevatten, opgelegd aan werkgevers *en* werknemers, uiterst algemene voorschriften. Ik noem: “risico’s voorkomen; bestrijding van risico’s aan de bron; zo veel mogelijk risico’s inperken; de planning van de preventie en de uitvoering van het beleid met betrekking tot het welzijn van de werknemers (...) met het oog op een systeembenadering waarin onder andere volgende elementen worden geïntegreerd: techniek, organisatie (...), arbeidsomstandigheden, sociale betrekkingen en omgevingsfactoren op het werk.” (art. 5, § 1, voor de werkgever) En voorts:

⁴⁵ Zie SCHOORDIJK, H.C.F., *De aandeelhouder en zijn stem*, Studiekring Offerhaus, Handelsrecht nr. 7, Amsterdam, Scheltema & Holkema, 1969, en MAEIJER, J.M.M., *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Deventer, Kluwer, 1964. Men kan de wijze van behandeling vergelijken aan de hand van drie proefschriften die de jongste jaren over vennootschapsbelang gaan: dat van Ph. ERNST, reeds geciteerd; FRANCOIS, A., *Het vennootschapsbelang in België: Inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999; en DE WULF, H., *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002.

⁴⁶ B.S. 18 september 1996.

“op de juiste wijze gebruik maken van machines (...); bijstand verlenen aan de werkgever en de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk, zo lang dat nodig is om hen in staat te stellen alle taken uit te voeren of aan alle verplichtingen te voldoen die met het oog op het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk zijn opgelegd.” (art. 6, voor de werknemer)

Wat die verplichtingen kunnen meebrengen, staat niet in de wet. Wie ze maakt, staat er: de Dienst voor Preventie en Bescherming. Hoe die dienst de regelen maakt, staat er weer niet. Hoe zwaar de straffen zijn die staan op de niet-naleving van de regels, staat er weer wel. Maar het gaat om strafsancities. Die vallen niet gemakkelijk op te leggen.

Ik lees dat het welzijn te maken heeft met “factoren” die worden genoemd. Dat is een woord van “het veld” en een term van bv. statistiek. Zijn dat hier domeinen waarin kan worden geregeld of criteria waarmee een regeling (om het even welke regeling die werknemers betreft) kan rekening houden, of beide?

Ik vergelijk, als het om criteria gaat, met de prijsregeling farmaceutica van de jaren zeventig. Veel en vage criteria wilde de minister van Economische Zaken. Zijn besluiten werden naar het Staatsblad gedragen om in een hectische tijd, tijd te winnen. Ze werden vernietigd door de Raad van State. Dus werden ze in een wet gezet. Het Parlement besliste dat de Minister kon doen wat hij wilde doen, maar behoorlijke regels werden het daarmee niet.⁴⁷

Men kan slechts toejuichen dat reglementen worden gemaakt door wie van de zaken waarop ze betrekking hebben, voldoende kennis heeft. Maar men ziet ook dat de opsomming van de factoren overlappings bevat: wetstechnisch slecht, en dat tussen de algemene voorschriften en de ter uitvoering daarvan gemaakte waarschuwborden, goede regels nodig zijn die niet alleen door deskundigen van veiligheid en preventie kunnen worden gemaakt.

7. Efficiënte regels

16. Naast de keuze van het soort van norm, heeft goed recht ook te maken met de nodige aandacht voor het verschil tussen de norm en de toepassing ervan. Ik kom nu niet op recht en praktijk. Ik blijf nog bij de norm. Het

⁴⁷ Zie daarover: ANDERSEN, R., La réglementation des prix des médicaments. Heurts et malheurs d'une réglementation, in *Liber amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, Kluwer, 1994, I, 1.

gaat, in de termen van Posner⁴⁸, om het verschil tussen materiële en procedurele efficiëntie van de norm (*substantive efficiency, procedural efficiency*). Ik citeer: “A rule is substantively efficient if it sets forth a precept that internalizes an externality or otherwise promotes the efficient allocation of resources. A rule is procedurally efficient if it is designed to reduce the cost or increase the accuracy of using the legal system.”

Voorbeelden zijn niet moeilijk te vinden.

De Wet handelspraktijken⁴⁹ bevat een verbod op gezamenlijk aanbod van producten (...) aan de consument (art. 54). Als zo'n aanbod gebeurt, kan het worden verboden met een handige vordering (art. 95). Maar wat er moet gebeuren als er met gezamenlijk aanbod is verkocht, staat niet in de wet.⁵⁰ Moet men de overeenkomst die uit dit verboden aanbod volgt, vernietigen? Kan dat alleen op vraag van de consument?⁵¹

Dezelfde wet bevat ook een verbod van afgedwongen aankoop (art. 76): iemand ongevraagd een goed toezenden met het verzoek dat te betalen of anders terug te zenden. Deze regel is in zijn uitwerking zeer efficiënt. Hij bepaalt meteen dat wie iets ongevraagd toegezonden krijgt, het niet moet betalen en evenmin terugzenden. Men mag de toegezonden zaak, zonder de minste zorg, zelfs weggooien.

17. Het valt op dat we ons weinig inlaten met de handhaving van normen als we die normen maken.⁵² Let ik alleen op onze recente rechtscultuur vanaf de wetboeken van Napoleon, dan zie ik dat dit ook wel anders was. De *Code de commerce* ging daarin het verst omdat in één wetboek de weinige materiële voorschriften en de procedure om recht te doen⁵³, samen waren gezet.

Maar in latere wetgeving en in vooral in reglementering vindt men weinig oog voor deze zaak.

⁴⁸ Art. Cii., p. 4.

⁴⁹ Zie: http://mineco.fgov.be/homepull_nl.htm, naar “Bescherming van de consument”, dan naar “Handelspraktijken”.

⁵⁰ Zie de verwijzingen naar de schaarse rechtspraak bij SWENNEN, H., De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht, in *Invloed van het Europees recht op het Belgisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 637, p. 653.

⁵¹ Ik neem dit voorbeeld en niet dat van de verkoop met verlies. Wat die laatste betreft, is er het arrest van het Hof van Cassatie van 17 maart 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, 939, zie hierover laatst: VAN OEVELEN, A., De koopovereenkomst met een ongeoorloofd voorwerp en een ongeoorloofde prijs, in *De Koop. La Vente, o.c.*, 1, p. 13 met verwijzingen. *Nemo auditur* wordt niet als algemeen rechtsbeginsel erkend, zie *Verslag van het Hof van Cassatie 2003*, p. 139.

⁵² POSNER doet die vaststelling in het algemeen, *l.c.*

⁵³ Zie art. 51 van de *Code* dat verplichtte om geschillen tussen vennoten aan arbiters voor te leggen, *Bull. Lois* 1808, nr. 164

De regelen zijn ferm. De sancties zijn straf. Maar het werkt vaak niet.

Over strafsancities kan ik kort zijn. Die zijn meestal algemeen en hard.⁵⁴ Maar ze leveren weinig op, ook als men (voor zover men dat te weten kan komen) kijkt naar de schikkingen die vervolging vermijden.

Soms schieten ze met zwaar kanon ver vóór het doel, een groot gat in het loopveld naar het doel. Ik geef een recent voorbeeld. In de wet op de basis-bankdienst wordt met een boete van 500 tot 20.000 _ gestraft wie “te kwader trouw de bepalingen in deze wet opgenomen bepalingen schenden”.⁵⁵ De vaagheid van die bepaling laat de moedwillige bank toe om er goedkoop vanaf te komen. Basis-bankdienst weigeren omdat men de basis-bankdienst niet wil inrichten *tout court*, levert maar één keer de straf op. En als de basis-bankdienst wel wordt ingericht, maar door een zelfstandige agent van de bank niet wordt verleend aan iemand die erom vraagt, wordt de bank van de agent niet gestraft als zij “medeplichtig” zou zijn; de regels van strafbare deelneming zijn niet van toepassing gemaakt.

8. Civiele sancties: nietigheden en openbare orde

18. Het gaat vooral over de civiele sancties. Bij gebreke van gepaste regelen over wat er moet gebeuren als een voorschrift van reglementering niet wordt nageleefd, zitten we tot over de oren in de nietigheden. Want de meeste van die voorschriften zijn zoal niet van openbare orde dan toch van dwingend recht.

Ik heb twee punten wat dat betreft.

Eén. Het ontbreekt ons aan voldoende vastheid van leer wat openbare orde en dwingend recht betreft en aan voldoende vastheid van de leer der nietigheden.

Over openbare orde en nietigheden wordt meestal De Page geciteerd. Zijn stuk over de nietigheden begon met de woorden “La théorie des nullités est une des plus obscures qui soient”. Dat was zo in de eerste editie en het bleef ook zo in de editie van 1962, nadat het Hof van Cassatie De Page’s definitie van openbare orde had overgenomen (hoewel De Page bleef schrijven dat een echte definitie niet mogelijk was).⁵⁶

⁵⁴ A. VANDEPLAS, die niet om een krasse uitspraak verlegen zat, heeft bv. op de scherpste wijze de strafsancities van de Wet handelspraktijken in het licht gezet: De strafsancities in de nieuwe wet handelspraktijken, in *De nieuwe Wet Handelspraktijken*, gecit., 345, p. 354.

⁵⁵ Het voorbeeld geef ik in een artikel over De basis-bankdienst en de bescherming van tegoed op rekening, te verschijnen in *Bank Fin. R.* 2004. Zie noot 101 van die bijdrage. Het gaat over de Wet van 24 maart 2003, B.S. 15 mei 2003, art. 8.

⁵⁶ DE PAGE, H., *Traité*, nr. 96.

Een goed zicht op De Page's werk in dat verband, krijgt men als men zijn pleidooi ten voordele van termijnhandel op de beurs en het stuk over de exceptie van spel en weddenschap leest. Die beginnen zowaar met een cursief gedrukte waarschuwing.⁵⁷ Ik citeer daaruit: “*Nous prions donc ceux qui ont le souci d’avoir des idées claires sur les notions fondamentales de notre science de vouloir bien lire IN EXTENSO les développements ci-après. La matière est trop complexe pour que l’on puisse, comme pour d’autres parties de notre traité, se borner à « consulter » celui-ci. Tout s’enchaîne, même les erreurs...*”⁵⁸

Over nietigheden schreef hij reeds als vuistregel: ‘l’intensité de la sanction en cas de violation d’une règle dépend de l’importance de la règle elle-même.’⁵⁹ En hij let er ook op als de sanctie ongepast is. Wanneer hij de exceptie van spel en weddenschap bespreekt, wijst hij erop dat de traditionele opvatting die voorhoudt dat het om een morele regel gaat, fout is. De exceptie is in feite “profondément immorale”⁶⁰, men leze: geheel inefficiënt. Dankzij de exceptie speelt wie wedt, op zeker (hij zal ze alleen inroepen als hij verliest). En de regel treft de verkeerde: de exceptie kan alleen worden ingeroepen tegen de tussenpersoon.

⁵⁷ Het zijn de enige plaatsen waar dat gebeurt. Zie DE PAGE, *Traité*, V (1962), voor randnummer 295, p. 278 en voor randnummer 311, p. 302. De uitgave van 1962 is wat dit betreft, een herdruk van de eerste editie. In de editie 1975, verzorgd door René DEKKERS, zijn deze passages weggelaten. Dekkers zet er een ander woord vooraf. Daarin wordt gemeld dat hij de tekst van de eerste editie overneemt maar dat hij inmiddels zelf een andere opvatting heeft, die is verduidelijkt in zijn *Handboek burgerlijk recht*, tweede editie, 1971, nrs. 1238-1243. De Page vermeldt in de eerste voetnoot bij de termijnhandel dat hij dat stuk reeds had geschreven vóór het KB van 1939.

⁵⁸ Volledig: Nous prions le lecteur de vouloir bien prêter une attention toute particulière aux développements qui vont suivre. Le jeu et le pari constituent une des parties les plus délicates du droit civil. C’est aussi, et par le fait même, une de celles où les erreurs se sont particulièrement accumulées. Tout a concouru, ainsi que nous le verrons, pour créer le désordre et la confusion. En telle sorte qu’il est peut-être pas, à l’heure actuelle, un praticien sur mille qui connaisse la portée exacte de la réglementation civile du jeu. Tout le monde CROIT savoir ce que c’est que le jeu. Personne n’en a, en réalité, une notion juste. Nous prions donc ceux qui ont le souci d’avoir des idées claires sur les notions fondamentales de notre science de vouloir bien lire IN EXTENSO les développements ci-après. La matière est trop complexe pour que l’on puisse, comme pour d’autres parties de notre traité, se borner à « consulter » celui-ci. Tout s’enchaîne, même les erreurs... C’est pourquoi, si on entend déceler toutes celles qui foisonnent dans la matière du jeu et du pari, il est indispensable de reprendre la matière depuis son origine, p. 278

⁵⁹ *O.c.*, nr. 96. In de toepassing blijft De Page dan evenwel beperkt tot absolute en relatieve nietigheid.

⁶⁰ *Traité*, V (1941), nr. 316. In nr. 315, op p. 321 staat het volgende: «... et nous laissons volontiers LAURENT vitupérer avec grandiloquence l’immoralité des banquiers et autres «financiers»... C’est là, uniquement, faire preuve d’une ignorance complète des conditions dans lesquelles se traitent les affaires. Il n’y a rien de plus dangereux qu’un juriste qui, par amour de la morale, devient théologien.» De *trois points staan* in de tekst.

Walter van Gerven heeft in zijn Algemeen Deel, geen tien jaar na de tweede editie van De Page, beknopt en helder voorgesteld de nietigheid als sanctie toe te passen, niet verder gaande dan nodig is voor het herstel van de maatschappelijke orde.⁶¹ Men kan zeggen dat die gedachte weerklank vindt.⁶² Algemeen aanvaard in de doctrine is zij niet.

19. Als wetgeving van openbare orde verwijst naar de pijlers waarop (de economische orde van) onze samenleving berust, dan zie ik die pijlers niet meer. Ik zie iets wat gelijkt op een Aziatisch paaldorp waar koterij is bijgebouwd op planken en latten, bij ieder woelig water met een paar takken verstevigd.

Dat valt niet meer te herstellen door bv. het Franse onderscheid tussen *ordre public de protection* en *ordre public de direction* te importeren⁶³, al dan niet met behoud van dwingend recht, en daaraan weer simpele gevolgen voor de nietigheid te verbinden. Ik zeg dat om twee redenen. Op de eerste plaats zal wie reglementering vraagt, altijd tot legitimatie van zijn vraag inroepen dat de reglementering *ook* andere belangen dient dan de belangen van degene voor wie ze wordt gevraagd. Dat is de verantwoording van wetgeving die “in het algemeen belang” moet zijn. Op de tweede plaats is de vraag van reglementering meestal urgent en moeten de strafste sancties worden geëist. Zo komt men toch weer uit bij de strengste regeling.

Het komt me voor dat op het vlak van de doctrine een andere aanpak wenselijk is. We moeten doen wat we in ander verband reeds doen, bv. bij het gelijkheidsbeginsel of bij de beoordeling van maatregelen van staten, die afbreuk mogen doen aan de basisregels van de EG.

We letten op het belang dat door de regel wordt gediend. We moeten daarin niet hypocriet zijn. Wetgeving dient belangen. Wetgeving wordt gekocht en als ze bepaalde andere belangen dreigt te schaden, wordt ze afgekocht. We letten ook op die belangen. En daarop passen we de toets

⁶¹ VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Beginselen van Belgisch privaatrecht, 1 (1986), ik verwijs hier naar de herdruk van Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 404-405.

⁶² Ik heb ze zelf voorgesteld i.v.m. verkoop tegen een hogere prijs dan de maximumprijs: de koopovereenkomst behouden, maar *tegen* de maximumprijs. Zie daarover laatst: VAN OEVELEN, in *De Koop. La Vente*, gecit., p. 11-13 met verwijzingen, die deze oplossing voorstaat, (maar) middels de toepassing van de adagia “*nemo auditur*” en “*in pari causa*”.

⁶³ Over deze en andere vernieuwingen in het onderscheid vindt men recent een goed overzicht bij STEENOT, R., *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p. 64 e.v. met verwijzingen naar WYMEERSCH, VAN OMMESLAGHE en SIMONART. GHESTIN, J., *Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public*, in *Liber amicorum Lucien Simont, o.c.*, 405, p. 416, laat de contractuele vrijheid de uitzondering zijn in bepaalde omstandigheden of in bepaalde domeinen.

van de proportionaliteit toe. We letten in die toets meteen op de efficiëntie. Proportionaliteit heeft immers niet alleen te maken met een regel die zou luiden: “hoe hoger het beschermde belang, des te sterker de sanctie”. Ze heeft i.v.m. sancties die handhaving van de regel zijn, ook te maken met de relatieve kosten van die handhaving. Pas als we op dit laatste letten, zien we ook, weer terugkijkend, dat uit de sanctie niet evenredig de hoogheid van de regel moet worden afgeleid.⁶⁴

Met de paradox van de kosten heb ik de studenten meestal voor het hoofd gestoten. Hoe is het te verklaren dat wie een pot stroop koopt, daarvan volledige en juiste informatie moet geven en niet mag bedriegen terwijl wie zichzelf verkoopt in het belangrijkste contract van zijn leven, inroept: “en fait de mariage, trompe qui peut”? Het antwoord is, natuurlijk, dat van wie een pot stroop koopt, niet kan worden verwacht grote zoekkosten te maken, terwijl dat wel laatste juist wel mag worden verwacht van wie het belangrijkste contract van zijn leven gaat sluiten (en mede daarvoor op die universiteit zit⁶⁵). (*Zoals men wel merkt, heeft dit voorbeeld, omwille van het publiek, te maken met de kosten van de totstandkoming van de overeenkomst en nog niet met de kosten van de trouw eraan en van de handhaving van de uit de overeenkomst verkregen aanspraken en faciliteiten.*)

9. Handhaving van regel, in de regel geregeld

20. Twee. Mijn tweede punt is het vervolg hiervan op het vlak van wetgeving. Als regels belangen beschermen, moet het meteen duidelijk zijn hoe de verwezenlijking daarvan kan gebeuren. Naargelang het geval moet de wetgever dan een passende regel “in de regel” maken.

Ik geef een vergelijkend voorbeeld.

De regeling van de onrechtmatige bedingen in contracten met consumenten staat in de Wet handelspraktijken. Van alles wordt verboden en er staat een sanctie bij. Elk onrechtmatig beding is nietig en verboden, en de

⁶⁴ Meen leest bv. vaak dat een reglementering die luidt dat ermee strijdige afspraken “nietig en zonder gevolg zijn” of “nietig en verboden”, een reglementering van openbare orde is.

