

DE LOCATIO OPERIS FACIENDI
EEN BIJDRAGE TOT DE SYSTEMATIEK
VAN DE CONTRACTENTYPES (*)

door

Georges VAN HECKE

Gewoon hoogleraar aan de Universiteit te Leuven

1. In het Romeinse recht was de *locatio operis*, samen met de *locatio operarum* en de *locatio rei* één van de drie verschijningsvormen van de *locatio conductio* (1). Deze groepering is in de vroegste codificaties van de 19de eeuw nog terug te vinden (2), maar in de tegenwoordige rechtsopvatting is het huurcontract een verschijnsel dat niets meer te doen heeft met het aannemingscontract en de arbeids-overeenkomst. Kenmerkend voor beide laatste contracten is dat zij geen zaken, maar wel menselijke arbeid tot voorwerp hebben.

In het Romeinse recht was er een aannemingscontract zodra het voorwerp niet bestond in de bezoldigde prestatie van arbeid als dusdanig maar in een door middel van arbeid te bereiken resultaat (3). In deze brede betekenis kan dit resultaat zowel van materiële aard als van geestelijke aard zijn. Dit bleef ook zo in de *Code civil* en de daarvan afgeleide rechtsstelsels (4), in het Duitse (5) en in het Zwitserse recht (6). Mettertijd echter werd het aannemingscontract gedifferentieerd in een aantal types al naar gelang van de aard van het resultaat dat bedongen werd. In het Belgisch recht zijn enkel het vervoercontract en de commissieovereenkomst (deze laatste met een zeer onvolledige regeling) tot werkelijk afzonderlijke types uitgegroeid (7). Het B.G.B. regelt daarenboven ook nog het makelaars-

(*) Bijgewerkte vertaling van een bijdrage in *Jus et Lex—Festgabe für Max Gutzwiller* (Basel, 1959). De referenties werden aangevuld door Mevrouw Dr. G. Suetens-Bourgeois.

(1) Verdere details bij: RIEZLER, *Der Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung*, *Rabels Z.*, 1952, 523. Deze bijdrage van Riezler is voor het hele onderwerp van fundamentele betekenis.

(2) Zowel in het Wetboek Napoleon als in het Nederlandse B.W. van 1838 en het Italiaanse *Codice civile* van 1865 kan de huurovereenkomst zaken of arbeidsprestaties als voorwerp hebben; — vgl. RIEZLER, o. c., blz. 524.

(3) VAN OVEN, J. C., *Leerboek van Romeins Privaatrecht*, 1954, blz. 277.

(4) Zo bv. in het Belgische recht: DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, 845.

(5) § 631 B.G.B.

(6) Aldus het huidige *Obligationenrecht*, in tegenstelling tot het *Obligationenrecht* uit 1881; — vgl. OSER, H., und SCHÖNENBERGER, W., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2de uitg., 1936, V, blz. 1380, 1381.

(7) Titel VII en VIIbis van het Belgisch Wetboek van Koophandel.

contract (1). In het Zwitsers recht komt daar nog het uitgeverscontract, het verzendingscontract en de agentuurovereenkomst bij (2). In het Nederlandse recht en in het Italiaanse recht is er naast deze types die een bepaalde prestatie beogen ook nog een totaal nieuwe soort van aannemingscontract ontstaan waardoor het toepassingsgebied van de traditionele categorie van contracten die arbeid tot voorwerp hebben gevoelig verengd wordt. In het Nederlandse recht werd in 1907 naast de *aanneming van werk* een nieuw contract ingevoerd: *de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten*. Waarin het onderscheid bestaat tussen beide soorten contracten werd op dat ogenblik echter niet uiteengezet. Volgens de heersende rechtsleer heeft men te doen met een aannemingscontract wanneer de vervaardiging van een stoffelijk goed bedongen wordt terwijl een overeenkomst tot verrichting van bepaalde diensten ofwel slaat op de prestatie van arbeid, waarbij het resultaat buiten beschouwing blijft, ofwel op de verwezenlijking van een onlichamelijk goed (3). In de nieuwe Italiaanse *Codice civile* bestaat er behalve het *appalto* (aannemingscontract) nu ook een *contratto d'opera* (4). Kenmerk van het *appalto* is dat het werk uitgevoerd wordt door een annemer die daartoe de arbeid van zijn werknemers inzet. Bij *opera* echter wordt het beoogde werk overwegend door eigen inspanning verwezenlijkt en hiervoor gelden de vrije beroepen als voorbeeld (5).