⁶⁵ Zie – terecht – het slot van het “welkomstwoordje van de decaan” op de site van de Leuvense rechtsfaculteit, <http://www.law.kuleuven.be/decaan/welkdecaan.html>. Voor het geval deze verwijzing tot verkeerd gevolg zou leiden, laat ik de tekst volgen: “Tenslotte en niet het minst belangrijke: in Leuven zijn we ervan bewust dat je niet alleen komt voor hoger wetenschappelijk onderwijs. Je komt hier ook in een fase van je leven dat je wil zoeken wie je bent, hoe je jezelf in je verdere leven wil profileren, om vrienden en vriendinnen voor het leven te zoeken en heel vaak ook je levensgezel(lin). Dit alles zal een beslissende vorm geven aan je leven en is minstens even belangrijk als het studeren zelf. In Leuven hebben de studenten ons dat al meer dan vijfhonderd jaar lang duidelijk gemaakt en dus hebben we daar veel aandacht voor.”

consument kan niet – ook niet in onderhandelde contracten – afzien van de bescherming. Als het contract kan voortbestaan zonder het onrechtmatige beding, blijft het bestaan (art. 33 WHP).⁶⁶

Dat werkt dus niet. De consument die zo 'n contract heeft en zich bedrogen voelt, kan in de wet niet vinden wat hij moet doen. Hij moet dus naar een advocaat en die haalt, omwille van de kostenbesparing, ook maar zijn eerste regel van openbare orde en nietigheid boven.⁶⁷ Uitleggen hoe nietigheid werkt, met *nemo auditur in pari causa*, en verder wat de rechtsgang is die daarvoor nodig is, kan men niet in een simpele brochure. Niets doen, ook: niet betalen, aangetekende brieven afhalen, incassobureaus aan de deur krijgen enz. is voor de consument ook geen goede optie, want ze kost onzekerheid en tijd.

De consument leert van zo 'n regeling ook niet veel goeds. Wat ook de waarde van het contract is, van de kosten om na te gaan of de contractuele bepalingen onredelijk zijn, wordt hij ontslagen. De essentiële elementen van het contract, de zaak en de prijs, vallen niet onder een bescherming. Of de verhouding prijs/kwaliteit niet onredelijk is, is de zaak van de consument (weliswaar gesteund door informatievoorschriften).⁶⁸ De kosten om zijn rechten te handhaven in geval van onredelijke bedingen, zijn hoog.

In de algemene regeling van schadebedingen is de regel al duidelijker maar de handhaving blijft min of meer gelijk.

⁶⁶ Ik heb dit iets uitvoeriger toegelicht in mijn bijdrage over De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht, *o.c.*, nrs. 49-51. Daar vindt men ook de referentie die het misverstand over “verboden en nietig” verklaart. Zie in dit verband reeds DIRIX, E., De bezwarende bedingen in de NWHP, in STUYCK, J. en WYRINCK, P. eds., *De nieuwe wet handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 289. Het mag worden opgemerkt dat de opinie dat het niet om een absolute maar om een relatieve nietigheid moet gaan, verder ingang vindt. In het advies nr. 14 van de Commissie voor Onrechtmatige bedingen, van 24 juni 2004, over een KB met een typecontract voor *huwelijksbemiddeling*, op “basis” van de Wet huwelijksbemiddeling en de WHP, wijst de Commissie erop dat de voorgestelde nietigheid van clausules die met het typecontract strijdig zijn niet “van rechtswege nietig” moet luiden. Het gaat om bescherming van de klant en dus moet de nietigheid relatief zijn. Zie advies, p. 4, bij art. 3. http://mineco.fgov.be/protection_consumer/council/consumption/pdf_Advieszen_CommissieOB/COB14.pdf

Zie i.v.m. een afzwakking van de beperking van de regeling van de onrechtmatige bedingen, het onderscheid tussen strafbedingen en ontbindingsbedingen: VEROUGSTRAETE, I., De economische opvattingen van het Hof van Cassatie, in *Liber amicorum Lucien Simont, o.c.*, 239, p. 254.

⁶⁷ Ik maakte geen grapje toen ik als antwoord op de vraag of de regeling van de onrechtmatige bedingen in het BW moest staan of in de WHP, antwoordde dat de regeling in het BW moest om de volgende reden. Advocaten die het BW toepassen, kunnen niet zeggen dat zij gespecialiseerde wetgeving van economisch recht moeten toepassen. Dat kan het verschil maken op het honorarium.

⁶⁸ Dat heeft, zoals ik elders heb betoogd, rare gevolgen als hetgeen de consument koopt, juist een “contract” is, bv. in de financiële diensten.

Schadebedingen kunnen worden gematigd door de rechter (art. 1231 BW, aldus gewijzigd door de wet van 23 november 1998); *als* de zaak bij de rechter komt, kan die zelf letten op het belang van wie door het schadebeding moet betalen (ambtshalve).⁶⁹

Men kan daarmee de eerste wet op de afbetalingsovereenkomsten, van 1957, vergelijken.⁷⁰ Die wet regelde de bescherming van de koper en de lener op afbetaling.

Om te beginnen was de wet niet van toepassing op contracten van een hoger bedrag dan vast te stellen bij KB. Het gaat niet om het verschil tussen de kleine consument en de kapitaalkrachtige. Het gaat erom dat men zelf voldoende op zijn tellen moet passen, of advies inwinnen, als de zaak zo belangrijk is dat ze die kosten verantwoordt.

De wet bevat belangrijke regels tot bescherming van de koper. De handhaving is, in de wet zelf (art. 8), geregeld en ze is gepast. Bij miskenning van die regels wordt het te betalen bedrag van rechtswege gereduceerd tot de prijs contant.

Aanvullend is het uitdrukkelijk ontbindend beding, ten voordele van de verkoper, beperkt tot wat in de wet is genoemd en schadebedingen die door de koper vallen te betalen, kunnen door de rechter, ook ambtshalve, worden beperkt of geheel terzijde geschoven (art. 10).

Die wet raakte ook de openbare orde omdat zij van betekenis was voor het rentebeleid. Dat werd geregeld door een vergunning in te stellen voor verkopers op afbetaling; die vergunning kon zo nodig worden ingetrokken. Zoals men weet, leven de regelen van bescherming van de koper of lener nog door in de Wet consumentenkrediet. In die wet is, heel verstandig, ook een bagatelregeling voorzien. Als de waarde van het contract de hele rompslomp die de toepassing van de wet meebrengt (vooral voor de verkoper) niet verantwoordt, is de wet niet (volledig) van toepassing.⁷¹

10. Goede rechters

21. Dat goed recht goede rechters vereist, is een *lapalissade*.

Ik wijs alleen nog op het volgende.

⁶⁹ Men kan hier zien hoe W. VAN GERVEN's theorie doorgang vond. Zie de tweespraak tussen VAN GERVEN en WYMEERSCH, in *RW1976-1977*, 1379 (Van Gerven's reactie op de eerdere bijdrage van Wymeersch, en diens antwoord op 1382).

⁷⁰ Wet van 9 juli 1957 tot reglementering van de verkopen op afbetaling en hun financiering, *B.S.* 26 juli 1957.

⁷¹ Artikel 3, § 2, aanhef en 1° Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, http://mineco.fgov.be/homepull_nl.htm, naar "Bescherming consumenten", dan naar "Overmatige schuldenlast"(!).

Er is zoals al gezegd, een verband tussen rechters en het soort normen dat men maakt. Qua investering kan men dat verband als een afruil zien.⁷² Efficiënte regels maken, die de burgers zelf gemakkelijk kunnen lezen en toepassen, vereist een investering in wetgeving maar die kan worden gecompenseerd door de kleinere investering die nodig is om rechters te hebben die aan die regels de hand kunnen houden. Standaarden maken in wetgeving, wat goedkoper lijkt te zijn, vereist omgekeerd zeer bekwame rechters, althans: een zeer goed georganiseerde rechterlijke macht.

Men moet dit in het algemeen begrijpen: “rechters” staat voor de handhavers van de wetten. Men moet ook niet alleen letten op de directe kosten. Rechtsvorming door regels van de wetgever is een proces waarop allerlei belangengroepen en nieuwe wettenmakers, het volk dus, goed greep (menen te) hebben. Rechtsvorming door toepassing van standaarden, in een onafhankelijke rechterlijke macht, is een zaak waarop niet zo direct kan worden ingegrepen. Wij kennen dat laatste vooral in de verschuiving van de greep: de benoeming van rechters.

Op meesterlijke wijze heeft Rob Kruithof vragen van rechtsvorming door rechters behandeld in zijn laatste geschrift.⁷³ Weerzin van het volk tegen zijn wetten, kost duur. Weerzin tegen de wetten die door de rechters worden gesteld, kost duurder.

22. Die vragen worden te weinig gesteld. Ik geef twee voorbeelden.

De “eerlijke handelsgebruiken” is een toetsnorm van respectabele afkomst, van de Heilige Koning Lodewijk de Negende.⁷⁴ De opdracht van de door hem ingestelde gilden was: “Organiser l’industrie sur des bases honnêtes. Chacun fera son métier et rien que son métier afin de bien faire et de ne tromper personne”.⁷⁵ De gilden zijn afgeschafte (ja toch?). De eerlijke handelsgebruiken hebben we weer ingevoerd als verlengstuk van de bescherming van de intellectuele eigendom. Het Parijse Unieverdrag, waaruit die regel toen kwam, is niet bepaald een zaak van kleine middenstanders. De eerlijke handelsgebruiken zijn als standaard ingevoerd door

⁷² Zie ook POSNER, *o.c.*, p. 7.

⁷³ KRUIHOF, R., Naar een ‘Gouvernement des juges’ in het Belgische verbintenissenrecht?, in *Hulde aan prof. Dr. R. KRUIHOF*, Antwerpen, Maklu, 1992, 27.

⁷⁴ Zie MAZAROTZ, J.-P., *Histoire des corporations françaises d’arts et métiers*, Parijs, Baillière, 1873, p. 99-101, waar Etienne Boileau’s werk wordt geciteerd, <http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-55582&M=tdm&Y=Image>.

⁷⁵ Dat is de nauwkeurige samenvatting van Lodewijk’s besluit bij BERTRAND, L., *L’ouvrier belge depuis un siècle*, Brussel, L’églantine, 1924, p. 13-13. Ik vermeld dit boek hier omdat romantische socialisten ook op dat punt van de geschiedenis begonnen als ze de arbeidersorganisaties beschreven.

het KB nr. 55 van 1934. Als standaard zou die norm de fout vervangen (opvullen, aanvullen) van artikel 1382 BW, waarop voordien een beroep moest worden gedaan in geval van oneerlijke concurrentie. Die standaard zou worden gehandhaafd door de voorzitter van de rechtbank van koophandel; toen was dat een lekenrechter.

Zoals men weet, hadden kleinhandel en ambacht het in de crisisjaren van dertig zwaar te verduren.⁷⁶ Er werd een tussenkomst van de Staat geëist. Vele van die eisen konden niet worden ingewilligd omdat ze direct geld zouden kosten⁷⁷, en geld had de Staat niet meer. Met de standaard van de eerlijke handelsgebruiken gaf de Staat aan de middenstand staatsgezag tot handhaving van wat volgens de betrokkenen de juiste gedragsnorm was.⁷⁸

Dat zat niet alleen in de invoering van de standaard. De zaken bij mekaar leggend, moet men ook letten op een ander stuk van wetgeving, met name de benoeming van de lekenrechters in de rechtbanken van koophandel. De benoemingsvoorwaarden en de verkiezing waren in 1924 opnieuw geregeld. Voor benoeming kwamen ook bv. directeuren van kredietverenigingen in aanmerking.⁷⁹ Die kredietverenigingen waren van de georganiseerde middenstand. Juist in 1934 werden benoeming en verkiezing van de lekenrechters herregeld.⁸⁰ Met de macht van haar getal⁸¹ en met verstevigde organisatie kon de middenstand de rechtbank veroveren. Er kwamen ook meer rechters die employés waren van de middenstandsorganisaties. Tevoren waren die rechters vrijwel uitsluitend bankiers, industriëlen en fabrikanten.

Voor wie de rechterlijke organisatie kent, maar niet de regeling van de onrechtmatige mededinging, voeg ik kort het volgende toe. Het feit dat

⁷⁶ Zie daarover: COLLIN, F., *Verlag nopens den ambachts- en handeldrijvenden middenstand*, ik citeer hier de publicatie ervan in de Vlaamse rechtskundige bibliotheek, Antwerpen, De Sikkel, 1937; BODDEWYN, J.J., *Belgian public policy towards retailing since 1789. The socio-politics of distribution*, East Lansing, M. State Univ., 197, en verhalend gedocumenteerd: HEYMAN, P. *Middenstandsbeveging en beleid in België 1918-1924*, Kadoc-studies nr. 22, Leuven, Univ. Pers., 1998, p. 233 e.v. (vgl. HEYMAN, G., *De middenstand in de Staatshuishoudkunde*, Antwerpen, De Sikkel, 1938)

⁷⁷ Ik noem de cascadetaks op de factuur afschaffen. Die taks verhoogde de prijs met evenredigheid van de lengte van de distributieketen.

⁷⁸ Wat mede met een beroep op het belang van anderen, met name consumenten, kon worden gelegitimeerd, werd versneld bij volmachtsbesluit ingevoerd, bv. de solden en de verkoop met premie.

⁷⁹ Art. 2 van de wet van 13 juni 1924, *B.S.* 15 juni 1924.

⁸⁰ Wet van 10 april 1934, *B.S.* 13 april.

⁸¹ Het vroeger bestaande stelsel van proportionaliteit van de rechters naargelang de sectoren van het koopmanschap was afgeschaft.

er in hoger beroep tegen de rechtbank van koophandel *geen* lekenrechters zijn, was niet van belang. Het bevel tot het staken van oneerlijke mededinging is uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande elk rechtsmiddel.⁸² Wie in afwachting van de uitspraak in beroep een campagne moet stopzetten of een naam niet meer mag gebruiken, heeft zijn kans verkeken. Een nieuwe kans, op gelijk van het hof van beroep, is vaak geen uitkomst.⁸³

23. Men kan op die manier de vorming van de norm van de eerlijke handelspraktijken *zien*. Men legt de (gepubliceerde) vonnissen op een kaart van België zoals men die in iedere oudere atlas vindt: van (soorten van) handel en industrie, en men duidt daarop ook sterkte aan van de lokale middenstandsorganisaties. Men ziet vanaf 1918 die norm in de richting gaan van grote bescherming van de handelszaak en haar klandizie.⁸⁴ Eerst vanuit de rechtbanken van koophandel van (Brugge en) Oostende en van Sint-Niklaas, waar kleine fabrikanten werkten.⁸⁵ Pas later kwam Gent, waar de aanwezigheid van een hof van beroep (en de traditie van de *grote* bourgeoisie?) de rechters kennelijk tot terughoudendheid noopte om zomaar recht te halen uit een fatsoensnorm van de kleine middenstand; maar na het KB nr. 55 ging dat vlotter. De laatste weerstand lag in Luik, daar hoeft geen tekening bij. Ik leg u dit niet uit met landkaarten die van de printer-plotter komen. Maar de bewering is gedocumenteerd. Ik heb de oefening gedaan door de voetnoten in de werken van Hoornaert, Limpens en Kruithof⁸⁶ over verticale prijshandhaving, buiten contract en *per se* (zonder andere fout dan prijszonderbieding), op plaats en datum te sorteren en de ontwikkeling van de middenstand erover te leggen.

⁸² Zie thans: art. 100 Wet handelspraktijken.

⁸³ We zien dat, nu, scherp in de kortgedingzaken wegens merkinbreuk. Als het om het enige of belangrijkste merk gaat, moet ondertussen (na stopzetting door de kortgedingrechter) wel worden verkocht. Dat moet dus onder ander merk. Hernemen van het eerste merk is alleen nuttig in bepaalde gevallen.

⁸⁴ Zie ook de Wet van 25 oktober 1919, pand op handelszaak en het "verwonderlijke" dat de cliëntèle "bestanddeel" is van de handelszaak: VAN GERVEN, W., *Ondernemingsrecht*, Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII (1975), nr. 24, p. 190. De studiegroep van de Benelux die later een ontwerp van eenvormige wet zou opstellen, stond onder voorzitterschap van R. Piret. Piret had oog voor de zaken van de middenstand; op zijn naam vindt men een entree in het zopas geciteerde boek van Heyman.

⁸⁵ De eerste Waalse uitspraken in dezelfde zin, komen van plaats met dezelfde kenmerken: Verviers.

⁸⁶ HOORNAERT, M., *La politique des prix imposés: le fonds de commerce et l'article de marque, étude économique et juridique*, Brussel, Larcier, 1939; LIMPENS, J., *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Brussel, Bruylant, 1943 en KRUITHOF, R., *De verticale prijsbinding van merkartikelen*, Brussel, ICRV, 1972. De entree is Kruithof, p. 91 e.v.

Antimarxistisch (en antikapitalistisch) als zij waren⁸⁷, maakten de middenstanders een voorbeeld van “recht en bovenbouw”.

Te zien aan het aantal vonnissen dat is gepubliceerd, zijn veel uitspraken gepubliceerd. Men weet niet hoeveel uitspraken er waren. Als ik zeg dat men de vorming van de norm kan zien, is dat vertekend: het is door de bril van de media, die in ons vak – al lang voor er grootspraak was over de rol van de media in de samenleving – rechtsvorming (kunnen) sturen. Maar er waren wel meerdere tijdschriften en van verschillende strekking. Pro en contra kwamen (en komen) in de gezamenlijke juridische vakbladen aan bod, want advocaten moeten vandaag de ene en morgen de andere stelling kunnen verdedigen. Ik spreek me niet ferm uit over de sturing van toen. Maar men kan wel zien welke redacties sympathie hadden voor de zaak van de middenstand en welke die minder hadden.⁸⁸

24. Mijn tweede voorbeeld verbind ik daaraan wat de norm betreft, meer (althans wetenschappelijk) niet. Voor de prijshandhaving buiten contract werd een theorie ingeroepen die verkort hierop neerkwam: prijszonderbieding is fout want het tast het recht aan van de benadeelde verkoper (die dat recht heeft uit een contract met een ander). Wie die mercuriale van procureur-generaal Paul Leclercq van 1927 had gelezen, over de automobilist die de voetganger aanrijdt, en met name ook de opmerkingen daarin over de sterken en de zwakken, zou ze hebben kunnen citeren.⁸⁹ Men weet dat Leclercq enige tijd werd gevolgd door

⁸⁷ Ik geef, als tijdsdocument, een voorbeeld: CLYNMANS, J., *Een sociaal gevaar... Sociaal-economische beschouwingen nopens de NOODZAKELIJKHEID van een gezonden en welvarenden MIDDENSTAND*, Antwerpen, SPES, 1941 (het boek is voltooid op “Driekoningendag 1939”)

⁸⁸ “Wetenschappelijke uitspraken” daarover worden bemoeilijkt omdat het Rechtskundig Weekblad pas toen begon en “practisch” wilde zijn (zie de editoria van de nummers één en twee). Dat noopt al tot een zekere abonnementwinning door publicatie van “lokale” uitspraken. Bovendien brengt nieuwe wetgeving, zoals het KB nr. 55, publicatie mee van “de eerste” toepassingen ervan. Maar verder lagen Middenstand en Vlaams niet ver uiteen. Men kan dat ook zien aan de opname van het Verslag Collin (die lid was van de eerste redactie van het RW) in de reeks Vlaamse rechtskundige bibliotheek.

⁸⁹ LECLERCQ, P., Le conducteur d’une automobile, qui tue ou blesse un piéton, comment-il un acte illicite?, ik citeer ze vanuit *La pensée juridique du procureur général Paul Leclercq*, FAURES, J. en DE MEYER, J. eds., Brussel, Bruylant, 1953, I, 92, zie i.h.b. p. 100-110. Leclercq schildert ook zijn inspiratie. Op p. 108 luidt het over de idee van de menselijke waardigheid: “cette idée que le christianisme a répandue dans le monde (nt) est, en effet, à la base de toute la législation belge (nt)”. En het einde luidt: “Si, un jour, il vous est demandé de casser une décision de justice parce que, après avoir constaté que le conducteur d’une automobile a tué ou blessé un piéton, elle déclare que ce fait est insuffisant pour établir en principe sa responsabilité civile, cette décision, vous la casserez, car vous aurez entendu, dans l’article 1382 du Code civil, l’écho de la parole biblique: «Tu ne tuera pas», p. 130. Ook wat inspiratie betreft, kon de Vlaamse middenstand zich daarin herkennen. Ik vermeld dat het

het Hof van Cassatie: de tijd dat hij er bleef, de tijd ook van de crisisjaren van negentienhonderd dertig; later werd zijn stelling niet meer gevolgd.⁹⁰

De toetsnorm van 1382 BW wordt door de rechter ingevuld. Ik heb reeds gewezen op de verhouding met de cultuur (zie ook: de geldende opvattingen over maatschappelijk verkeer). Dat roept de vraag op van de cultuur van minderheden in die cultuur. Men kan ook daarop letten als men het recht bestudeert.

Hoe meer de rechters, zonder veel omzien, hun vooroordelen putten uit vooroordelen van de heersende cultuur, des te kleiner wordt de vrijheid van de minderheid. Als die minderheid juist persoonlijke vrijheid (van vooroordelen) belijdt, klemmt dat des te meer. In verband met 1382 BW mag erop worden gewezen dat er strenge cassatiecontrole is op de schending van 1382, hoewel studenten wel eens zeggen dat het over feitenkwesies gaat. En men kan in de Belgische doctrine over deze zaak, en over andere zaken van vergelijkbare aard, scherpe debatstijl vinden. Dat verrast tenzij men ziet dat het gaat om meer of minder bewaken van de toets aan de heersende volksoopvattingen, door rechters met vooroordelen.⁹¹ De scheidslijn loopt niet tussen aanhangers van opvattingen. Het gaat er veeleer om dat de ene de andere verwijt de rechter een werktuig in handen te geven zonder voldoende vermaning. Leclercq's mercuriale ging over de automobilist. Zinspeelt Ludo Cornelis⁹² daarop, op de weerbots, als hij boven een gelegenheidsrede de titel schrijft: "Spookrijders in het verbintennisrecht"?⁹³

voorwoord en het nawoord van Clynmans, in zijn zopas geciteerd boek over de middenstand, de inspiratie van de middenstandsgilden noemen: "Doet aan anderen wat gij wilt dat u gedaan worde! (Matth. VII° Hoofdstuk, 12° vers)", *o.c.*, p. 11 en p. 222.

⁹⁰ Nog recent is door Hubert BOCKEN gewezen op Leclercq's stelling, zie: Nog iets over inbreuk op recht?, in *Liber amicorum Walter van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 183. Bocken noemt ook Limpens' kritiek die vanuit handelsconcurrentie de stelling afwijst.

⁹¹ In KRUTHOF's laatste artikel over het "Gouvernement des juges" vindt men een goed overzicht van stellingen.

⁹² Zie CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*. Antwerpen, Maklu, 1989, p. 146 e.v. over Leclercq's stelling. Cornelis' opvatting over fout en oneerlijke concurrentie vindt men op p. 75 e.v. van hetzelfde boek.

⁹³ Ik heb de titel even naar mijn hand gezet. De juiste titel is: CORNELIS, L., Spookrijden in het verbintennisrecht, *De Grote Raad* (Mechels juridisch tijdschrift, het gaat om de openingszitting van 5 oktober 2002), december 2002, 2, ook in *De Praktijkjurist*, VII, Gent, Academia Press, 2003, 83. Het gaat over misbruik van recht in het verbintennisrecht. In *De Grote Raad* vindt men de repliek van de stafhouder die herinnert aan zijn studietijd bij VAN OEVELEN.

25. Ik pleit ervoor om deze vorm van bestudering van normen en rechtspraak mee te betrekken in de studie van het recht. Dat geldt zowel voor de kosten van de norm en de toepassing ervan door de rechters als voor de wijze waarop rechters de norm invullen.

De eerste vraag, die van de investering, wordt vaak over het hoofd gezien. Toch is er een simpele vuistregel. Als we niet alles kunnen betalen, moeten we eerst zorgen voor goede normen. Goede wetten, zoals ik die zopas heb genoemd, kunnen door de burgers zelf grotendeels worden toegepast. Zij kunnen als de zaak toch voor de rechter moet komen, weliswaar worden verprutst door slechte rechters en het herstel van deze fouten door de (hogere) rechters duurt lang. Maar slechte wetten, is erger. Zij kunnen door de burgers zelf niet gemakkelijk worden toegepast. En de investering in goede rechters helpt dan niet, want goede rechters passen de slechte wetten toe. Zij mogen die niet veranderen.

Op die kosten van de rechterlijke macht moet men zeker letten als men de rechters taken geeft die nieuw zijn en vooral als men hen taken geeft in zaken waarin deskundigheid is vereist die rechters nog niet of niet hebben. Ook hier gaat het niet alleen om de directe kosten. Deskundigen die de rechter of de partijen te hulp komen, zijn er veel. Er zitten ook (veel) charlatans tussen. Die laatste uitspraak doe ik niet op eigen gezag. Ik haal ze van collega's die ze documenteren aan de hand van dubieuze zaken van strafrecht⁹⁴ en van *junk science* in het kartelrecht.⁹⁵ De rechter moet niet zelf deskundig zijn op al die gebieden. Het valt zelfs af te raden dat de gewone rechter zoiets zou proberen, want de schade van *a little learning is a dangerous thing* kan zeer groot zijn. Maar de rechter moet het deskundigenwerk wel kunnen beoordelen en hij moet beslissen. Hij moet, wat het eerste betreft, dus weten waarover een deskundige uitspraak kan doen en hij moet zich meester hebben gemaakt van de methoden van externe beoordeling van deskundigheid *tout court*. Dat is niet onoverkomelijk. Er bestaan werken waarin deskundigen uitleggen wat de grenzen zijn van wat ze kunnen doen⁹⁶ en de wetenschapsleer heeft merklatten

⁹⁴ CROMBAG, H.F.M., VAN KOPPEN, P.J. en WAGENAAR, W.A., *Dubieuze zaken: de psychologie van het strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam, Contact, 1994 en recent: VAN KOPPEN, P.J., *Paradoxen van deskundigen. Over de rol van experts in strafzaken*, Deventer, Kluwer, 2004.

⁹⁵ VAN DEN BERGH, R., Dante, Calimero en de rechter-econoom. Over de mogelijkheden en beperkingen van het gebruik van economische theorieën en econometrisch bewijsmateriaal in mededingingszaken, *SEW* 2003, 10, zie p. 12.

⁹⁶ Niets is perfect, maar ik geef toch een voorbeeld: FINKELSTEIN, M.O. *Statistics for lawyers*, New York, Springer, 1990.

ontwikkeld voor de eis van wetenschappelijkheid.⁹⁷ Kan de rechter dat niet, dan geeft hij letterlijk het recht uit handen. Hij draagt zijn macht over.

11. Letten op de context

26. Ik pleit er ook voor om rechtsvorming door de rechter (en door de doctrine) te bestuderen op de wijze die ik in het voorbeeld van de onrechtmatige mededinging heb genoemd. Ook dat heeft te maken met het recht uit handen geven. Wij doen het namelijk te weinig. Anderen doen het schijnbaar wel, maar meestal niet op ernstige wijze. Er wordt wel meer, in kranten en op TV maar ook aan cafétafels onder juristen, rechtspraak geduid met een verwijzing naar de achtergrond van de rechter, de economische situatie (van de regio) of erger, zowel in negatief als in positief.

Er is veel theoretisch werk verricht over de contextualiteit van het recht.⁹⁸ Toegepast is het weinig. Juristen lijden soms van hun pudeur. Als rechtspraak te veel is geplakt op de situatie, of die schijnt te miskennen, wordt de zaak gesteld in termen van vraag naar wetgeving. Dat is op zichzelf juist gewenst. Maar dan trekt de ene jurist zich terug, want politiek is niet zijn zaak, en de andere spreekt meer van beleid dan van rechtstechniek. In het communicatieve model van de democratische staat⁹⁹ is de communicatie tussen beide gebrekkig. Wie wel het ene met het andere wil verbinden, moet stevig in zijn schoenen staan en krijgt ook dan nog een hak. Ik herinner aan bezetting van bedrijven, het faillissement van de achterman, de weigering ondernemingen failliet te verklaren zolang geen oplossing voor de tewerkstelling was gevonden, de prijsreglementering, de zaak Dutroux.

Er is natuurlijk een verschil. Het gaat om de tactiek. Ik neem het voorbeeld van bedrijfsbezetting. Walter van Gerven heeft zijn kritiek op het vonnis in de zaak *Prestige* op heel open wijze geuit, met name door te schrijven hoe hij het wel zou hebben beslist, binnen de traditie van ontwikkeling van recht door de rechter.¹⁰⁰ Marc Rigaux heeft in zijn proefschrift de

⁹⁷ VAN KOPPEN gaat daarop kort in, *o.c.*, p. 6 e.v. met verwijzing naar de standaard die door de *Supreme Court* in de V.S.A. wordt gehanteerd.

⁹⁸ Ik noem het werk van de groep rond Jacques Lenoble, en daarvan alleen een werk dat op groot podium werd gepresenteerd: *Démocratie et procéduralisation du droit. Trav. 16^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, COPPENS, Ph. en LENOBLE, J. eds., Brussel, Bruylant, 2000, en voorts het centrum van Mark Van Hoecke (KUB) waar ook "toepassingen" werden gemaakt; zie recent: VAN HOECKE, M., *Law as communication*, Oxford, Hart, 2002.

⁹⁹ Zie POPELIER, P., *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 92 e.v.

¹⁰⁰ VAN GERVEN, W., Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming, *RW*1976-1977, 65.

bedrijfsbezetting behandeld, als vorm van sociale actie.¹⁰¹ Hij vindt het vonnis van Van Gerven – ik zeg dat in mijn eigen woorden – maar slappe kost. Wie de zaken in termen van sociale actie ziet, noemt Van Gerven’s alternatieve vonnis geen reactie.

27. Toch is de voorgestelde wijze van het bestuderen van het recht van groot belang. Recht doen is een kwestie van argumenteren. Daarbij kan men best op alle argumenten letten, van iedereen en van iedere tijd. Zonder verder onderzoek een argument niet bekijken omdat het oud is, is niet serieus. Maar, omgekeerd, niet de context bekijken is evenmin serieus werk leveren.

Ik geef twee voorbeelden. Met Rimanque’s proefschrift over de levensbeschouwelijke opvoeding van minderjarigen¹⁰² kan men ook nu nog het licht laten schijnen op vragen over familieconflicten. Ik preciseer. Twee gedoctoreerde juristen hebben het dikke proefschrift kennelijk gebruikt om onder de voet van hun bureaulamp te zetten. Het werk wordt (nog) wel vermeld in hun bibliografie, maar lering is er niet uit getrokken. Dat zie je zo al aan de voetnoten. Het valt wel meer op dat juristen het recht laten beginnen waar hun eerste kandidatuur in de rechten begon.

Het tweede voorbeeld is van lichtere kost. In de APR verhandeling over Lastgeving van Bernard Tilleman vindt men een regel vermeld. Die luidt dat het mandaat om een zaak te verkopen, niet (de bevoegdheid) inhoudt de koopprijs te ontvangen.¹⁰³ Wie dat uitkomt, schrijft het *zo* over, want het staat er *zo*. De regel is, met grote precisie van kolom en alinea geciteerd, overgenomen van een arrest van het hof te Brussel van 1820.¹⁰⁴ De feiten dateerden van 1812. Ik heb enig zicht op het bankwezen in die tijd. Ik heb ook een boek over de geschiedenis van *Thurn und Taxis*, het internationale vervoerbedrijf met koets en rijpaard. Ik heb ook nog een paar boeken over roversbenden. Kortom, als ik in 1812 vanuit mijn werkhuis in Schalkhoven volmacht zou hebben gegeven om in Zulte iets te verkopen tegen een grote

¹⁰¹ RIGAUX, M., *Staking en bezetting naar Belgisch recht: juridische analyse van de werkstaking en de bedrijfsbezetting als vormen van sociale actie*, Antwerpen, Kluwer, 1979.

¹⁰² RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige: publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980 (twee volumes).

¹⁰³ TILLEMAN, B., *Lastgeving*, APR, Deurne, Kluwer, 1997, nr. 314. Terecht staan de verwijzingen in APR *in de tekst*. Zo ziet de “praktijkjurist” onmiddellijk het jaar.

¹⁰⁴ Er is ook een vonnis geciteerd van 1927 geciteerd maar dat vind ik op de plaats van verwijzing niet terug.

som geld, dan zou ik het risico niet hebben gelopen dat de volmachthouder met mijn beurs geld onderweg zou zijn.¹⁰⁵

Er is meer aan de hand. Zowel in deze zaak als in een zaak van “de koophandel” van Brussel, 1895, die Patrick Wéry citeert in de *Répertoire notarial*¹⁰⁶ en in de andere zaak, van “de koophandel” van Luik, 1926, die Tilleman citeert¹⁰⁷, ging het om *handelsreizigers*.¹⁰⁸

Kennen mijn collega's de reputatie die *handelsreizigers* hadden?

De verkopers in de betrokken zaken wisten inmiddels daarvan. Alledrie hadden ze al last gehad met de *voyageur* en in één geval had de verkoper de koper overigens uitdrukkelijke instructie gegeven niet aan de *voyageur* maar aan hemzelf te betalen.¹⁰⁹ In de drie zaken beweerden de kopers te hebben betaald aan de *voyageur*, maar in geen van de zaken was de handelsreiziger in het geding getrokken. De uitspraak van de rechters over de bevoegdheid om de koopsom te ontvangen is kennelijk bedoeld om verdere discussie over wel of niet betaald en wel of niet de juiste instructies, uit te sluiten. Beide rechtbanken van koophandel spreken zich uit over de

¹⁰⁵ In de internationale handel is het nog de vuistregel: de koper wil zelf de hand houden aan de verzekering van de goederen tot de levering *in* zijn bedrijf; de verkoper wil via *zijn* bank zeker zijn van betaling.

¹⁰⁶ WERY, P., *Mandat*, Répertoire Notarial, Deel IX, Boek VII, Brussel, Larcier, 2000, p. 95. Kh. Brussel, 20 mei 1895, *Pas.* 1895, III, 282. Ook in de Répertoire Notarial is het gebruikelijk om een lijst van gevallen te geven waarin het ene of het andere m.b.t. de regel is beslist.

¹⁰⁷ Kh. Luik, 7 juni 1926, *Jur. Liège* 1926, 224.

¹⁰⁸ Tilleman vermeldt dat, als “handelsvertegenwoordiger”, bij de referentie naar de zaak van Kh. Luik, *o.c.*, nr. 314. Deze handelsvertegenwoordiger wordt in het vonnis “*commis-voyageur*” genoemd. In de zaak van de rechtbank van koophandel te Brussel werd de tussenpersoon “*voyageur*” genoemd. In de zaak van het hof te Brussel ging het om iemand die de producten van een fabrikant zou verkopen als exclusief verdeler en die daartoe met een fabrikant een “*contrat de mandat*” had gesloten. Hij werkte met personeel dat “*commis*” werd genoemd. Dat soort van contracten kwam toen veel voor. Vooral kleine fabrikanten met veel mogelijke afnemers moesten op zo'n tussenpersoon een beroep doen. Men heeft dat veel later nog gekend in de schoenenbranche. De tussenpersoon kreeg op die wijze grote macht.

¹⁰⁹ In de zaak van het hof te Brussel zat de fabrikant kennelijk in de tang van zijn *voyageur*. Die had in de loop van het contract absolute exclusiviteit bedongen. Hij had verder de koper laten weten dat die aan hem moest betalen en niet aan de verkoper. Zie Brussel, 1 juni 1820, geciteerd, p. 145. Wat Luik betreft, 7 juni 1926, geciteerd, p. 224, ging het als volgt: “*loin de dérogerer*” aan de regel die luidt dat de “*commis-voyageur*” alleen contracten mag sluiten en geen betaling mag ontvangen (*zo* noemt de rechtbank de regel), had de verkoper de koper uitdrukkelijk instructie gegeven aan hem te betalen *en* had hij zelf een wisselbrief getrokken. In de derde zaak, van 1895, wordt niet uitvoerig ingegaan op de feiten. Er wordt wel vermeld dat de verkoper aan de koper had gevraagd mee te delen welke betalingen hij had gedaan, maar dat impliceert niet, aldus de rechtbank dat die betalingen mochten gedaan zijn geweest in handen van de *voyageur*. Als regel noemt de rechtbank dat “*ce voyageur, ayant pour mission de vendre, n'a pas, par le fait même, mandat de toucher le prix des marchandises.*”: *Pas.* 1895, III, 283.

bevoegdheden van de handelsreiziger. De uitleg van het hof te Brussel luidt “qu’il est de principe que”, dat de *lasthebber* geen betaling mag ontvangen. Lastgeving (en volmacht) is, in het Burgerlijk Wetboek, een wettelijk geregelde overeenkomst onder *heren*, een vriendendienst.¹¹⁰ *De bons comptes font de bons amis*, zegt men en ik wil dus wel aannemen dat de omvang van lastgeving, bij twijfel, beperkt moet blijven; dat is in het belang van zowel de lastgever als de lasthebber (zeker als die laatste het onbetaald doet). Maar als ik een vriend vraag om iets voor mij te verkopen, ga ik niet zeuren als hij terugkomt met een bankcheque die op mijn naam is gezet.