2. Het onderscheid tussen het aannemingscontract en de arbeids-overeenkomst was reeds in het Romeinse recht niet erg duidelijk. Als criterium nam men aan dat in een arbeidscontract een voortdurende arbeidsprestatie als dusdanig en in een aannemingscontract de verwezenlijking van een door arbeid te bereiken resultaat bedongen wordt (6). Noch het gemeen recht (7) noch de oudste codificaties hebben hierin meer duidelijkheid gebracht. De behandeling van dit probleem werd aldus overgelaten aan de rechtspraak en de rechtsleer.

In alle rechtsstelsels werden een aantal oplossingen door de auteurs voorgesteld maar door de rechtspraak afgewezen. Het voorstel het criterium in de vorm van het loon te zoeken (8) zodat het

(1) § 652-656 B.G.B.

(2) Uitgeverscontract: art. 380-392; — makelaarsovereenkomst: art. 412-418; — commissie: art. 425-438; — expediteursovereenkomst: art. 439; — agentuurovereenkomst: art. 418a-418 v.

(3) ASSER-KAMPHUISEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 3de deel, 3de stuk: *Bijzondere Overeenkomsten*, 2de uitg., 1950, blz. 301.

(4) *Appalto*: art. 1655-1677; — *contratto d'opera*: art. 2222-2228.

(5) CASATI-RUSSO, *Manuale del diritto civile italiano*, 2de uitg., 1950, blz. 571.

(6) VAN OVEN, o. c., blz. 280.

(7) BV. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 7de uitg., Frankfurt, 1891, blz. 452.

(8) Deze opvatting werd in Frankrijk voorgestaan door Planiol, en in Duitsland door Lotmar (*Der Arbeitsvertrag*, 1902).

uurloon op een arbeidsovereenkomst en het prestatieloon op een aannemingscontract zou wijzen werd algemeen afgewezen (1). Ook werd het onderscheid dat gevonden werd in de regeling van het risico (2) — wanneer dit risico gedragen wordt door de partij die de prestatie levert zou er sprake zijn van een aannemingscontract — niet in aanmerking genomen (3).

In het Zwitsers verbintenissenrecht werd het tijdselement als essentieel kenmerk van het arbeidscontract aangezien (*auf bestimmte oder unbestimmte Zeit*: art. 319) in tegenstelling met het aannemingscontract waar de duur van de arbeidsprestatie als essentieel kenmerk vervangen wordt door het resultaat van de inspanning (4). Andere rechtstelsels hebben dit tijdselement echter niet essentieel geacht omdat een arbeidscontract in bepaalde omstandigheden voor een zeer korte tijd kan gesloten worden (5).

Enigszins gelijklopend is de opvatting die het resultaat van de arbeid als een kenmerk aanziet van het aannemingscontract en de arbeidsprestatie als dusdanig als het kenmerk van de arbeidsovereenkomst. Dit criterium bestond reeds in het Romeins recht en geldt nog in het tegenwoordige Duitse recht volgens de gezaghebbende rechtsleer (6). Het werd echter niet overgenomen in de andere rechtstelsels omdat een arbeidsverhouding die de verwezenlijking van een welbepaald resultaat beoogt in zekere omstandigheden een arbeidsovereenkomst kan zijn (7).