12. Goed recht vereist goede leerscholen

28. Ik ben al een hele tijd bezig over de studie van het recht en het recht aanleren. Ik heb daarvan nog geen tussentitel gemaakt *omdat* ik er de hele tijd mee bezig ben geweest.

Ik heb het vak gedaan in één van die leerscholen, de universiteit, waar het recht en het vak van (recht te maken en) recht te doen, als wetenschap wordt bedreven. De universiteit is niet de enige *school* waar men dat doet en op die wijze doet. Maar ze is wel de enige die daarvoor wordt betaald tot nut van het algemeen. Zij mag daarop worden afgerekend.

De rechtsfaculteit wordt daarop ook afgerekend, vaak in een “afrekening”. Die wordt dan gesteld in termen van recht en praktijk.

Daar zijn twee redenen voor. Op de eerste plaats dient de door de Staat betaalde universiteit om onderzoek en onderwijs te doen waar dat anders door burgers, ondernemingen en andere organisaties niet kan worden gedaan. Dat is het nut van het algemeen. En dan is er de vraag wie daarvan zijn profijt mag halen. De praktijk komt om zijn profijt.

Ik wijs er terloops op dat het beheersen van dat verdelen van profijt de reden is om de universiteit een zogezegde derde taak te geven, naast onderzoek en het daarop gesteunde onderwijs. Maatschappelijke dienstverlening is geen derde taak, want juist het doen van onderzoek en onderwijs is het maatschappelijke nut van de universiteit. Maatschappelijke dienstverlening is de term waarmee het beheersen van profijt trekken, wordt genoemd.¹¹¹

¹¹⁰ Art. 1986 BW bepaalt dat het mandaat kosteloos wordt vervuld, tenzij het tegendeel is bedongen.

¹¹¹ Als één voorbeeld van waar dat uit kan komen, noem ik: De ivoren toren en de kip met de gouden eieren.
Nevenactiviteiten van universiteiten; oneerlijke concurrentie op de kennismarkt? Contractonderzoek en uitgeefactiviteiten van universiteiten: oneerlijke concurrentie op de kennismarkt?

Op de tweede plaats moet het recht juist dienen om in de praktijk te worden toegepast. Maar dat is niet dezelfde praktijk, dat is een oefening.

Laat me beginnen met een misverstand op te ruimen. Het gaat over het verschil tussen de praktijk kennen en praktijk hebben. Het misverstand luidt dat professoren die praktijk missen, praten vanaf hun *ivoren toren*. Voor wie niet met de zaak is vertrouwd, verduidelijk ik dat praktijk te missen hier betekent dat die professoren geen tweede beroep uitoefenen dat met recht heeft te maken.¹¹² Laat me te kort antwoorden. De wachter van de brandtoren van het bos gaat *door* zijn bos naar zijn toren. Omdat hij dat iedere dag doet, en langs andere wegen, komt hij veel lieden tegen die daar werken. Zij vertellen en tonen wat ze doen. Hij leert van de ene en van de andere en hij vertelt zo weer de andere hoe de ene het doet. Op zijn toren overziet hij bospartijen en wegen. Hij kan zien wat het werk aan de voet meebrengt voor het bos. De wachter kent zijn bos. Hij moet het kennen.

Kan hij geen boom kappen? Er is geen houthakker die hem dat verwijt.

29. Wat het onderwijs betreft, lijken wij het recht uit handen te geven. Wij voeren vele gespecialiseerde rechtsvakken in, maar onderwijzen vaak het recht niet meer. We doen dat uit naam van de praktijk. We maken afstudeerrichtingen die eruitzien als visitekaartjes.

We trekken zo een groot gedeelte van de opleiding die beter in het beroep gebeurt, in de universiteit. De universiteit moet daaraan haar naam niet lenen. Dat zeg ik niet omdat opleiding in het beroep van mindere waarde zou zijn. Ik zeg het wel omdat de universiteit a) de zaak dan niet in de hand kan houden en b) die opleiding niet goed kan doen.¹¹³

Ik ga ervan uit dat de universiteit de plaats is waar algemene opleiding in de rechtsbeoefening moet gebeuren. Die opleiding moet op drie zaken letten: i) weten welk recht er is, dat kunnen vinden en het kunnen toepassen, ii) begrijpen en verklaren van het recht; dat is reeds voor goede toepassing nodig maar het gaat ook om theorievorming, en iii) nut voor de loopbaan.

In de universiteit (die wetenschappelijk onderwijs verstrekt) moeten we zeker op het tweede letten. Ik vertel wat dat betreft, niets nieuws. En ik ben

in HUGENHOLTZ, P.B., KABEL, J.J.C. en SCHUYT, G.A.I. eds., *Universiteit en auteursrecht. Wetenschappelijke informatievoorziening in een digitale omgeving*. Amsterdam: Cramwinckel, 1998, 93, ook: <http://www.ivir.nl/publicaties/kabel/universiteit&auteursrecht.html>

¹¹² Ervaring te hebben gehad, zou ook helpen, maar om die te blijven hebben zou men geregeld ontslag moeten nemen en weer terugkomen als hoogleraar.

¹¹³ Ik verwijs verder naar een korte bijdrage over Een opleiding in de rechten voor de éénten-twintigste eeuw, *RW* 1999-2000, 374.

er ook zeker van dat “niets nieuws” in dit geval betekent dat dit een eis is die ook in de tijd algemeen blijft gelden. Ik verwijs wat dat betreft, naar de gelijke onderstroom van enerzijds de oratie van René Victor in 1938 over “Het recht als wetenschap”¹¹⁴ en anderzijds de bewerkte oratie van Gerrit De Geest over hetzelfde onderwerp in 2004.¹¹⁵

30. In de faculteiten is er meestal geen open discussie over punt één. Er bestaat wel eenstemmigheid over welke grote vakken moeten worden gegeven, maar andere vakken worden bijgeplakt naargelang het uitkomt. Vaak is het een kwestie van benoemingspolitiek van hoogleraren. Soms is het een ideologische discussie die men door bijplakken uit de weg gaat. Ik weet van dat laatste, want ik heb Economisch recht gedoceerd. Lange tijd vóór ik het doceerde, was er de vraag of dit wel een vak in de universitaire rechtenopleiding moest zijn. Economische wetgeving was ingrijpen van de Staat in de economie. Dan heeft men voor en tegen zo’n ingrijpen. Men heeft ook voor en tegen de studie van die wetgeving, maar langs andere scheidingslijnen. Vóór de studie is wie die wetgeving systematisch wil bestuderen om ze zo te verantwoorden maar ook wie hetzelfde wil doen om te tonen dat die wetgeving beperkt moet blijven, en ook wie *met* de studie zegt een nieuwe noemer te hebben om veel recht op te zetten. Tegen is wie de zaak wil doodzwijgen. Wie twijfelend de wenkbrauwen fronst, wijs ik op de recente bijdrage van Maxim Stroobant over “De relatie tussen het sociaal recht en het economisch recht: van objectieve ondergeschiktheid naar zelfstandigheid”.¹¹⁶

31. Over punt drie hoort men rare zaken. Ik heb van vele vakken gehoord die in de opleiding tot *master* van groot nut zouden zijn voor de praktijk. Ik heb daar nooit objectieve gegevens voor gekregen en ik zou al tevreden zijn geweest met een zogenaamde *Delphi*-studie, waarin orakels spreken.

Van zeer lichte kost zijn de vakken die alle recht uit verschillende andere vakken bijeenbrengen omdat het over een vraag of een sector gaat. Dat bijeenzetten is van groot praktisch nut voor wie bv. in die sector gaat werken.¹¹⁷ Het is vooral van nut voor wie daar als niet-jurist gaat werken. In het besef dat dit geen al te beste reden is voor opneming in een universitaire opleiding, wordt soms gemotiveerd dat de toepassing in die sector specifiek is. Dat is ongetwijfeld juist, maar dat geldt voor alle recht.

¹¹⁴ VICTOR, R. Het recht als wetenschap, *RW* 1937-1938, 1089.

¹¹⁵ DE GEEST, G., Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?, *NJB* 2004, 58.

¹¹⁶ In *Imperat Lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 417.

¹¹⁷ *Le droit de l'automobile* bestaat. Het is een tijdschrift van en voor vakgenoten in de branche.

Hoe specifiek toepassingen kunnen zijn, kan ik u laten horen aan de specifieke taal waarmee men zo'n vak wil doen blinken. Er is een docent die zegt dat hij *jus sportis* doet.¹¹⁸

Natuurlijk heeft het zin om alle recht samen te leggen dat bv. getrouwen betreft. De juiste manier om dat in de universiteit te doen, is alle professoren samen te zetten in een themacollege. Maar dat levert geen nieuwe (vaste) benoeming op.

“Vakken” is het sleutelwoord. Ik gebruik het in dit verband in de betekenis van de gestructureerde opleiding die, als ze in de universiteit gebeurt, op wetenschappelijke wijze gebeurt. “Vak” is ook de gespecialiseerde job die men doet. Voor ieder vak in de tweede betekenis, moet men worden opgeleid. Maar dat moet niet altijd in de faculteit gebeuren; dat kan ook niet altijd. Van vele vakken in deze betekenis, heet het dat men ze al doende leert. Een handboek, van wie zelf het vak beheerst, is daarvoor van groot nut. Maar niet van alle handboeken moet het schrijven een project worden dat in de universiteit moet gebeuren en dat moet worden geïnstitutionaliseerd in een vak in de eerste betekenis.

32. Wat punt twee betreft, moet het volgende worden gezegd. Het blijft nodig van vele vakken, en dus van vele regelen kennis te hebben. Oplossingen vinden door te vergelijken veronderstelt dat men meerdere regels en toepassingen naast mekaar kan leggen. Dat is overigens het succes van onze rechtenopleiding in vergelijking met die van andere landen. Onze studenten komen van Erasmus-studies terug met hoge scores. Een belangrijke reden daarvoor is dat zij van vele vakken oplossingen kennen en veel aan rechtsvergelijking hebben gedaan. Maar men moet ook leren om van die verschillende oplossingen de gemeenschappelijke regel te vinden. Onder “regel” versta ik zowel de rechtsregel als de grondslag waarop die steunt.

Ik geef van dat laatste een voorbeeld. Yves Montangie heeft in deze faculteit een proefschrift geschreven over transparantie in de controle op concentraties van ondernemingen.¹¹⁹ Studenten die daarover begonnen te lezen in de jaren negentig, schreven graag de termen over die in vliegtuiglitteratuur voor *business class* als *programma's* worden gepresenteerd: *transparency*,

¹¹⁸ *Sporta, ae, vr.* betekent “mand”. Vandaar het verband met de eerste balspelen. Maar dat het ook “sport” zou betekenen, is niet in een deftig woordenboek te vinden. “Sporta” voor sport, komt van een kanunnik van Tongerlo die het sporta-postolaat bedacht. Zie: http://www.sporta.be/over_sporta/ontstaan.htm.

¹¹⁹ MONTANGIE, Y. *Transparantie in concentratiecontrole. Een onderzoek in Europees, Brits, Frans en Duits mededingingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002

accountability enz. Transparantie zou te maken hebben met de procedure van beoordeling. Processen veranderen de uitkomst, zegt men. Het ging vooral om het blootleggen van zaken die niets van doen hebben met de mededinging, en toch in de beoordeling meespelen.¹²⁰ Montangie onderzocht de procedures in verschillende Europese landen. Hij rekende erop dat er verschillen zouden zijn in de beoordeling van concentraties. De uitkomst was negatief. De proef werd overgedaan door internationale concentraties onder de loep te nemen, die (tegelijk, dus) in verschillende procedures werden beoordeeld. De uitkomst was opnieuw negatief. Dat viel te voorspellen. Een concentratie is een kwestie van economische rationaliteit. Gebeurt die concentratie in één gemeenschappelijke markt, dan is een verschil van uitkomst niet te verwachten. De procedures verschillen, zo meen ik, omdat het acceptabel maken van de concentratie in de verschillende landen maatschappelijk op andere manieren moet gebeuren.

Het helpt als men misdienaar is geweest: er is een verschil van ceremonie en de mensen willen dat ook zo, maar voor Onze-Lieve-Heer is het “hetzelfde”.

Montangie’s proefschrift is van belang, maar het is een buitenbeentje onder juridische proefschriften: een stelling is gefalsificeerd.¹²¹ De juristen die concentraties begeleiden, blijven de verschillen benadrukken, zoals de misdienaars de klassen van missen.

13. Voor de methode

33. Wat de methode betreft om het recht te zien werken, heb ik al het ene en het andere gezegd.

Laat me twee zaken apart noemen. Het zijn kleine wensen.

Er zijn vele boeken die “thuishoren op de boekenplank van de jurist”.¹²² Ik zet er daar twee bij die er vaak niet staan: een atlas¹²³, liefst een historische, en een woordenboek.

¹²⁰ Het blijft dan evenwel bij zaken die wel met het bedrijfsleven hebben te maken, zoals bv. industriepolitiek. Over de “politiek” gaat het niet. Zie in dat verband de zaak Boeing/MDD, MONTANGIE, *o.c.*, p. 129 e.v.

¹²¹ Ik verwijs daarvoor ook naar het woord vooraf van Roger VAN DEN BERGH bij het proefschrift.

¹²² Ik citeer vele boekbesprekingen.

¹²³ Ik beveel het aan als geschenk bij ieder rechtsvergelijkend boek. Vroeger zou dat niet hebben gemogen (in Nederland): zie H.v.J., zaak 286/81, Oosthoek, arrest van 15 december 1982, *Jur.* 4575. Oosthoek gaf bij intekening op een encyclopedie een atlas cadeau. Dat mocht niet van de Wet beperking cadeaustelsel. Later kreeg men ook wereldbollen cadeau. Die dingen die de ouders kochten, komen nu in groot aanbod op de rommelmarkten. Wereldbollen zijn een gegeerd sierobject voor loft-inrichtingen. Oude atlasen koop je voor een habbekrats.

Wie recht van verschillende landen vergelijkt om oplossingen te vinden, doet er goed aan een atlas ter hand te nemen met bevolking, oppervlakte, industrie en handel, wegen enz. Er zijn ook per sector “atlassen”, bv. van bankkantoren, cafés, maar die zijn meestal in cijfers en tabellen; juristen kunnen die niet goed lezen. Ik heb in China nogal indruk gemaakt, zei men, omdat ik mijn colleges begon met “geography for lawyers”.¹²⁴ Ik doceerde *Intellectual property and world trade law*. Op Chinese wereldkaarten ligt China in het midden van de kaart. Het is groot en er is veel volk. Ik gebruikte *The State of the World Atlas*¹²⁵. Daarin zijn, op kaart, de landen – op hun plaats – even groot getekend als hun relatieve aandeel in het totaal van de wereld, bv. wat bevolking of BNP betreft. Wat “handelsmacht” betreft, kwam China in 1980 overeen met Ierland.

Wie zo naar de wereldkaart kijkt, kan zien hoeveel kinderen in het Engels onderwijs moeten (of willen) krijgen. Hij kan zien wat de kleine *Oxford* (woordenboek) kost en hoeveel geld arme landen hebben. Hoe moet dat dan? De uitgever van de *Oxford* kan voor ieder van die landen een auteursrechtlicentie geven aan een plaatselijke onderneming of overheid die dan zelf op kosten en winst besparen. Maar *Oxford* wil niet dat die boeken ginder door schnabbelaars worden opgekocht en dan hier goedkoop, maar met woekerwinst, op de markt komen. Territoriale beperkingen van auteursrecht, of groter woord: “westerse importbeperkingen”, zijn daar onmisbaar.¹²⁶

Ik beveel het gebruik van atlassen ook aan om de communicatie met deskundigen uit andere sociale wetenschappen te bevorderen. Studies van die kant worden te allen kant geciteerd, vooral in de vorm van normatief geformuleerde conclusies. Het is goed om eens te kijken waarover het eigenlijk gaat.

Ik geef weer een voorbeeld. Het gaat over de vraag of de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid van de vennoten nodig was voor de industriële revolutie van de negentiende eeuw.

Wie de geschiedenis van de koninklijke besluiten tot toelating van de oprichting van vennootschappen voor ondergrondse steenkoolwinning

¹²⁴ “Legal geography” zou chiquer klinken, maar dat gaat over de verspreiding van rechtssystemen.

¹²⁵ KIDRON, M. en SEGAL, R., Londen, Pan Books, 1981, in vertaling: *De toestand van de wereld. Een politieke atlas*, Amsterdam, Bert Bakker, 1981.

¹²⁶ Voor de “regel”, zie H.v.J. zaak 355/96, Silhouette, arrest van 16 juli 1998, <http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr>

leest¹²⁷, of de vennootschapshervormingen in Frankrijk en België¹²⁸ of de boeken daarover¹²⁹, zegt direct ja, want het verband is er. “Niet waar”, zeggen rechtseconomen (van de V.S.). De tegenproef is Engeland. Daar is de industriële revolutie nog wel vroeger dan op het vasteland begonnen zonder zo’n beperkte aansprakelijkheid.¹³⁰

Hoe zit dat dan?

Ik trancheer nu niet, maar ik wijs op het volgende. Wie naar een economische geschiedkundige kaart kijkt, of zijn geschiedenisboek vast neemt, weet dat er in Engeland geen “Franse revolutie” is geweest. Het grote grondbezit van Engelse adel kon veel dragen en was “stabiel” in vererving. In Frankrijk (en België) waren er onteigeningen geweest en versnipperde verkoop, en was een erfrecht ingevoerd dat weer versnippering per generatie veroorzaakte.

Beperkte aansprakelijkheid betekent niet alleen risicobeperking op de aangehouden investering, tegen de gevolgen van beslissingen van het bestuur. Ze is met name ook en vooral nodig als de aandeelhouder het aandeel dat hij koopt, ook wil kunnen verkopen en, meer in het algemeen, voor verandering van eigenaar van het aandeel (liquiditeit van de investering). Zonder die beperking, valt de waarde van het aandeel niet te schatten.¹³¹ Dat had men op het vasteland wel nodig.

Overigens deden de Engelsen aan risicobeperking door spreiding onder de leden van hun netwerk. En wat de beperkte aansprakelijkheid betreft, mag eraan worden herinnerd dat de *names* van de Lloyd, die onbeperkt aansprakelijk waren, veel schade hebben geleden van de ramp met de Exxon Valdez.¹³²

Terug naar bij ons: in Oost-Vlaanderen waren er in de tweede helft van de negentiende eeuw veel kleinere textielbaronnen. Ik heb de cijfers niet

¹²⁷ Ondanks het feit dat het om niet-commerciële activiteit ging, kregen ze in België toch toelating om een NV op te richten. Voor 1873 was zo’n toelating vereist.

¹²⁸ In België: de wet van 18 mei 1873.