3. Het Franse, Belgische en Nederlandse recht poneren als essentieel voor de arbeidsovereenkomst een ondergeschiktheid van de werknemer aan de werkgever. De arbeider moet zijn werk verrichten onder de daadwerkelijke leiding en het toezicht van de werkgever terwijl de aannemer volledig vrij beslist op welke wijze hij het bedongen resultaat zal verwezenlijken (8). Ook in het Engelse recht (9)

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, 2de uitg., blz. 10; — Cass. req., 31 juli 1929, *D.*, 1930, I, 6; — Cass. civ., 9 maart 1938, *D. P.*, 1938, 289; — ENNECCERUS und LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15de uitg., 1958, blz. 602, 603; — OSER und SCHÖNENBERGER, *o. c.*, blz. 1144.

(2) Deze opvatting werd verdedigd door RUMELIN, G., *Dienstvertrag und Werkvertrag*, 1905.

(3) ENNECCERUS und LEHMANN, *o. c.*, blz. 602; — ASSER-KAMPHUISEN, *o. c.*, blz. 301; — TRACHSEL, G., *Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach gemeinen Recht und modernen Gesetzen*, 1923, blz. 121-123.

(4) GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, blz. 273-274.

(5) ASSER-KAMPHUISEN, *o. c.*, blz. 299.

(6) ENNECCERUS-LEHMANN, *o. c.*, blz. 602.

(7) DURAND, P., *Traité de droit du travail*, II, 1950, blz. 237; — PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 773; — Cass. req., 12 november 1924, *D. H.*, 715 (aanboren van een bron); — ASSER-KAMPHUISEN, *o. c.*, blz. 299; — vgl. voor het Belgisch recht: Cass., 24 mei 1956, *Pas.*, 1956, I, 1020, waar de romeinsrechtelijke opvatting nog een zekere rol speelt.

(8) PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 772; — DURAND, *o. c.*, blz. 239-240; — DE PAGE, IV, 847; — Cass., 9 juni 1955, *Pas.*, 1955, I, 1097; — ASSER-KAMPHUISEN, blz. 298.

(9) DIAMOND, *The Law of Master and Servant*, 2de uitg., 1946, blz. 16.

wordt het onderscheid aldus gemaakt. Het Zwitserse recht verwerpt deze opvatting althans wat betreft de civielrechtelijke gevolgen van de arbeidsverhouding (1). Ook in het Duitse recht spreekt men enkel in het arbeidsrecht *stricto sensu* (publiek recht) (2) van de ondergeschiktheid van de werknemer en aanvaardt men dit niet als kenmerkende eigenschap in het contractenrecht (3).

In het Franse recht is de verhouding van ondergeschiktheid als enig afdoend onderscheidingsteken niet onbestreden gebleven. Enkele auteurs stelden voor het juridische begrip van de ondergeschiktheid te vervangen door het economische begrip van de afhankelijkheid van de werknemer (4). Aldus zou de omstandigheid dat de werknemer geen andere onderhoudsmogelijkheid heeft dan zijn arbeid en op die manier volkomen van de werkgever afhankelijk wordt het essentiële kenmerk zijn van de verhouding voortspruitend uit de arbeidsovereenkomst. De rechtspraak is deze opvatting niet bijgetreden (5).

Het begrip van de ondergeschiktheid biedt moeilijkheden. In sommige gevallen heeft de werknemer bij de uitvoering van zijn taak een tamelijk grote vrijheid van handelen. Vooral bij arbeid die grote vakkundigheid vereist komt dit voor. In zulke arbeidsverhoudingen is het dikwijls zo dat de werkgever noch de bedoeling, noch de vereiste kennis heeft om bevelen te geven betreffende de technische uitvoering van het werk. De leiding zal in zulk geval dan ook beperkt blijven tot de materiële organisatie van het werk zoals het aanduiden van de arbeidsplaats en -tijd. De Franse rechtbanken hebben het standpunt verdedigd dat het begrip van de ondergeschiktheid tamelijk breed moet opgevat worden en dat het ook dan aanwezig is wanneer de werkgever van elk technisch toezicht afziet en zich enkel beperkt tot de materiële organisatie van de arbeid (6).

Alhoewel de ondergeschiktheid in het Franse recht als enig onderscheidingsteken behouden bleef, zijn er heel wat overwegingen in de rechtsleer die de moeilijkheden van dit probleem laten uit-

(1) OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 1151; — GUHL, o. c., blz. 273.