¹²⁹ Zie o.a. PIRET, R., *L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes*, Doornik, Casterman, 1946. Een korte schets van de overgang van toelating naar vrije oprichting van de NV vindt men in mijn bijdrage over Pseudo-wetgeving, in *Liber amicorum Walter van Gerven, o.c.*, 125.

¹³⁰ ANDERSON, G.N. en TOLLISON, R.D., The myth of the Corporation as a Creation of the State, *Int. Rev. Law.Econ.* 1983, 107, p. 107-109. Voor verder verwijzingen i.v.m. vennootschappen: EASTERBROOK, F.H. en FISCHER, D.R., Limited Liability and the Corporation, *Univ. Chicago Law R.* 1985, 89, en hun boek *The economic Structure of Corporate Law*, Harvard Univ. Press, 1991.

¹³¹ Ik wijs er hier ook op dat we in België, even later, een handige oplossing daarvoor hebben gemaakt met lange cascades in de holdings: van dochter naar moeder, van moeder naar grootmoeder enz. Dat is niet alleen een kwestie van concentratie van zeggenschap maar zonder “concernaansprakelijkheid” bewerkte het ook de overzichtelijkheid van de aansprakelijkheid op de verschillende niveaus (en zeker aan de top).

¹³² Zie *The Times* 22 september 2003, Catastrophes that turned into a horror story for Lloyd’s names (Martin Waller). <http://www.timesonline.co.uk/article/0,,1841-825814,00.html>

opgezocht en samengeteld. Maar ik ben vrijwel zeker van de uitkomst: als de Sint Pietersabdij van Gent toen nog alle bezittingen had die zij vóór de Franse revolutie had, dan had de abt al dat kapitaal tussen zijn “Dominus” en “vobiscum” kunnen geven. De onbeperkte aansprakelijkheid had hij daarbij kunnen dragen, want zijn bestuurders zouden bij hem te biechten zijn gekomen.

34. Het woordenboek hoort ook thuis op de boekenplank van de jurist. Woordenboeken worden *meer* gebruikt door juristen. Maar die lezen niet de verantwoording. Het gaat om betekenissen die worden vastgesteld bij het publiek; er zit soms politiek correcte sturing op¹³³ en betekenissen veranderen in de tijd.

Vreemde woorden die in die taal beeldspraak zijn, worden in onze (Nederlandse) teksten zonder meer een term. De truc om van beeldspraak termen te maken, bestaat overigens ook in de eigen taal.¹³⁴

Mijn tweede wens houdt verband met dat woordenboek. Voor juristen die niet de leeftijd van slecht geheugen hebben bereikt, zou de uitdrukking “naar mijn gevoel” moeten worden verboden als het over juridische zaken gaat. In argumentatie betekent dat alleen dat men geen mening heeft die op een behoorlijke redenering is gebouwd. Het gevoel staat ook meestal niet voor wat men intuïtief weet; in juridische zaken moet die intuïtie overigens ook met een redenering kunnen worden bevestigd. Wie zijn gevoel inroept in een argumentatie, speelt vals.¹³⁵ Het heeft geen betrekking op de zaak waar het over gaat. En als men wie zijn gevoel inroept, op z'n plaats wil zetten, raakt men hem in zijn gevoelens. Dat is toch laag!

35. Met die twee kleine zaken noem ik wat in mijn ogen prioriteiten zijn. Het zijn kleine zaken. Daarmee is geenszins bedoeld dat we onwetenschap-

¹³³ Men kan de oefening doen op “nazisme” en “fascisme” in *Le dictionnaire (de l'Académie française)*: <http://www.academie-francaise.fr/dictionnaire/index.html>. In onze Van Dale kan men de ingangen voor samenstellingen met “mannen” en “vrouwen” vergelijken. Wie de *Wet handelspraktijken* doet, zal, met Van Dale, een verschil maken tussen “jodenstreek” en “jezuïetenstreek”.

¹³⁴ De “oorlog” over het nep-artikel van SOKAL en het daarop volgende boek van SOKAL, A. en BRICKMONT, J., *Impostures intellectuelles*, Parijs, Odile Jacob, 1997, in vertaling *Intellectueel bedrog*, Antwerpen, EPO, 1999 mag dat nog eens illustreren.

¹³⁵ Ik beperk me hier tot de argumentatie. Voor “onderhandelingen”, zie: FISHER, R. en URY, W., *Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*, Boston, Houghton Mifflin, 1981, in vertaling: *Succesvol onderhandelen: “De Harvard-aanpak”*, Utrecht, Veen, 1985. De vertaling verwijst naar het feit dat de faculteit van Harvard een “Negotiation Project” had opgezet. Het geciteerde boek was de eerste neerslag daarvan in boekvorm.

pelijk tewerk moeten gaan, integendeel. Mijn bezorgdheid gaat over het volgende. Recht heeft een goede methode. Maar als beoefenaren van andere wetenschappen lezen en horen hoe we over recht schrijven en spreken, zien zij direct slordigheden. Zoals ik al zei, hebben juristen (terecht) geen monopolie van recht maken en recht doen. Maar recht gaat over mensen en hun aanspraken. Van vele kanten komt dan een overnamebod op ons bedrijf, want daar is men met dezelfde klanten bezig. Er is op zichzelf niets tegen een overname. Maar als het recht na een overname niet meer van dezelfde kwaliteit is, worden de klanten daar ook niet beter van.

36. Ik noem drie voorbeelden van zulke slordigheden.

Eén. Wij zeggen vaak “de meerderheid vindt”. We spreken zelfs van “de meerderheid van de rechtspraak” terwijl we in de regel alleen de gepubliceerde uitspraken kennen. Als de meerderheid van wetenschapsbeoefenaren iets vindt, is dat in de wetenschap een zeer belangrijk argument. Maar het gaat dan a) om wetenschappelijke publicaties die ook op hun wetenschappelijkheid zijn getoetst en b) over de oplossing van een vraagstuk of over een eveneens precies geformuleerde stelling; daarvan zijn de omstandigheden dezelfde of uitgezuiverd. We moeten dus preciezer zijn als we argumenten vermelden en opsommen wie die deelt.

Twee. Met het voorgaande heeft te maken dat we “rechtsleer” en rechtsliteratuur” door mekaar gebruiken (in het Frans “doctrine” en “littérature”). Er is rechtsleer die ook literaire kwaliteiten heeft en er is ook veel geschreven. Als in de (andere) wetenschappen een studie op literatuur is gebaseerd, betekent het dat ze niet op experiment of herhaling van het beschreven experiment, kortom: niet op data, is gesteund. Dat leidt tot misverstand. In het verslag van de *Commissie Verbeke*¹³⁶ die onze wetenschappelijkheid in punten wil zetten, wordt voor publicaties een onderscheid gemaakt tussen “beschrijvend” en wat meer kwaliteit heeft. Als men dat ziet in het licht van de beoordeling van professoren, zit daar wat in. Maar het helpt het misverstand niet uit de weg. Wie een juridische “constructie” voor een contract of een uitgifte van effecten maakte, daarvoor wetenschappelijk tewerk ging en dan beschrijft wat hij heeft gedaan en waarom hij dat zo heeft gedaan, zou in de wetenschappen beter scoren dan in deze Commissie. Ik noem het voorbeeld van de uitgifte van obligatieleningen in het begin van de jaren zestig: in Europese rekeneenheid uitgedrukt, de oorsprong van de Europese gemeenschapsmunt.¹³⁷

¹³⁶ *Model voor integrale kwaliteitsevaluatie van het onderzoek in de Rechtswetenschappen, 15 juni 2004*, <http://www.vlir.be>, naar thema Onderzoek, naar Kwaliteitszorg Rechten.

¹³⁷ Zie VAN GERVEN, W., De trustee bij internationale in de Europese rekeneenheid uitgedrukte obligatieleningen, *TPR* 1964, 165.

Drie. We noemen argumenten en citeren die met verwijzing naar de auteur. We zoeken daarvoor steeds meer gedetailleerd terwijl onze databanken niet volledig zijn wat de publicaties van auteurs betreft (ze nemen bv. niet op wat in buitenlandse tijdschriften is gepubliceerd). Alleen in een heel enge kring van vakgenoten weet men wat een ander nog heeft gepubliceerd. Verschillende edities van een handboek houden we weer wel uit mekaar. Als we van andere wetenschappen citeren, letten we er niet op dat in die wetenschappen anders wordt geciteerd. Als beoefenaren van die wetenschappen onze verwijzing dan weer lezen, zeggen ze dat wij niet consequent zijn.

Ik licht dat laatste als volgt toe. In werken over vennootschapsrecht vind ik Berle en Means geciteerd, over *The modern Corporation and private Property* (Macmillan, 1932). Het boek wordt meestal geciteerd om de greep van het management en de passiviteit van de aandeelhouder als belegger te noemen. In economische literatuur vindt men ook die verwijzing. Economen verwijzen minder of niet naar de tweede editie, van 1967. Op Berle en Means was inmiddels verdere vooruitgang geboekt, wat *agency* betreft, en in de jaren negentig bijvoorbeeld, werd juist het toezicht van de aandeelhouder beklemtoond.

De herziene editie¹³⁸ bevat o.a. een nieuw en uitgebreid woord vooraf van Adolf Berle onder de titel *Property, Production and Revolution*.¹³⁹ Daarin wijst hij o.a. erop dat steeds meer mensen voor hun inkomen afhankelijk zijn van de beurs.¹⁴⁰ Maar beursgenoteerde bedrijven laten geen nieuwe aandeelhouders toe. Zij financieren zich door in de minder competitieve markt van hun producten hoge prijzen te vragen (en verder met geleend geld). De consument” financiert, investeert zoals een aandeelhouder dat zou doen, maar hij mag geen aandeelhouder worden; hij krijgt geen investeringsdeel en geen winst. De tijdsgeschiedenis en de economische situatie van de jaren zestig proeft men. De gedachte uit dit woord vooraf hou ik even vast en ik vermeld ze omdat ze een breed licht laat schijnen op het vennootschapsbelang terwijl ik in een recent stuk over het vennootschapsbelang alleen de verwijzing naar de eerste editie heb gelezen.

Ik vul dit aan. Berle heeft het over de financiering van ondernemingen door hun afnemers, in niet-competitieve markten: als er kartels zijn, dus (of machtspositie). Het Kartelrecht ziet wat Berle zegt. Kartels zijn slechts toegelaten op voorwaarde dat aan de afnemers een billijk “aandeel”

¹³⁸ BERLE, A.A. & MEANS, G.C., *The modern Corporation and private Property, Revised edition*, Harcourt, New York, 1967.

¹³⁹ Omdat het boek van 1967 is, wijs ik er maar op dat het om de economische revolutie gaat (van de twintigste eeuw).

¹⁴⁰ Men weet dat laatste nu zeker als men de pensioenfondsen van de VS bekijkt.

toekomst van het profijt dat het kartel de ondernemers oplevert (art. 81, derde lid EG, art. 2, § 3 WEM¹⁴¹).

14. De staat van het recht

37. Tot nu toe heb ik het gehad over goed recht, goede rechters en goede leerscholen. Ik ben ervan uitgegaan dat de samenleving recht nodig heeft. Dat moet goed recht zijn en als juristen moeten we daarin ons werk goed doen. Doen we dat niet, dan zijn er – in de veronderstelling dat de samenleving recht nodig heeft – maar twee mogelijkheden. De eerste is: slecht recht. De tweede is: dat anderen de zaak van het recht overnemen. Die tweede mogelijkheid leidt, in mijn veronderstelling, ook tot slechter recht als men onder “recht” hetzelfde blijft verstaan. Wat niet door de vakman is gedaan, is minder goed gedaan, zo is die veronderstelling.

Hoe we het goed of beter kunnen doen, heb ik vooral met stippen en ook toch met lijnen (zo hoop ik), getekend.

Maar we hebben de zaak daarmee niet in de hand. De vakman wordt maar erbij geroepen als de klant dat nodig vindt. Ik trek die vergelijking nu niet verder, want de meeste onder ons hebben al eens gebricoleerd, soms te laat een vakman of de juiste vakman geroepen en soms ook dat niet gedaan. U weet hoe dat gaat. Op het verwijt (achteraf) dat de vakman te duur zou zijn (geweest), ga ik nu niet in.

Is er nu wat aan de hand wat die kwestie betreft?

Ik kijk daarvoor naar wat er de laatste jaren gebeurde in het recht. Ik kijk vooral naar regelgeving. Ik heb dat kort geleden gedaan als onderdeel van een andere uiteenzetting¹⁴² en ik herneem en bewerk dat.

38. Vooraf mag het volgende worden gezegd.

Eén. Omdat ik geen verre aanloop neem in het verleden, wil het niet zeggen dat de zaak die ik beschrijf alleen bergaf is gegaan en dat dit alleen de laatste tijd is gebeurd. Integendeel, er zijn niet zo lang geleden tijden geweest waar bv. de kwaliteit van de wetgeving veel slechter was. Ik hoef maar te herinneren aan de crisisjaren van zeventig en tachtig (van de vorige eeuw) toen wederzijds huwelijksbedrog in de regeringen en de spanning tussen de regering en de partijen ertoe hebben geleid dat

¹⁴¹ Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, zie: http://mineco.fgov.be/homepull_nl.htm, naar “Bedrijven”, dan naar “Mededinging”.

¹⁴² Vormen van regulering, *TvW*2003, 540.

paragrafen uit een partijprogramma voorzien werden van een artikelnummering en zo in de wet kwamen.¹⁴³

Twee. Niet de hoeveelheid van regelen is direct van belang. Het gaat om wat er allemaal wordt geregeld, en verder om de kwaliteit van die regeling. De hoeveelheid van regelen die men, per geval, nodig heeft om de zaak te regelen, heeft met die kwaliteit te maken.

15. Tussenhandel in belangenbehartiging

39. Ik begin eraan.

Lange tijd is het tot stand komen van wetgeving en vooral van regulering bewerkstelligd door vaste (permanente) georganiseerde belangengroepen.¹⁴⁴

Het Belgische geval is daarbij veel geciteerd. Sociaal-economische en culturele belangen waren per zuil georganiseerd waartoe ook een politieke partij behoorde (vakbond, middenstand en boeren, mutualiteit, cultuurvereniging, gepensioneerden, gehandicapten, vrouwen en de partij). Signalen werden opgevangen, eisen geformuleerd per vereniging en vervolgens in prioriteit gezet voor (gemeenschappelijke) politieke actie.¹⁴⁵

Daarin is verandering gekomen.

¹⁴³ Een voorbeeld: "Het nationaal programma ter uitrusting van de middelen voor de produktie en het groot vervoer van elektrische energie moet, vooraleer het in werking treedt, worden goedgekeurd door de Minister van Economische Zaken die binnen de twee maanden na ontvangst uitspraak doet, na advies van het Nationaal Comité voor de Energie dat tot het uitbrengen ervan beschikt over een termijn van een maand. Indien de Minister van Economische Zaken binnen de twee maanden geen uitspraak doet, wordt het programma goedgekeurd.

Een gedeelte van de nieuwe capaciteit van de elektriciteitsproduktie wordt voorbehouden aan de openbare sector. De Koning neemt, bij een in Ministerraad overlegd besluit, na overleg met zowel de openbare als de private sector van de produktie, de nodige schikkingen om dit gedeelte te waarborgen binnen het raam van het programma". Alleen de verwijzing naar de strikte beslissingsprocedure is toegevoegd. Het gaat om (een stuk van) artikel 173 van de Wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980, *B.S.* 15 augustus 1980. Dat "nationaal programma" was een politiek akkoord. Deze wet ging het "Grote Energiedebat" dat zou worden gehouden, flink vooraf. Wat die wet betekende, kon wie geen insider was, pas lezen in de stukken van dat debat (zie *Gedr. St. Senaat* 1982-1983, 437). Zie daarover: SWENNEN, H., HERBERT, F. en VEROUGSTRAETE, I., *Kroniek van Belgisch economisch recht*, *SEW*1981, 619, p. 634 en SWENNEN, H. en VEROUGSTRAETE, *Kroniek van Belgisch economisch recht*, *SEW*1983, 550, p. 553.

¹⁴⁴ Zie o.a. de studies van J. MEYNAUD over 'les groupes de pression' (1960) en 'les groupes de pression dans la Communauté Européenne' (1969-1971) en, in België, de studies van het CRISP.

¹⁴⁵ De kant van de werkgevers is per 'sector' georganiseerd en heeft een 'beperkte' koepel.

Ik ga niet in op de oorzaken; ik beschrijf de zaken kort.

Er waren facetten zoals het milieu, die niet pasten in de wijze van de organisatie van de sociaal-economische belangen. Er waren bekommernissen die nieuw waren en niet tijdig werden opgemerkt door de vaste organisaties. Sommige van die bekommernissen werden hard en zonder compromis geuit. Het was *one issue*.

Er werd niet (direct) georganiseerd want organisatie stond voor compromis. Het waren acties, er werd gemobiliseerd, het werden bewegingen. Pas later kwamen er organisaties, al bleven ze vaak de naam “beweging” gebruiken.

De eerste reactie van de vaste georganiseerde belangengroepen en van de met hen verbonden politieke partijen, was het verwijt dat het om extremisten ging. De uitingen van bekommernis werden niet beluisterd. Die uitingen werden mede daarom luider en harder, het werden slogans. En slogans zijn onredelijk, men sluit er geen compromis over.

Maar de wervingskracht van slogans is groter.

De politiek heeft daar kiezers gezien.

40. Het nieuwe middenveld werd geprofessionaliseerd. Tussenhandelaren in belangenbehartiging zijn het die, voor hun beroep, aan de politici kiezers aanbieden i.v.m. het ene of het andere aandachtspunt. Hun legitimatie is de mobilisatie van kiezers, van mensen die geformuleerde eisen steunen en in dat verband hun stem willen geven aan de politicus die vertrouwen uitstraalt.

Communicatie is het bedrijfsmiddel van de makelaren en van de nieuwe politicus.

Er is directe makelarij, tussen dat enige belang en de politiek; er is geen tussenstap van prioriteitszetting. De concurrentie tussen belangen speelt zich af op het vlak van de werving van kiezers.

Het verschil met de mutualiteit en de vakbond is niet dat deze laatste niet zouden zijn ingeschakeld om kiezers te werven en die aan te bieden, maar dat was van verre niet hun enige legitimatie. Het verschil is evenmin dat de nieuwe tussenhandelaren worden betaald en de oude niet; ook hier mag men “verre van” zeggen. Maar de nieuwe tussenhandel is wel meer commercie. Ze noemen zich *consultants*. Communicatie gaat nog over een boodschap, maar het is vooral massage van de kiezer. Directe makelarij brengt de zaak direct bij De Partij. Daar valt veel voor te zeggen. Maar prioriteiten zetten op dat niveau staat weer onder de druk van het stemmen trekken.