(2) Het onderscheid tussen de administratieve arbeidsreglementering en het civielrechtelijke recht van de arbeidsovereenkomst treedt in de internationaalprivaatrechtelijke behandeling van arbeidsverhoudingen sterk op de voorgrond; — vgl. BEITZKE, *Normenkollisionen im Arbeitsrecht, Der Betrieb*, nr. 8, 26 februari 1958; — zie ook: GAMILLSCHEG, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1961, 257-258; — SIMON-DEPITRE, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1958, 292.

(3) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 603-604; — RIEZLER, o. c., blz. 530.

(4) CUCHE, SAVATIER; zie: DURAND, o. c., blz. 240.

(5) DURAND, o. c., blz. 241; — Cass., 29 april 1929, *D.*, 1930, I, 6 (boomsnoeier).

(6) DURAND, o. c., blz. 242-245; — ook in het Belgische recht geldt deze opvatting: HORION, *R. C. J. B.*, 1947, 153. In de laatste jaren heeft het hof van cassatie een onderscheid aanvaard tussen enerzijds de arbeidsovereenkomst (waarin de ondergeschiktheid uit de drie elementen van gezag, leiding en toezicht bestaat) en anderzijds de niet nader geregelde dienstverhuur (*louage de services lato sensu*) waarin de ondergeschiktheid minder afgetekend is en beperkt kan blijven tot het gezag zonder leiding of toezicht: zie: Cass., 18 september 1958, *Pas.*, 1959, I, 62; — Cass., 21 december 1962, *Pas.*, 1963, I, 499; — advies van adv.-gen. Mahaux voor Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 847.

komen. Uiteindelijk komt men dan tot het besluit dat de ondergeschiktheid niet als enig kenmerk kan volstaan en dat het onderscheid tussen arbeidscontract en aannemingsovereenkomst eigenlijk alleen casuïstisch aan de hand van een reeks criteria kan gemaakt worden (1). Ook in het Belgisch recht werd deze mening geuit (2). Er moet ook op gewezen worden dat de Zwitserse rechtsleer, alhoewel vertrekkend van een ander onderscheid, eveneens tot dit besluit komt (3).

4. Bij de behandeling van de vraag of de hogere vormen van arbeid het voorwerp kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst moet men ook de romeinsrechtelijke traditie nagaan. In het Romeins recht kon een arbeidsprestatie die een hoge graad van vakkennis vereist, nooit het voorwerp zijn van een *locatio operis faciendi*. Men wilde de *artes liberales* niet op gelijke voet behandelen als de *operae serviles*. Zulke arbeid werd, ook indien hij tegen betaling gepresteerd werd, als de uitvoering van een *mandatum* aangezien (4). Deze traditie leefde voort in het gemeen recht (5) maar werd niet gevolgd in de Zwitserse (6) en Duitse (7) codificaties. In Frankrijk echter bleef men trouw aan de Romeinsrechtelijke traditie en de prestaties van hogere vormen van arbeid werden er gewoonlijk als lastgeving bestempeld. In de laatste tijd echter aanvaardde men meer en meer, onder invloed van de rechtsleer, dat ook de *artes liberales* voorwerp van een arbeidscontract kunnen zijn (8).

In het Belgische recht is de betekenis van de ondergeschiktheid als kenmerk van het arbeidscontract niet beperkt tot het verbintennisrecht. Ook in het arbeidsrecht wordt aan dit kenmerk een belangrijke plaats toegemeten daar vele arbeidsrechtelijke bepalingen het bestaan van een arbeidsovereenkomst onderstellen en het begrip arbeidsovereenkomst in het arbeidsrecht dezelfde inhoud heeft als in het burgerlijk recht (9). Verder heeft deze kenmerkende eigenschap ook nog belang in het belastingrecht omdat de fiscale bepalingen betreffende lonen niet dezelfde zijn als deze betreffende inkomens uit zelfstandige arbeid. Aan het criterium van onderscheid dat gevonden wordt in de ondergeschiktheid moet aldus in het Belgisch recht de waarde gegeven worden van een *summa divisio*. In het Franse recht is de toestand minder duidelijk omdat men bij de bepaling van het toepassingsgebied van de arbeidswetgeving minder

(1) DURAND, o. c., blz. 244.