Met de professionalisering van de tussenhandel en met de nieuwe politici van de directe democratie kwam de vraag naar “beleid”. Acties lopen af of lopen op niets uit; Vrede in Vietnam komt er of komt er niet; een bedrijf met stankoverlast wordt gesloten of doet er iets aan. Wie van mobiliseren en van politiek zijn beroep maakt, heeft duurzaamheid nodig. Dan wordt beleid geëist; dat is een duurzame zaak. Er komt een vredesbeleid, er komt een milieubeleid. Men zal het zich herinneren dat de uitspraak “en de politiek doet er niets aan” stelselmatig is vervangen door “de overheid heeft geen beleid wat dat betreft”. Beleid genereert jobs en subsidies, om verder beleid te eisen.¹⁴⁶ Maar vooral, en daarom schets ik dit hier, beleid van de overheid genereert regulering.

16. Wetenschappelijke studies tonen aan dat...

41. Professionalisering en deskundigheid zijn jas en mouw, ze horen bij mekaar.

Om beleid te eisen, en niet zomaar een actie te voeren, moet worden aangetoond dat het probleem zich blijft voordoen. Het is niet alleen die fabriek die stinkt en overigens is het niet alleen nu, het zal zich nog voordoen. De communicatie daarover moet luiden dat dit onomstotelijk is vastgesteld. Onomstotelijke vaststelling is “wetenschappelijke vaststelling”. Ook dat herinnert men zich: voor beleidseisen is dat het paswoord voor succes, bij beleidsaankondiging begint het altijd met die woorden: “wetenschappelijke studies tonen aan dat...”

Ook verderop in het proces vereist professionalisering deskundigheid. En ook daar wordt wetenschappelijk onderzoek ingeschakeld. Het begint vanaf het beleidsvoorbereidend onderzoek en het gaat verder in evaluatie.

42. Ik denk dat het wetenschappelijk onderzoek (wetenschappelijke studies) ook echt dient om er een mouw aan te passen. Ik let daarbij op hetgeen ik als jurist zie in België en in de Europese Unie.

Eerst en vooral had en hou ik twijfels over het wetenschappelijke gehalte van dat onderzoek en die studies. Ik stel vast dat het niet (vaak) de top van de wetenschappers is die op oproepen in verband met beleidsstudies reageert. Het bedoelde onderzoek is meestal beperkt tot overzichten

¹⁴⁶ Hoe ver de pretentie van professionalisering raakt, ziet men aan het uitgebouwde eigenwoorden-boek i.v.m. ‘beleid’ dat de indruk moet wekken dat het om ‘termen’ gaat (geijkte begrippen). Zie als voorbeeld: http://www2.vlaanderen.be/ned/sites/bbb/gloss_burger.html, verklarende woordenlijst i.v.m. Beter bestuurlijk beleid in Vlaanderen.

(*surveys*) van (samenvattingen van) literatuur¹⁴⁷ of van ander onderzoek, hier en daar wel eens aangevuld met een beperkte eigen steekproef. Bij toewijzing van een studie aan internationale consultants gaat het soms over een overzicht van studies die in het eigen huis van die consultants maar met betrekking tot andere landen, voor andere cliënten, zijn gemaakt en waarvan een beoordeling door de wetenschappelijke gemeenschap ontbreekt.¹⁴⁸ Ik merk dat de *White Paper on European Governance*¹⁴⁹ wat dat betreft, het voornemen uit om het advies van experts te voorzien van (meer) verantwoordelijkheid (*accountability*), pluraliteit (*plurality*, of: “pluralisme”?) en integriteit (*integrity*). De adviezen van de experts zullen worden gepubliceerd. Dat laatste betekent dat zij het voorwerp zullen kunnen uitmaken van beoordeling door andere experts. En dat moet m.i. best gebeuren vóór er gevolgen worden gegeven aan die adviezen.

43. Wetenschappelijke studies hebben in de beleidsvorming verschillende functies. Ik noem er vijf.
Eén. Zij ondersteunen de eis tot beleidsvorming vanwege de makelaren in belangenbehartiging.

Twee. Zij verantwoorden het feit dat er een beleid wordt gemaakt door de overheid.

Drie. Zij verstrekken de overheid informatie over de mogelijke andere belangen die door het gevraagde beleid zouden kunnen worden geraakt. In die zin vangen zij het tekort op van de tussenstap van overleg- en adviesorganen van georganiseerde belangen en van de tussenstap van prioriteitszetting in bredere organisaties. Men kan b.v. zien dat veel studies worden gevraagd om te rapporteren over de effecten van een voorgenomen beleid. Het gaat daarbij in de regel niet over de effectiviteit van de voorgenomen interventie, d.w.z. of ze haar doel kan bereiken, maar over de effecten op mogelijke andere belangen, dat is: of en hoeveel andere kiezers door het voorgenomen toegeven aan één groep zullen worden gemist.

¹⁴⁷ Ik noem in dit verband de ‘wetenschappelijke studies’ die moeten aantonen dat soft drugs niet zo schadelijk zijn. In verband met andere genotsmiddelen zoals alcohol en tabak zijn er ‘wetenschappelijke studies’ die zeer hard de ‘step stone’ of de ‘trigger’ benadrukken.

¹⁴⁸ B.v. omdat die studies nooit aan een vaktijdschrift met anonieme referenten werden aangeboden.

¹⁴⁹ Van 25 juli 2001, COM(2001) 428 *final*, ook: http://europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm, p. 19 en p. 33

Vier. Zij zouden de overheid kunnen informeren over de effectiviteit (doeltreffendheid) en de efficiëntie (doelmatigheid) van de voorgenomen regeling.

In samenhang met het voorgaande moet men, zo denk ik, vaststellen dat studies wat dit betreft schaars voorhanden zijn en in de regel niet worden bekendgemaakt. Dan geldt: de politiek beslist en het is een politieke beslissing.

Dat is begrijpelijk. Effectiviteit hangt samen met het raken van andere belangen. Regelgeving die haar doel mist, raakt andere zaken. Efficiëntie hangt samen met zuinigheid van het inzetten van middelen, en dus: met de beschikbaarheid van middelen voor de behartiging van andere belangen. Het toegeven aan één belang raakt in de regel de belangen van anderen.

Dat die anderen niet oppositie voeren, ligt meestal daaraan dat zij niet weten dat zij worden geraakt en hoe hard zij worden geraakt. Als de mensen die in hun belang worden geraakt, zouden worden gemobiliseerd als groep, die moet betalen, zou veel beleid niet tot stand komen. Dat is het oude principe van subsidiëring door de overheid en dwangfinanciering van die subsidiëring door middel van belastingen: 1000 euro voor ieder van de 100 boeren valt niet op als dat wordt gefinancierd door 1 euro voor ieder van de 100.000 belastingbetalers. Bij regulering in plaats van subsidiëring, is de informatieasymmetrie nog groter.

Rapportering over de effectiviteit en de efficiëntie van regelen ziet men vooral, of alleen, als een regeling moet worden afgeschaft omdat de groep van andere, geraakte, kiezers groter is.

Vijf. Zij kunnen de overheid argumenten ter hand stellen over het resultaat van de wetgeving en regulering. Ik heb het niet over effectiviteit, maar over resultaat. Zulke studies dienen om de kiezer te houden.

Vaak zijn zulke studies op doorzichtige wijze onwetenschappelijk omdat zij de factoren die het resultaat hebben beïnvloed, niet juist evalueren. Het meest bekende voorbeeld zijn ongetwijfeld de statistieken van de kleine criminaliteit. “Het aantal kleine diefstallen vermindert.” Zo luidt het. Dat dieven doeltreffender en doelmatiger te werk gaan, wat kan blijken uit het bedrag van het gestolen goed, komt niet ter sprake. Het gaat om aantallen getroffen kiezers. Alleen als er bij de getroffen een multiplicatoreffect kan optreden, zoals bij één zware diefstal in één wijk, let men erop.

Men zou dat wetenschappelijk georganiseerd populisme kunnen noemen.

44. Daarstraks heb ik de definitie geciteerd van wetsevaluatie, zoals die definitie door wetenschapsbeoefenaren wordt gegeven. Wetsevaluatie is één van de zopas opgesomde punten. De definitie luidt: “het beoordelen van regelgeving aan de hand van criteria voor juridisch en sociaal-weten-

schappelijk onderzoek”.¹⁵⁰ Eerder dan een definitie geven, zo zei ik, lijkt me dat een wisselbrief trekken.

Ik neem even terug en ik doe een *coup de droit*.¹⁵¹

Popelier schrijft in haar voetnoot bij deze definitie die ze citeert, dat in alle definities van wetsevaluatie de wetenschappelijkheid van de methode wordt benadrukt. Als men het eens is met wat ik hierboven heb beschreven, zal men – ook met mij – begrip hebben voor het feit dat wetenschapsbeoefenaars zo erg moeten benadrukken dat wat voor wetenschap wordt verkocht, het ook moet zijn.

Maar de *wetenschappers* waarover ik het had en de wetenschapsbeoefenaars die hun instituten draaiende moeten houden, doen aan wissel trekken. Let men op de legitimatie die zij aan “het beleid” geven, dan is dat wisselruiterij.

Wisselruiterij bestaat erin dat de ene een wisselbrief trekt op de andere. De wisselbrief is later betaalbaar. De eerste maakt de wisselbrief ondertussen te gelde bij een kredietgever en zit op die wijze bij kas. De andere betaalt op de vervaldag de wisselbrief met het geld dat hij krijgt door op zijn beurt een wisselbrief te trekken op de eerste en ook die te gelde te maken met krediet. En dat gaat zo voort.¹⁵² Hoe meer men geeft, hoe meer men krijgt, is dat, tussen trekker en betrokkene toch.¹⁵³ Maar het leidt onontkoombaar tot verlies van krediet.

45. Het gemeenschappelijke belang van de *business* van wetenschap en de *business* van het beleid is er. In bepaalde gevallen *is* het belangenverstrengeling.

Wij zijn daarmee als juristen goed vertrouwd. Wij kennen samenloop van belangen in minstens drie vormen.

De eerste is de juridische literatuur met visitekaartje. In artikelen en boeken toont de auteur *dat* hij het weet, maar hij zegt niet alles wat hij weet, ook niet als dat gelet op het behandelde onderwerp van pas zou komen. Toen reclame voor advocaten was verboden, was dit onder en voor de collega's het afgeven van het visitekaartje. In de wachtkamer lag het vakweekblad *met* het artikel van de meester tussen andere literatuur. Ik heb

¹⁵⁰ Zie randnummer 5.

¹⁵¹ *Coup de droit* is een term uit de schermsport: steek recht vooruit.

¹⁵² Zie RONSE, J., *Wisselbrief en orderbriefje*, Gent, Story-Scientia, 1972, I, nr. 60.

¹⁵³ Willen trekker en betrokkene over en weer over een bepaald minimaal bedrag blijven beschikken, dan moeten de volgende wisselbrieven voor een hoger bedrag worden getrokken. Bij het te gelde maken, moet men immers het disconto “laten vallen”. Het disconto vertegenwoordigt de rente op het bedrag en tot de vervaldag, die de kredietgever rekent. Als hij “de wissel” betaalt aan wie hem te gelde maakt, trekt de kredietgever dat bedrag af van het bedrag dat op de wisselbrief staat.

daarstraks gezegd dat ik publicaties van die aard hoe dan ook van belang vind, omdat zij mij toch (enig) zicht geven op de expertise in de praktijk. Reclame die niet als reclame herkenbaar is, is bij wet verboden, ook hier.¹⁵⁴

De tweede vorm gaat over het schrijven m.b.t. een zaak die *sub iudice* is, terwijl de zaak nog in behandeling is, bv. terwijl er in hoger beroep of in cassatie is gegaan. Daarover zijn de meningen verdeeld. Voor de auteur en de lezer kan de zaak in de klaarheid komen als de auteur openlijk opgeeft welk belang hij heeft (de regel is dan: *disclose or refrain*). Maar dat gaat niet altijd, bv. als de auteur in een vergelijkbare zaak adviseert, of als hij nog geen belang heeft¹⁵⁵. Het wordt echt moeilijk als de meeste wetenschapsbeoefenaren betrokken zijn, dat willen zijn of ervan verdacht zouden kunnen worden het te zijn. De zaak van de *Generale* werd in juridische tijdschriften geannoteerd door een hoogleraar vennootschaps-

¹⁵⁴ Het valt te vermelden dat de artikelen 4 en 5 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake vrije beroepen, *B.S.* 20 november 2002, dat niet uitdrukkelijk vermelden zoals het wel gebeurt in art. 23, eerste lid, 5° WHP. Dat maakt niet uit. Zulke reclame valt aan te merken als misleiding zoals die wordt "begrepen" in de Europese richtlijn terzake.

¹⁵⁵ Ik geef een voorbeeld. De expertise van G. Schrans in het economisch recht stond en staat als een paal boven water. Zie reeds: JACQUEMIN, A. en SCHRANS, G., *Le droit économique*, (in de reeks *Que sais-je?*), Parijs, PUF, 1970. G. Schrans was ook advocaat, dat wist men. In de zaak Cementhandelaren (1972) had het Hof van Justitie de Europese Commissie schijnbaar toegelaten om nationale kartels die de markt afschermden, aan te pakken met een summere bewijsvoering ("de par sa nature même") over de beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In 1973 kwam een zaak van boycot door het nationaal kartel van behangselpapierfabrikanten voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Nijvel. Schrans schreef daarover in het *Rechtskundig Weekblad*: Over collectieve prijshandhaving en weigering van verkoop in het EEG-Mededingingsrecht, *RW* 1973-1974, 1697. Hij had daarover ook voordien geschreven (zie de verwijzingen in de bijdrage). Schrans vermeldt in zijn bijdrage dat kon worden vernomen de Europese Commissie het Belgische kartel zou aanpakken. Dat gebeurde ook. Men moet er nu op letten dat kartelbeschikkingen in die tijd, vaak vlak voor de vakantie werden getroffen (zie de lijsten van beschikkingen: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/older_antitrust_cases.html). Misschien rondten de diensten van de Commissie dan de zaken af. Gelet op de korte tijd die men had om bij het Hof van Justitie in beroep te gaan, bracht dat mee dat alleen gespecialiseerde advocaten (kantoren) die zaken konden doen. De Commissie heeft tegen het kartel van behangselpapierfabrikanten een beschikking getroffen (23 juli 1974). In beroep bij het Hof werden de kartelleden bijgestaan door hun "gewone" advocaat en één onder hen *bovendien* bijgestaan door mr. G. Schrans (H.v.J. Groupement des fabricants de papiers peints (...), zaak 73/74, arrest van 26 november 1975, *Jur.* 1975, 149, zie de bespreking van M.R. MOK in *SEW* 1976, 359). Het arrest Papiers Peints was van groot belang in de toenmalige ontwikkeling. Het Hof besliste dat een beschikking die "in de lijn ligt van een constante besluitvormingspraktijk summierlijk mag worden gemotiveerd, met name ook door een verwijzing naar bedoelde praktijk, doch het ligt op de weg der Commissie om, wanneer zij veel verder gaat dan in eerdere beslissingen het geval was, haar beweegredenen met zoveel woorden te vermelden."

recht die er niet in betrokken was en door universitaire medewerkers die op die stap van hun carrière nog niet bij zo'n zaken waren betrokken.¹⁵⁶

De derde vorm is pure belangenliteratuur. Ze bestaat, dat weet iedereen, maar de moeilijkheid om het verschil met de eerste vorm te maken, belet me om hiervan een voorbeeld te geven. Van het eerste heb ik een voorbeeld, in voetnoot.¹⁵⁷

Ik schrijf dat wij vertrouwd zijn met die zaken. Wij zouden bovendien als juristen de regels van samenloop van belangen moeten beheersen. Ik zeg niet "als wij het niet kunnen, kunnen anderen het zeker niet". Ik wijs op de moeilijkheden die er zijn.

17. Hoe meer beleid, des te meer regulering

46. Terug naar het beleid. Het punt dat ik maak is simpel. Beleid genereert regulering. Ik zet hier "beleid" in de betekenis die ik daarstraks eraan heb gegeven. Als van de overheid iets wordt gevraagd, kan ze twee zaken doen: geld geven voor gewenst gedrag (of dat ontnemen bij ongewenst gedrag) of het gedrag reguleren.

De eerste mogelijkheid is al onmogelijk omdat de overheid weinig geld heeft. "België is een arm land met rijke inwoners" zei Fons Verplaetse altijd. Tussenhandelaren in belangenbehartiging hebben er zelf geen belang bij om de overheid te suggereren de burgers direct geld te geven voor gewenst gedrag. Daar zijn twee redenen voor. Eén, zo maar geld te geven, is verkwisting. Wil men zorgen dat het geld goed wordt besteed, dan zou men controle moeten doen. Dat hebben de burgers niet graag en de tussenhandel is zelf dus ook geen kandidaat om zo'n controle te gaan doen. Twee, de tussenhandel wil toch wel om zijn commissie komen, zijn beloning in geld.

De tweede mogelijkheid is gedragsvoorschriften te stellen. Dat hebben de burgers ook niet graag. Maar verpakt als beleid heeft dat zijn voordeel. Er worden voorschriften gemaakt maar die worden begeleid, door begeleiding en vooral door begeleiders. Wie beleid eiste, krijgt de begeleiding ervan. Zo haalt men ook zijn commissie.

¹⁵⁶ Ik verwijs korthedshalve naar de Kroniek van Belgisch economisch recht, *SEW* 1989, 405, p. 430-432.

¹⁵⁷ Ik heb zelf in scherpe woorden twee boeken voor de praktijk besproken in *Economisch en Sociaal Tijdschrift* 1983, 781, p. 782. Ik had toen ook kritiek op het algemeen gestelde beding van vrijtekening van aansprakelijkheid in die boeken. De uitgever heeft dat beding achteraf weggelaten.

47. Hoe meer beleid, des te meer regulering. Hoe meer het beleid betrekking heeft op de zaken die mensen het nauwst aan het hart liggen, des te meer die zaken worden gereguleerd. Ik ben natuurlijk niet de eerste die dat zegt. Crombag schrijft: “Beleid kan alleen uitgestippeld worden voor en – vooral – worden opgelegd aan wezens die zich erbij hebben neergelegd dat zij het denken aan anderen moeten overlaten.” Dat is wat hem betreft, geen kritiek maar een vaststelling. De burger geeft de eigen rationaliteit op ten voordele van de generale rationaliteit van de beleidsmakers. Crombag pleit er daarom voor zeer selectief te zijn bij het kiezen van onderwerpen waarover een beleid zou worden ontwikkeld.¹⁵⁸

We werden daarop voorbereid. In zijn vorige levens heette beleid “bescherming”. Arbeidsbescherming, consumentenbescherming, kindbescherming en jeugdbescherming, bescherming van vrouwen, heten nu beleid. Ik herinner aan de consumentenbescherming. Alle consumenten zijn sinds meer dan tien jaar wettelijk onbekwaam wat het recht van hun contracten met verkopers betreft. Dat contractenrecht is dwingend recht en de consument kan van die bescherming niet afzien. (Maar het was nog “recht”.)

Overijverige makers van de maakbare samenleving maken nu een samenleving waarin de mensen steeds meer eigenheid moeten laten vallen. De samenleving heet “het veld” of, vrolijk gezegd: “het speelveld”. De mensen daarin heten “actoren” (in Pink Panther uitspraak, correcter: *acteurs*?). De begeleiders heten wel zo, maar ze zijn de surveillanten op dat speelveld. Ik permitteer me, door het zo te zeggen, om spelend op mijn beurt een beetje met spek te schieten.¹⁵⁹

48. Hoeveel staat er nu in die beleidswetgeving en wat staat erin? Dat hangt af van twee factoren.¹⁶⁰ Op de eerste plaats is er de concurrentie die er wel of niet is tussen de beleidsmakers en de beleidsdomeinen. Op de tweede plaats is er het niveau waarop politieke consensus is vereist.

Heeft wie het beleid vraagt om het ook in concessie te voeren, geen concurrentie te duchten, dan kan het volstaan een wet te maken die zegt dat een beleid zal worden gevoerd op een domein en dat de bevoegde minister dat “uitvoert”. Dan is er vrij spel voor de beleidsbedenkers en de begeleiders. Dat kan in een beginstadium het geval zijn, maar ook later:

¹⁵⁸ CROMBAG, H., *De man uit Susquehanna, o.c.*, p. 62.

¹⁵⁹ Wie niet in het midden van de vorige eeuw op internaat heeft gezeten, ziet dat “spek” overigens niet.

¹⁶⁰ Zie *niet*: hoger: “()”.

als alle beleidsfabrikanten in een *trust* zijn gebracht die men “koepel” noemt.¹⁶¹ Valt er meer concurrentie te duchten dan moet er meer in de wet staan. Nu moet het terrein immers worden afgepaald, tegenover concurrenten en ten opzichte van de cliënten die door de concurrentie zouden worden bewerkt. Men kan dat gemakkelijk zien als men een sector van bv. welzijn beschouwt als in concessie gegeven “administratie” (van de overheid). Ik heb oude jaargangen van het *Bestuursmemoriaal* van de provincie Antwerpen bekeken. Daarin stonden de verzamelde administratieve onderrichtingen. Per jaar was dat even dik als de *Omnilegie*, vaak dikker. Maar als die onderrichtingen juist waren opgesteld, in het kader van het staatsrecht en het administratieve recht¹⁶², raakten ze de rechten van de burger niet. In concessie gegeven, zonder dat kader, moet alles de “cliënt” raken.

49. Naast concurrentie is het vereiste niveau van politieke consensus van belang. Als alles op het hoogste niveau moet worden vastgelegd en worden bewaakt, moet de zaak worden geregeld in het parlement. Dat roept de vraag op van het respect voor de wet dat van de burger wordt gevraagd. Voor te veel wetten respect opbrengen, kan niet goed gaan. En vele Belgische wetten, van coalitieregeringen, leken en lijken op het vijfde huwelijkscontract van een rijke Amerikaan: van ervaring met echtscheiding geleerd, wordt daarin het gebruik van de tandenborstel en het uitlaten van de hond meteen geregeld. Ik beroep me op de volkswijsheid: “als dat ook al...” een wet is, hoe wil men dan respect voor de Wet.

18. Is dat recht?

50. Is dat nu “recht”? Ik heb de administratieve onderrichtingen genoemd. De vraag of het gaat om regelgeving wordt niet alleen beantwoord aan de hand van het onderzoek of de onderrichtingen de burger beogen te binden, maar ook door na te gaan of de regelen waarmee de overheid alleen zichzelf verbindt een weerslag hebben op de aanspraken van de burger, dan wel diens legitieme verwachtingen miskennen. Naarmate ambtenaren met goedvinden van de verantwoordelijke minister, in omzendbrieven de rechten van de burger naar hun hand zetten, was de terechte reactie om die omzendbrieven, wat dat betreft, dan ook als

¹⁶¹ Zie bv. <http://www.culturelestudies.be/archief/koepeldecreet.htm>

¹⁶² Toen heette dat nog zo. “Bestuursrecht” staat chiquer en is een benaming die een *programma* is: de administratie moet anders gebeuren. Als het zou zijn wat het zegt te zijn, zou het goed licht kunnen werpen op het recht van alle bestuur: van de staat, van vennootschappen, van het gezin en bv. ook van de bewegingen.

rechtsregels te zien en aan te pakken.¹⁶³ Veel organisatie-instructies op papier (*paper trail*) werden daarom in het recht binnengehaald.

Besteedt men die administratie uit, dan kan men hetzelfde resultaat krijgen. Hier hangt dat mede af van de grootte van de organisatie die het beleid gaat uitvoeren. Er is tegenwoordig veel sprake van waarden die men wil creëren. Zeker in het beleid is dat het geval. Waarden liggen in een diepere laag dan toetsnormen. Als veel mensen in een grote organisatie, waarden moeten creëren en dat moeten doen in hun job, vragen zij houvast in regels en regeltes. Overkoepeling van allerhande organisaties van het nieuwe middenveld en stroomlijning brengen dat dus ook mee. Ik hoef maar te wijzen op de eindtermen in het onderwijs. Ik hou me ook klaar als de wet op het welzijn van werknemers op het werk ertoe zou leiden dat alle oude werkhuisreglementen van alle sectoren en vernieuwd volgens de vele factoren waarop zal worden gelet, in één reglement verschijnen in het Staatsblad.

De sociale verhoudingen worden inderdaad, en steeds meer, gejuridiseerd.¹⁶⁴

51. Ik kom tot de kwaliteit van de regelingen. Vooraf mag ik opmerken dat ik die niet altijd goed versta. Het verschil tussen rechtstaal, van de goede tijd van de Code civil, en de taal van “het veld” is het volgende. In rechtstaal gebruikt het Burgerlijk Wetboek gewone woorden: fout, schuld, goede trouw, maar als de mensen denken dat ze het hebben verstaan, blijkt dat het om termen gaat die specifiek zijn en boeken uitleg vragen¹⁶⁵. Mensen worden dan op z'n minst kregelig. In het veld gebruikt men woorden die een normaal mens niet verstaat en die soms een lijn tekst kunnen uitmaken en ook daarom ook onuitspreekbaar zijn.¹⁶⁶ De mensen worden niet kregelig want hun aanspreekpunt heet gewoon “Gaby” – dat staat zo op haar badge – en Gaby geeft empathisch uitleg. Gaby is arbeids-

¹⁶³ Zie vnl. R.v.S. Kon. Feder. Zelfst. Landmeters, nr. 26.640 van 12 juni 1986, RW1986-1987, met verslag P. Lemmens, noot W. LAMBRECHTS.

¹⁶⁴ Ik verwijs voor een overzicht daarvan naar M.E. STORME, De juridisering van sociale verhoudingen van de negentiende eeuw tot vandaag, zoals laatst bewerkt op: <http://www.storme.be/>

¹⁶⁵ HET voorbeeld is ongetwijfeld “Treu und Glauben” van het Duitse wetboek: WEBER, W., *Treu und Glauben*, ik citeer een oudere editie om te zeggen hoe het toen reeds was: Berlijn, 1961, 1553 p.

¹⁶⁶ Het voordeel om “socialezekerheidsrechtsbescherming” aan mekaar te schrijven, of “arbeidstatuutverbondenheid” (zie SCHOUKENS, P., *De sociale zekerheid van de zelfstandige en het Europese Gemeenschapsrecht: de impact van het vrije verkeer van zelfstandigen*, Leuven, Acco, 2000) is natuurlijk wel dat men in een zoekrobot van internet direct zijn vrienden vindt. “Rechtsbescherming in de sociale zekerheid” levert al veel “noise” op; zonder aanhalingstekens te zetten moet men de wereld afreizen.

trajectbegeleidster.¹⁶⁷ Het moet wel zijn dat zij, met zo'n titel, deskundig is.

Ik meld u tussendoor iets van lichte kost. Ik had vroeger een truc om echte van minder echte deskundigen te onderscheiden. Die truc werkt nu niet meer door de vernederlandsing van het bedrijfsleven dat ik hier bespreek. Voortgaande op het feit dat wie burgerrecht heeft verworven, geen grote indruk meer moet maken en dat wie nog niet zo ver staat, wil beklemtonen dat hij wetenschappelijk te werk gaat, was ik meer op mijn hoede als een wetenschapper zijn vaknaam maakte door aan het domein *logos* toe te voegen.¹⁶⁸ Het "ist" van de jurist is een specialisatie die ook de extremist gebruikt. Ingenieurs, doktoers (artsen, nu), architecten zijn O.K. Oude specialismen van geneeskunde heten ook gewoon "longarts" of zo. Maar sociologen bijvoorbeeld, of stomatologen hebben iets moeten beklemtonen. Tegen hun wil waarschijnlijk, noemt men sociologen soms even wereldvreemd als juristen. Want zoals men van de "juridische waarheid" spreekt, heeft men het soms over de "sociologische werkelijkheid". Of heb ik het mis? Geldt de sociale werkelijkheid maar als ze met de methode van de sociologie is vastgesteld?

Ik maak dus een compliment als ik zeg dat ik *legisprudentie* voor wetgevingsleer niet nodig vind.¹⁶⁹

Verder wordt dat taalgebruik zoals in het voorbeeld dat ik in de aanvang heb gegeven over partijprogramma's, veroorzaakt door de strikte noodzaak dat de kiezers en al wie meedeed om het beleid te eisen, in de wetgeving de woorden herkent die in de werving van kiezers werden gebruikt.

52. Lettend op de kwaliteit van het recht dat op het nieuwe middenveld groeit, permitteer ik mij een opmerking die ver buiten het bestek gaat van

¹⁶⁷ Onlangs ben ik op het spoor gekomen dat voor mensen die geen Grieks hebben geleerd een dood spoor is. De begrafenisondernemer die ook lijkverzorging doet, doet aan thanatopraxie. Zie o.a. het *Rapport verkenning thanatopraxie*, op: <http://www.uitvaart.nl/> en de trefwoorden van de ZorgenDienstenGroep: http://www.docendo.nl/pages/mid_trefwoorden_thana.html

¹⁶⁸ Ik citeer wel vrienden psychologen, maar degenen die ik citeer hebben door hun geschriften niet bepaald veel vrienden onder de "psychologen".

¹⁶⁹ Zie *Wetgeving in theorie en praktijk: wetgevingstheorie-legisprudentie*, ADAMS, M. en WINTGENS, L. eds., Antwerpen, Maklu, 1994. Omdat *prudentia* terecht zowel wijsheid als voorzichtigheid betekent (terughoudendheid), zou het een programmaverklaring kunnen zijn. Het woordbeeld *jurisprudence* raakt de kern van ons vak. Het betekent kennis van het recht en zo verstaat men het als men het woord als Engels woord leest (rechtsleer), terwijl het als Frans gelezen, rechtspraak betekent. Als legisprudente lieden toezicht krijgen op wetgeving en dat toezicht "prudentieel" toezicht gaat heten, zitten ze bij de bank; zie bv. art. 20 Wet van 23 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, http://www.cbfa.be/nl/ki/wg/pdf/law_22-03-1993.pdf

wat ik nu zeg en van wat ik kan. Het gaat over de legitimatie. Ik heb het gehad over zuilen en vakbonden en partijen en over de vertegenwoordigde natie. Ik heb verder beweerd dat de nieuwe tussenhandelaren in belangenbehartiging kiezers aanbieden aan politici. Dat doen zij volgens “de wetten van de markt”. Zijzelf krijgen bevoegdheid om te regelen – onder toezicht van de politici die ze de kiezers hebben verkocht. Zij voeren het beleid uit, “naar de mensen toe”, en vervangen zo het oude dienstbetoon. Hun organisatie is niet gelijkend op de “democratische” organisaties die we kenden.

De wetten van de markt zijn geen wetten zoals die van het recht. Om ze te laten werken, om *the invisible hand* te laten sturen, zijn wetten van recht nodig. Ik zie ze nog niet goed.

De term sociale economie is al ingeburgerd, voor een onderdeel overigens van wat ik hier heb beschreven. Bij mij roept hij de verwijzing op naar de vaststelling die ik meen te doen, dat het sociale volgens de markt wordt georganiseerd. Daar is niets mee aan de hand, als ook het recht er de hand aan houdt.

Ik mag daaraan, maar binnen de beperking die ik heb gesteld, het volgende toevoegen. Parallel met het uitbesteden van de zaken aan dat nieuwe middenveld, is er met de coördinatie daarvan iets nieuws. Dat draait ook om deskundigheid. Terwijl politici het gezicht worden van het beleid, wordt de inhoud ten behoeve van de overheid bewaakt en waar dat nodig is gemaakt, door ambtenaren die onder mekaar colleges vormen. Dat heeft positieve kanten waar het echt om vereiste deskundigheid gaat, maar het doet opnieuw de vraag stellen van de legitimatie. Het leukste voorbeeld, maar daarmee bedoel ik verder niets, is het *Committee of European Securities Regulators* dat in het kader van de “Lamfalussy”-procedure de uitvoering van de Europese financiële wetgeving doet.¹⁷⁰ Met zijn roepnaam, de afkorting CESR, in het gebruikelijke Engels uitgesproken, krijgt men dus “Caesar”.

19. Van nood naar recht en van recht in nood

53. Hoe zit het met de kwaliteit van de rechten die de mensen krijgen in dat beleid? Ik beperk mij nu tot de rechten die voor “de mensen” worden gevraagd. Dat gaat over het beleid dat met welzijn en met het sociale beleid in dat verband, heeft te maken.

¹⁷⁰ Zie <http://www.cesr-eu.org/>

Kort en kras gezegd, gaat de nieuwe tussenhandel als volgt te werk. Iedere verzuchting of wens van de mensen, wordt een behoefte, soms een nood. Tot vervulling van behoefte of leniging van nood wordt een recht gezet of een grondrecht. De goede grond daarvoor hoeft niet verder te worden aangetoond. Als er grond is om van een recht te spreken, heet het meteen vaak grondrecht. Er komt beleid en begeleiding en het recht, dat voor de mensen werd geëist, wordt bovenal het recht van bestaan van de behoeftevoorziening. Om die rechten komend, aanschuivend, moeten de mensen dan echter wel begrijpen dat niet aan *al* hun verzuchtingen in verband met de behoefte kan worden voldaan.

54. Ik merk twee zaken op.

Eén. Er wordt een recht of een grondrecht gezet voor behoefte en nood. Ik neem eerst het grondrecht. De benaming “grondrechten” wordt vooral te onpas gebruikt¹⁷¹. Men probeert uit het vaarwater te blijven van anderen die zich met de mensenrechten bezig houden; die term wordt blijkbaar (steeds meer) voorbehouden voor wie in Amnesty International of vergelijkbare organisaties werkzaam is. Overloopt men het discours, dan ziet men dat “grondrecht” wordt gebruikt om te wijzen op rechten die moeten staan tegenover een basisbehoefte.¹⁷² Die basisbehoefte verwijst naar de grond die nodig is om een menswaardig bestaan te hebben. Dat heeft op zijn beurt te maken met verstoken te blijven van zaken of diensten: “sociale uitsluiting” is dat, of zich uitgesloten voelen. Sociale uitsluiting staat, denk ik, al verder van menswaardigheid. Het recht op telefoon of op een bankrekening opeisen op grond van menswaardigheid is toch overtrokken als men de zaken vergelijkt met de situatie van mensen in arme landen. In Franstalige stukken spreekt men (ook) van *droits de la citoyenneté*. Om als burger in onze samenleving mee te kunnen, is inderdaad meer nodig dan wat menswaardigheid zou vereisen. Maar “de burger” is de vriend van Verhofstadt, die trouwens met hem “een contract” heeft gesloten, na directe communicatie. Dus wordt dat woord niet gebruikt. Zelfs met een losbladige catalogus van grondrechten krijgt men de rechten op alle zaken die nodig zijn om zich niet uitgesloten te voelen, niet in de kaft.

Wat men nodig heeft om niet uitgesloten te zijn, wordt ingevuld door de beleidslieden. Vaststellingen van de OCMW’s hebben geleid tot het Armoederapport van de Koning Boudewijn Stichting. Ik heb in mijn

¹⁷¹ Ik verwijs naar mijn bijdrage over De basis-bankdienst en de bescherming van het tegoed op rekening, te verschijnen in *Bank Fin. Recht* 20, waarin men voor het discours over die basisdienst vele referenties vindt.

¹⁷² Soms vindt men “basis-rechten”.

bijdrage over de basis-bankdienst de cijfers bekeken van een studie die op dit punt was toegespitst. Het ging eveneens om een rondvraag bij OCMW's en hulpverleningsorganisaties. De methode om het aantal lieden die van bankdiensten verstoken blijven te bepalen, is niet meer dan nattevingerwerk.

Om van vaststellingen van nood naar recht op iets te komen, zijn er bovendien filters gemaakt die zeer politiek correct zijn. Filters zijn overigens nodig als men vertrekt van het gevoelen uitgesloten te zijn. Men zou dan immers (het gevaar lopen te) vertrekken van het "menswaardig bestaan" zoals dat van reclame is geleerd.¹⁷³

Maar er wordt tussen vaststelling van nood en bepalen van recht, ook veel vrijheid ontnomen.

Soms, zoals in de studie voor de basis-bankdienst spreekt men van grondrechten, voor mensen dus, die collectief zijn, in die zin dat zij slechts een aanspraak leveren tegenover een groep van ondernemingen of instellingen en ook slechts collectief kunnen worden gehandhaafd.¹⁷⁴ Dat is nog verder weg van een "recht".

Ik begrijp dat laatste overigens wel. Eerst roept men van grondrechten. Dan krijgt men de uitvoering van het beleid in handen en zit men tegenover mensen die met deze rechten, en vaak in het algemeen: met rechten, niet waren vertrouwd. Ook daarin waren zij vaak kansarm. "De keerzijde van professionalisering en schaalvergroting" heet het stukje dat Van Den Heuvel e.a. daarover schrijven in de toelichting bij hun voorstel van decreet over de rechtsbescherming en de inspraak van gebruikers van welzijnsvoorzieningen.¹⁷⁵ Ik voeg daar iets duidelijker aan toe. "Niemand maakt meer misbruik van zijn rechten dan wie ze pas heeft gekregen." Dat is een quote van Lord Halifax.