(2) VAN GOETHEM, F., en DILLEMANS, R., *Handboek van het Belgisch sociaal recht*, 1962, blz. 28.

(3) OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 1151.

(4) VAN OVEN, o. c., blz. 291.

(5) WINDSCHEID, o. c., blz. 472.

(6) Art. 361 O. R.; — OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 1153.

(7) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 605.

(8) PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 777.

(9) DE PAGE, IV, 854; — HORION, o. c., blz. 158.

rekening heeft gehouden met de bestaande civielrechtelijke begrippen dan in het Belgische recht (1). Ook in het Nederlandse recht stelt men vast dat de civielrechtelijke en de publiekrechtelijke begrippen van de arbeidsovereenkomst elkaar niet dekken (2). In het Zwitserse recht speelt het kenmerk van de ondergeschiktheid geen rol in het burgerlijk recht maar is het wel van groot belang in de sociale wetgeving (3). Ook in het Duitse recht is de ondergeschiktheid wel een begrip van het arbeidsrecht maar niet van het verbintenissenrecht (4).

5. Het onderscheid tussen een aannemingsovereenkomst en een lastgeving was zeer eenvoudig in het Romeins recht: alleen het eerste was bezoldigd (5). De prestatie van de hogere vormen van arbeid werd echter nooit, ook niet indien ze bedongen was tegen betaling, als een arbeidscontract aangezien, maar wel als een *mandatum*. Het gevolg was dat de eis tot betaling van het overeengekomen arbeidsloon als een *cognitio extra ordinem* moest behandeld worden (6).

Doorheen het gemeen recht (7) is de traditionele opvatting van het niet bezoldigd karakter van de lastgeving in het Duitse recht overgenomen en behouden tot op dit ogenblik (8). Hierbij mag men echter niet vergeten dat volgens § 676 B.G.B. bijna alle regels van de lastgeving ook analoog toepasselijk zijn op de *Geschäftsbesorgung* die ten bezwarende titel is (9).

In het Franse recht werd het niet bezoldigd karakter van de lastgeving bij de codificatie opgegeven (10). Uit de voorbereidende werkzaamheden van de *Code Napoléon* blijkt dat de opstellers geenszins de bedoeling hadden drastisch met het Romeins recht te breken. Zij wilden enkel de mogelijkheid van een bescheiden vergoeding open laten zonder afbreuk te doen aan de traditionele opvatting die voorhield dat de lastgeving een vriendendienst behoort te zijn (11).

Door deze ontwikkeling ontstond dan in het Franse recht de noodzaak het onderscheid tussen lastgeving en aannemingscontract op een andere manier te maken. In de rechtsleer vond de opvatting

(1) DURAND, o. c., blz. 242.

(2) ASSER-KAMPHUISEN, o. c., blz. 311.

(3) OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 118.

(4) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 608.

(5) VAN OVEN, o. c., blz. 291.

(6) VAN OVEN, o. c., l. c.

(7) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1723, 1-15-9; — WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, blz. 551.

(8) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 681.

(9) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 691.

(10) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5de uitg., Brussel, 1827, Tw. Mandat, § 1-16.

(11) LOCRE, *Législation civile commerciale et criminelle ou Commentaire et Complément des Codes Français*, VII, Brussel, 1836, blz. 373 (Berlier), blz. 378 (Tarrible), blz. 385 (de Greuille). Zie ook de duidelijke uitspraak van Berlier: „dans une telle matière dont les principes étaient fixés depuis longtemps, il était difficile et il eût été imprudent peut-être de vouloir innover” (blz. 376).

ingang dat enkel rechtshandelingen voorwerp van een lastgeving kunnen zijn (1). Deze opvatting geldt ook in het Belgische en het Nederlandse recht (2) alsook in het Italiaanse recht (3). De rechtshandelingen moeten echter niet noodzakelijk in naam van de lastgever gesteld worden. Ook rechtshandelingen gesteld in naam van de lasthebber zelf, maar voor rekening van de lastgever, komen in aanmerking. Het verlenen van de bevoegdheid om op te treden in andermans naam is dus geen kenmerkende eigenschap van de lastgeving. Immers ook voor de commissieovereenkomst gelden de regels betreffende de lastgeving (4). Dikwijls komt het voor dat de bevoegdheid om rechtshandelingen in de plaats van een lastgever te stellen enkel een onderdeel is van een ruimere overeenkomst. Volgens de Belgische opvatting heeft men dan te doen met een gemengde overeenkomst. Op het deel van de contractuele verhouding dat overeenstemt met het begrip lastgeving moeten de regels van de lastgeving worden toegepast, op het andere deel de regels van het overeenstemmend contract (arbeids- of aannemingsovereenkomst) (5). Wanneer de activiteit van de lasthebber niet kan gesplitst worden moet men nagaan welke contractuele verhouding het belangrijkste is in die activiteit. Deze oplossing geldt ook in het Franse recht (6). In het Nederlandse recht was zulks tot op heden ook wel het geval (7), maar in de recentste rechtsleer komt een nieuwe mening tot uiting. Telkens het verrichten van rechtshandelingen bijkomstig is in vergelijking met de andere erbij betrokken activiteiten zou men enkel de regels van het andere contract op de contractuele verhouding tussen de partijen mogen toepassen (8). De verlening van bevoegdheid om op te treden in iemands plaats die onderdeel is van zulk een overeenkomst is enkel voor de verhouding tegenover derden van belang. Deze opvatting van de jongste Nederlandse rechtsleer zou ook elders ingang kunnen vinden vooral nu de hedendaagse rechtsleer het begrip vertegenwoordiging los heeft gemaakt van de lastgeving als overeenkomst (9).

(1) PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 774, 909; — DURAND, o. c., blz. 254.

(2) DE PAGE, V, 855; — ASSER-KAMPHUISEN, o. c., blz. 724.

(3) CASATI-RUSSO, o. c., blz. 587.

(4) Het duidelijkst in het Italiaans recht: art. 1703-1705 C. c. it.; — maar ook in het Franse, Belgische en Nederlandse recht: PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 1427; — *Le contrat de commission, Etudes de droit commercial sous la direction de J. Hamel*, 1949, blz. 9; — DE PAGE, V, 855; — ASSER-KAMPHUISEN, blz. 721-723.

(5) VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, 1954, I, blz. 413.

(6) DURAND, o. c., blz. 255; — PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 1429.

(7) ASSER-KAMPHUISEN, o. c., blz. 305-306, 730.

(8) ASSER-KAMPHUISEN, o. c., blz. 731.

(9) Zoals bekend staat deze scheiding op naam van Laband. Door Dölle werd zij een *juristische Entdeckung* genoemd (*Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, II-B, blz. 5).

6. In het Duitse recht is de onbezoldigdheid het essentiële kenmerk van de lastgeving gebleven (1). Daar de regels van de lastgeving ook gelden voor de bezoldigde *Geschäftsbesorgung* wordt het probleem feitelijk verschoven naar het onderscheid tussen de *Geschäftsbesorgung* en de aannemingsovereenkomst. Daar de begripsomschrijving van de *Geschäftsbesorgung* zeer omstreden is kan dit onderscheid niet met zekerheid vastgesteld worden (2). Volgens een toonaangevend auteur kunnen enkel als *Geschäftsbesorgung* aangezien worden de uitvoering van rechtshandelingen of handelingen met zelfde karakter als rechtshandelingen en de onafhankelijke economische bedrijvigheid die ondernomen worden voor iemand anders en in diens belang (3).