¹⁷³ In mijn bijdrage over De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht, *o.c.*, nr. 26, p. 665 heb ik een sterk voorbeeld gegeven daarvan, over het bedrag dat een gezin per jaar meent te moeten uitgeven aan zonnebrillen, om zich niet uitgesloten te voelen. In dezelfde studie vragen de onderzoekers zich af of ze "alcohol" mogen meerekenen in hetgeen men nodig heeft voor het basisinkomen. Na lang beraad zijn ze ertoe gekomen dat dit beperkt kon. Om zich niet uitgesloten te voelen, moet men de mensen die men op een etentje thuis uitnodigt, ook een aperitief kunnen aanbieden. Dus hebben de onderzoekers als referentie genomen de prijs van een fles aperitief van een merk dat op Martini lijkt en dat wordt verkocht in een supermarkt "van het lagere prijzensegment".

¹⁷⁴ Dat komt door de Franse inspiratie van de basis-bankdienst. In Frankrijk wendt de burger zich tot een bank. Weigert die, dan bekijkt de overheid het en wijst de burger zo nodig een bank toe (thans: *La Poste*).

¹⁷⁵ *Stukken Vlaams Parlement* 2000-2001, 783-1. De jurist zal met grote ogen het advies lezen van het Kinderrechtencommissariaat dat in 783-2 is bijgevoegd.

55. Twee. Ik heb de beweerde grondrechten eerst genoemd omdat op basis van de roep daarvan, toch wellicht concrete “rechten” komen. Ik kijk nu daarnaar.

Het gaat meestal om een “recht op...”, een aanspraak schijnbaar¹⁷⁶. Maar waarop die aanspraak precies slaat, tegenover wie men de aanspraak heeft, wat de voorwaarden zijn enz. is meestal niet goed of niet volledig bepaald. Dat is vooral het geval als het gaat om een “recht” op hulp(verlening).¹⁷⁷

Wie het voorstel van decreet van Ria Van Den Heuvel e.a. leest, gelooft als buitenstaander zijn ogen niet. De indieners willen in de verhoudingen met de gebruiker enige orde op zaken zetten. Maar afgezien van een paar concrete rechten (zoals bezoek), blijft ook de rest vaag. De precieze rechten van de gebruiker die zijn genoemd, zijn voor de jurist zo evident dat het feit ze te noemen alleen maar erop wijst hoe die rechten niet werden geëerbiedigd. De handhaving van de rechten gaat vooral over het globale niveau van de voorzieningen, via collectieve inspraak van de gebruikers. De gebruikers kunnen niet terugvallen op ondersteuning wat dat betreft, tenzij vanwege weer andere hulpverleners.

Men kan de zaak vergelijken met de patiëntenrechten.¹⁷⁸ Die zijn preciezer, en voorts kan de patiënt voor zakelijke punten terugvallen op zijn mutualiteit.¹⁷⁹ Hij is lid van zijn ziekenfonds. Hij heeft er echt mee gecontracteerd. Het ziekenfonds moet hem voorlichten en begeleiden in deze zaken, en de statuten van het ziekenfonds regelen dat verder.¹⁸⁰

Het voorstel van decreet van Van Den Heuvel spreekt niet van contracten. Daar gaat het mij nu om.

In de hulpverlening gebruikt men “contracten”. Men noemt ze zo, maar het is een metafoor. Van de zijde van de “gebruiker” van diensten gaat het om de erkenning van de verplichting te doen wat hij om zijn best wil heeft beloofd te doen. Zijn wil is wat om zijn best wil door de andere wordt

¹⁷⁶ Zie hierover: VAN GERVEN, W., Een nieuwe analyse van het begrip “recht”, *RW*1960-1961, 2041.

¹⁷⁷ Men kan dit zien in bv. SCHEPERS, J., *Sociaal hulpverleningsrecht in de praktijk*, 2. *Rechten en plichten in de hulpverlening*, Brugge, Die Keure, 1999.

¹⁷⁸ Over de Wet patiëntenrechten o.a.: VANSWEEVELT, T., SWENNEN, F., TER HEERDT, J., WEYTS, B., JEGER, N., Het voorontwerp van wet 'patiëntenrechten': Een kritische analyse, *T. Gez.* 1997-98, 534, en VANSWEEVELT, T., Definities en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten, *T. Gez.* 2003-04, 66.

¹⁷⁹ Zie i.v.m. voorafgaande informatie over hospitalisatiefacturen: *De Standaard* 10 augustus 2004, p. 6, interview Renée Van Der Veken.

¹⁸⁰ Zie art. 3, c) van de Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van de ziekenfondsen, *B.S.* 28 september 1990.

bepaald. Hij moet het ook op papier zetten en tekenen. Dat contract op papier is ook echt het instrument van de hulp, het is alleen instrument. Ik bedoel dat ook zo: met verwijzing naar het onderscheid tussen *instrumentum* en *negotium* in de leer van het contractenrecht.

56. De kern van de zaak is dat de naam recht hier niet meer slaat op wat men daaronder kan verstaan.

Laat me het herhalen. Recht is niet het enige dat verhoudingen tussen mensen kan regelen.

Wat hier evenwel gebeurt, is dat verhoudingen worden gejuridiseerd, maar met slecht recht of rechteloosheid.

“Recht” wordt beeldspraak.

20. En de staat van het recht doen

57. Ik kijk nu naar handhaving van rechten en naar “recht doen”. Ik vertrek van waar ik was, bij het beleid. Het beleid is niet gericht op individuen. Goed beleid verzekeren is in de eerste plaats een zaak van het globale niveau van de diensten die worden aangeboden.

De gebruikers in de hulpverlening krijgen, zoals gezegd, collectief inspraak. Als een gebruiker klaagt, heet dat dan ook “individuele klachten”. Die worden geregeld in klachtencommissies. Dat kent men nog van klachtencommissies in de beschermingswetgeving. Klachtencommissies houden zich niet aan een recht. Dat kan goede gevolgen hebben. Maar als er slecht recht of rechteloosheid is, verdoezelt die werkwijze dat ook meteen. Klachtencommissies werken niet zoals een rechter.

58. Men kan nu kijken naar de geschillenoplossingen in het algemeen. Rechtsoplossingen door de rechter zijn niet de enige wijze om geschillen tussen mensen op te lossen. Andere manieren zijn naargelang de omstandigheden beter. De beste manier is dat de mensen die een conflict hebben, dat zelf oplossen.

Wat gebeurt er op dit vlak? Van de ontwikkelingen noem ik alternatieve geschillenregeling en bemiddeling en, daarmee verbonden, wat we nog meer kunnen verwachten.

“Alternatieve geschillenbeslechting” is eigenlijk een misleidende term. Als mensen een geschil hebben, kunnen ze dat oplossen en één van die oplossingen is op zijn recht te gaan staan en naar de rechter te stappen. Naar de rechter gaan, is het alternatief van wat verstandige mensen eerst zouden proberen. De benaming alternatieve geschillenbeslechting veronderstelt dat de mensen eerst op hun rechten zijn gaan staan, of dat

overwogen, maar dat er dan toch nog een andere manier van oplossen mogelijk is. Als dat een aanbod is om alsnog een stap terug te zetten, of de dreiging naar de rechter te stappen terug te nemen, en bij mekaar te gaan zitten, is er niets aan de hand. Als het betekent dat een geschil dat in termen van rechten is gezet, met een andere aanpak van die rechten kan worden geregeld, gaat het om wat ik hierboven heb beschreven. Er wordt gejuridiseerd en de oplossing is “geen recht”. Dat komt vanzelfsprekend de rechtsvorming niet ten goede.

“Bemiddeling” wordt nu geregeld.¹⁸¹ Zij kan worden gezien als één van de andere vormen van geschillenregeling, maar met zekere waarborgen van recht omkaderd. Dat is terecht. Als bemiddeling gaat over zaken die ook rechten betreffen die door partijen niet zomaar zelf kunnen worden geregeld, zoals bij echtscheiding, is mede ook de tussenkomst van juristen en rechters nodig.

Maar men moet bemiddeling en rechterlijke oplossing voldoende uit mekaar houden. Ik meen dat dit onvoldoende gebeurt, met name omdat het personeel ervan door mekaar loopt. Dat kan verwachtingen ten aanzien van de ene en de andere laten verwisselen.

59. Ik verbind dat laatste met de eisen die nu aan de rechter worden gesteld om “meer menselijk” te zijn, om meer aandacht te besteden aan de “aanvaardbaarheid” van zijn uitspraak voor “de mensen”. Daar is niets mis mee zolang het de rechter niet afleidt van wat zijn eigenlijke taak is: een uitspraak te doen die naar recht is gemotiveerd. Maar, rechters zijn ook maar mensen.

En kijk nu, de colporteurs van de “emotionele intelligentie” zijn in onze straat gekomen. Emotionele intelligentie is een term die beeldspraak is voor vele zaken.¹⁸² Er zijn ook oefeningen om “doe” en “doe niet” te leren in dat verband.¹⁸³ Maar ik moet geen psycholoog zijn om te weten dat men geen mensen kan selecteren op dit punt, gewoon al omdat ik in de boeken

¹⁸¹ Zie laatst: Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *Parl. St. Kamer*, 51 327/009.

¹⁸² Zie daarover Marc BUELENS in *Trends* 1 april 2004, p. 121: “Heeft u het EQ van een astronaut?”

¹⁸³ Ik ken mijn bankier. Maar als er “een nieuwe” aan het loket staat, moet ik toch grinniken als die eerst op zijn computerscherm mijn naam en codes heeft gelezen en mij dan vriendelijk met “jazekeer mijnheer Swennen” aanspreekt en vervolgens vraagt hoe het nu gaat met mijn belegging die op zijn scherm is vermeld.

daarover nooit een wetenschappelijke beschrijving van een referentiegroep heb gezien.

Toch staan de colporteurs met de voet tussen de deur van de Hoge Raad voor de Magistratuur. Die deur is niet meteen toegeslagen. Ik schrik daarvan.

Menselijke aanpak vanwege de rechter is, vriendelijk gezegd, van minder belang dan juist en naar recht te oordelen.¹⁸⁴ Het is gewoon niet het punt. Dat valt goed te begrijpen. Als partijen ervoor hebben gekozen om hun geschil naar recht op te lossen, moet er een uitspraak komen. De oplossing is definitief. Er kan niet op teruggekomen worden.

Maar van alle oplossingen hebben de mensen later wel bedenkingen. Was de oplossing “gaan praten”, dan gaat men opnieuw praten. De uitspraak van de rechter blijft, het was het laatste woord.

Als de uitspraak van de rechter is aangepraat, als men met een “goed gevoel” naar huis gaat, komt toch de avond dat men twijfelt. En dan is er niets anders dan het vonnis. Avond na avond kan men het uit de kast halen en lezen. Als het naar recht slecht is gemotiveerd, blijft men naar die onrechtvaardigheid staren, naar dat bedrogen vertrouwen, zolang men leeft.

Goede motivering is de kern van goed recht te doen.

21. Tot besluit: een oratorische vraag?

60. Ik herneem en besluit. Recht regelt aanspraken van mensen. Recht is niet de enige manier om dat te doen. Maar het is de manier die er moet zijn. Het is nodig voor zaken die de enkele belangen van contractpartijen te buiten gaan en waar partijen daarom geen rekening mee zouden houden. Het is nodig voor het beheer van het algemene belang, dat afweging van belangen is. Het is de hand die het zwaard houdt.

Waarom geven wij het recht uit handen?

Is dat geen “oratorische vraag”, een vraag om een rede af te kunnen steken terwijl het antwoord al voor de vraag lag?

Ja natuurlijk. Ik heb de vraag ook niet gesteld. Dat wil zeggen, ik heb ze niet ontleed en u heeft daarover niet gemord. Ik heb ook het antwoord niet gegeven, want dat kende u al. Ik ben meteen op de punten van het

¹⁸⁴ CROMBAG, H., *De man uit Susquehanna, o.c.*, 188, over “Bedside manners” van rechters. “Bedside manners” verwijst naar de arts die aan het ziekbed uitlegt wat er moet worden gedaan.

antwoord ingegaan waarover ik iets wilde zeggen. Ik kom nu alleen terug op het volgende.

Het recht is niet van ons. Maar er moet goed recht zijn, eerst goede standaarden en regels maken, dan goed recht doen. Daaraan moet de hand worden gehouden.

Goed recht is vakwerk. Wij doen dat nu. Wie het ook doet, hij moet dit vak beheersen. *Faire son métier*, was de opdracht in de gilde.

Wij bewaken niet de toegang tot dat vak. Wat dat betreft, moeten we de opdracht *van* de gilde niet overnemen.

Maar als we zorg willen dragen voor de kwaliteit van het recht, begint dat met de kwaliteit te bewaken van het werk dat we zelf afleveren.

Dat geldt voor alle vakken. Wij zouden daarin een voordeel moeten hebben, want we zouden dat juist goed moeten kunnen. De kern van recht te doen, is te oordelen en die oordelen te motiveren. Motivering is het resultaat van argumenteren, woord en antwoord, over en weer: verantwoorden. Zo toezien op mekaars werk is ook de wijze waarop wetenschap wordt gedaan.

Verantwoorden gebeurt niet onder mekaar, maar tegen mekaar, in openbaarheid. De plaats waar recht wordt gedaan, noemen we nog het *forum*. In de wetenschap gaat de verantwoording met “publicaties” en de op wetenschap gestoelde les wordt openbaar gegeven.

Ik permitteer me een taalsprong. Van de Franse gildeleden hebben we nog wel de titel: meester.¹⁸⁵ De opzichter van het werk heet in het Frans “*contremaître*”, meester tegen meester, dus.

Laat ons dat zo doen,

“*Afin de bien faire et de ne tromper personne.*”

¹⁸⁵ De advocaten onder u voeren die. Binnenkort studeren de eerste meesters in de Rechten in België af.

Mijnheer de Rector,

Ik ben van de oude tijd, toen de kans om een doctoraat te schrijven beperkt was en over de kans van keuze achteraf, niet werd gezeurd. Wie zeurde, kreeg van zijn ouders te horen dat hij nog geen oorlog had meegemaakt. Wie nog grootouders had, kreeg twee oorlogen op z'n bord.

Ik heb ervoor gekozen om in deze universiteit een groot vak te mogen doen. Dat heb ik mij soms en kort beklaagd, want in dat vak werd alsmaar geregeld en ontregeld. Het voordeel was het brede zicht in het onderzoek en de noodzaak van beperking tot het essentiële in het onderwijs.

Wat haar taak betreft, vergeleek ik de universiteit graag met de autofabriek. Iedereen weet dat er merken waren die het spiegeltje voor de passagier, de hoofdsteunen achteraan, de metaalkleur en de sportieve wieldeksels standaard hadden. Maar een goede motor zat er niet in of was een optie.

Nu ziet het ernaar uit dat alle merken zich ook in het racen gooien, van rally tot Formule 1. Kwaliteitsbewaking staat daarom hoog op de agenda. De auto moet regelmatig naar de pitstop. Men weet wel hoe dat eraan toe gaat. Er is daar veel volk met badges en meters, er zijn officials en pitspoezen. Maar als er op de baan toch wat gebeurt, is het meestal de motor die ontploft.

Ik wens U en de universiteit die u leidt, veel succes.

Mijnheer de decaan,

Ik heb mij in 1972 maar één vraag gesteld. Wordt de universiteit waar ik ga werken de universiteit van Antwerpen of wordt het een Universiteit in Antwerpen? Ik heb niet op het antwoord gewacht toen ik zag in welke ploeg ik kon gaan spelen. Wij hebben een rechtsfaculteit kunnen maken.

Wetenschap doen in een rechtsfaculteit gebeurt met twee middelen: met mensen en met een bibliotheek.

Als ik het in voetbaltermen zet, is de Universitaire Instelling Antwerpen begonnen met een kleine kern en verder met geleende spelers. Zij heeft eigen spelers opgeleid. Heyvaert en ik zijn aan het bestuur gekomen toen die spelers konden worden opgesteld in de eerste ploeg. Wij hebben dat gedaan. Ik heb niet meteen de academische secretarissen van toen genoemd. Eerst, kort, Van den Bergh en nadien Van Oevelen, behoorden zelf tot de jongerenkern. Zij en de anderen hebben het ver geschopt.

De bibliotheek heb ik mee mogen opbouwen wat de documentatie over recht betreft. Ik dank Hendrik Vervliet, Julien Van Borm en al wie in de

bibliotheek heeft gewerkt en er nu werkt. De visie van de UIA-bibliotheek op het ter beschikking stellen van documentatie, is een model geweest.

Wie veel tijd doorbrengt op zijn werk maakt daar ook zijn vrienden.
Waarde collega's, gij weet dus hoezeer ik nu zonder zit.
Van harte dank ik de dames en heren medewerkers in de faculteit.
Ik groet ook mijn collega's in de andere universiteiten. Lang voor het beleid vond dat samenwerking zichtbaar moest worden gemaakt in groepen, werkten wij al samen. Ik heb daar veel aan gehad.

Dames en heren oud-studenten,

Met of zonder veel punten op mijn vak, heeft u het diploma gekregen. U bent inmiddels ook geslaagd.
Ik zou het een compliment vinden als u van mij zegt dat ik tot uw diploma weinig heb bijgedragen, maar iets meer tot uw geslaagd zijn als jurist.

Waarde Straetmans,

Gij volgt mij op.
Ik wens u veel succes.
Ik permitteer mij ook het volgende, tot u gezegd maar tot alle jongere hoogleraren gericht. Van de boeken die ik lees, lees ik ook het woord vooraf. Vaak bedankt de auteur zijn partner en zijn kinderen met de verduidelijking dat hij hen heeft verwaarloosd terwijl hij aan het boek bezig was. Daar is een goed alternatief voor. Ik zal graag de bladzijden lezen van TBH of van SEW waarop alleen maar staat: "met dank van vrouw en kinderen dat Gert dit artikel niet heeft geschreven."

Dames en heren,

In het begin van dit academiejaar waren er twee inaugurele redes. Eén daarvan droeg de titel "Moet het huwelijk worden afgeschaft?" Ik heb het niemand horen tegenwerpen, maar ik heb het wel opgeschreven op een spiekbrieffje: "Moet het professoraat (dan ook) worden afgeschaft?" Het antwoord op de laatste vraag is wat mij betreft, geheel gelijklopend met de conclusies van die rede. "Het professoraat is afgeschaft. Leve het professoraat."
Er zijn vele lieden die les geven en zich ook professor willen noemen. De wet laat hun dat toe. En er zijn dus ook hoogleraren geweest die hebben tegengeworpen "waarom geven wij het professoraat uit handen?" Wie gewoon goed hoogleraar is, kan daar tegen.

Waarom geven wij het recht uit handen?

In die rede was er een woordenbruggetje: “amore, more, ore, re”. Wie verder gaat, komt weer naar ore, more, amore.

amore
more
ore
re
more
amore

Deze vogel gaat nu vliegen.

Ik heb gezegd.