In het Zwitserse recht werd de onbezoldigdheid van de lastgeving wel niet afgeschaft maar dan toch verzwakt tot een vermoeden. Aan de andere kant is de lastgeving er niet beperkt tot het stellen van rechtshandelingen (4). Het verschil met de aannemingsovereenkomst moet dan ook op het gebied van de inhoud van de prestatie gevonden worden. Volgens de heersende rechtsleer heeft de aannemingsovereenkomst een door arbeid verkregen resultaat, hetzij lichamenlijk of onlichamelijk, tot voorwerp, terwijl de lastgeving het beheren van zaken of het bewijzen van diensten beoogt zonder dat een bepaald resultaat van de inspanning bedongen is (5). Ten slotte krijgt de lastgeving (opdracht) in het Zwitserse recht een residuaire betekenis doordat alle arbeidsprestaties die niet kunnen ondergebracht worden bij een van de welomschreven contracten automatisch als opdracht behandeld worden (6).

De prestatie met hoge vakkundigheid heeft nu wel algemeen afgedaan als kenteken van de lastgeving (7).

7. Ter illustratie van de uiteenzetting zullen nu enkele typische contractuele verhoudingen onderzocht worden met het oog op hun kwalificatie in de verschillende rechtsstelsels.

Naar Belgisch recht is het contract van een directeur van een naamloze vennootschap een arbeidsovereenkomst voor bedienden (8). Dit is ook nog het geval wanneer deze directeur tevens lid is van de raad van beheer — iets wat niet zelden voorkomt. Hij cumuleert

(1) § 662 B.G.B. was eigenlijk een terugkeer naar het voorclassieke Romeinse recht, waarbij de in het gemene recht ingezette ontwikkeling naar de bezoldigde lastgeving bewust onderbroken werd; zie: TRACHSEL, o. c., blz. 140.

(2) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 692-693.

(3) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 692.

(4) GUHL, o. c., blz. 301.

(5) GUHL, o. c., blz. 291; — OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 1387-1388; — BG, 5 juli 1933, B.G.E., 59, II, 260.

(6) Vgl. OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 1470.

(7) ASSER-KAMPHUISEN, blz. 729; — RIEZLER, o. c., blz. 534.

(8) DE PAGE, IV, 849; — in dezelfde zin voor de directeur van een P.V.B.A.: Cass., 12 november, 1964, Pas., 1965, I, 254.

dan twee functies en is door twee contractuele verhoudingen gebonden (1). Het is echter zo dat deze contractuele verhouding slechts in de regel als een arbeidsovereenkomst aangezien wordt. Bijzondere afwijkende regelingen blijven steeds mogelijk. Aldus werd door het hof van cassatie beslist dat een directeur die niet alleen lid is van de raad van beheer maar tevens de voornaamste aandeelhouder, niet meer kan beschouwd worden als een werknemer. In zulke situatie is klaarblijkelijk de ondergeschiktheid niet meer mogelijk (2). In het Nederlandse rechtsstelsel wordt de contractuele verhouding ook in zulk geval nog als een arbeidsovereenkomst bestempeld (3). In het Franse recht is het contract van een gewone directeur van een naamloze vennootschap een arbeidsovereenkomst (4), terwijl de *président-directeur général* als een lasthebber moet aangezien worden (5). In het Duitse en het Zwitserse recht is er geen twijfel dat de directeur een werknemer is.

Hoe is de juridische verhouding van de organen van een naamloze vennootschap? Volgens het Belgisch (6) en het Frans (7) recht zijn de leden van de raad van beheer lasthebbers. In het Nederlandse recht zijn de directieleden (*directeuren*) gebonden door een arbeidsovereenkomst (8) en hetzelfde geldt naar algemene opvatting voor de bezoldigde leden van de raad van toezicht (*commissarissen*) (9). Volgens Duits recht echter is de contractuële toestand van de leden van de raad van toezicht (*Aufsichtsrat*) een *Geschäftsbesorgung* (10).

Of de activiteit van een geneesheer, een advocaat of een leraar het voorwerp kan zijn van een arbeidsovereenkomst is afhankelijk van de opvatting die over de hogere arbeidsvormen geldt (11). In het huidige Belgisch recht staat het vast dat de contractuële band van een geneesheer die verbonden is aan een instelling of van een huisjurist een arbeidsovereenkomst is (12). Weliswaar was deze oplossing lang omstreden (13). In dit verband moet ook vermeld worden dat

(1) VAN RYN, I, blz. 413; — Cass., 11 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 36; — Cass., 4 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 675.

(2) Cass., 14 juni 1957, *Pas.*, 1957, I, 1229.

(3) H. R., 7 februari 1940, *N. J.*, 1940, 180.

(4) DURAND, o. c., blz. 264; — PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 775; — ook wanneer hij tevens lid van de raad van beheer is: Cass., 9 januari 1928, *D. H.*, 1928, 153.

(5) PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 775; — het hof van cassatie heeft echter ook wel de *président-directeur général* als werknemer beschouwd: Cass. soc., 19 juli 1951, *D.*, 1952, I, 1, met noot Ripert.

(6) VAN RYN, I, blz. 386.

(7) DURAND, o. c., blz. 264.

(8) ASSER-KAMPHUIZEN, blz. 302.

(9) ASSER-KAMPHUIZEN, blz. 302.

(10) ENNECERUS-LEHMANN, o. c., — R. G., 14 februari 1913, *R. G. Z.*, 81, 332.

(11) Zie boven: blz. 347.

(12) Cass., 27 september 1943, *Pas.*, 1943, I, 356 (apotheker); — HORION, R. C. J. B., 1947, 155-156; — voor arsten zie: Luik, 26 januari 1961, *Jur. Liège*, 1961, 178; — voor journalisten: Rb. Namen, 25 oktober 1957, *J. T.*, 1958, 371.

(13) Vgl. GEVERS, M., R. C. J. B., 1952, 178.

naar aanleiding van een verklaring in het parlement ook voor een journalist de mogelijkheid van een arbeidsovereenkomst betwist werd (1). In het Franse recht is de toestand vrijwel dezelfde (2); wat een journalist betreft heeft aldaar de wet het twistpunt opgelost in de zin van een arbeidsovereenkomst (3). Opnieuw is de oplossing onduidelijk in het Duitse en het Zwitserse recht (4).

Vervolgens moet de contractuële verhouding voor de uitoefening van de vrije beroepen behandeld worden. Naar Belgisch recht zijn de activiteiten van geneesheren, advocaten, architecten enz. als aannemingsovereenkomsten te beschouwen (5). Hetzelfde geldt in het Franse recht (6). In het Nederlandse recht werd de differentiatie van de typen van de contracten verder doorgevoerd en worden deze beroepsbezigheden omschreven als *overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten* (7) en in het Italiaans recht noemt men ze *opera*. In Duitsland is de activiteit van een advocaat een *Geschäftsbesorgung* (8) en hetzelfde schijnt ook te gelden voor het werk van een architect (9) die de bouwwerken leidt, terwijl het werk van de geneesheer in het kader van een aannemingscontract verricht wordt (10). Volgens het Zwitsers recht wordt niet alleen de bedrijvigheid van een advocaat en van een architect, maar ook die van een geneesheer als een opdracht (lastgeving) aangezien (11).

In het Belgisch, Nederlands en Frans recht is het commissiecontract eigenlijk een lastgeving wat de regeling tussen de partijen betreft (12). In de Italiaanse *Codice civile* wordt dat uitdrukkelijk vastgesteld (13). In het Zwitsers recht gelden de regels betreffende de lastgeving (14). Het Duitse recht daarentegen beschouwt de commissie als een aanneming (15).

De handelsagentuur wordt in de jongste Belgische rechtspraak als een contract *sui generis* beschouwd en wordt bijgevolg beheerst door een bijzondere regeling met het doel het onmiddellijke opzeggingsrecht van de principaal uit te sluiten (16). De Franse wetten op

(1) Brussel, 10 juni 1953, *J. T.*, 1953, 655.

(2) PLANIOL et RIPERT, XI, nr. 777; — Cass., 27 juni 1938, *D. H.*, 1938, 530.

(3) PLANIOL et RIPERT, IX, nr. 777.

(4) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 643.

(5) DE PAGE, IV, 851.

(6) DURAND, o. c., blz. 245.

(7) ASSER-KAMPHUISEN, blz. 301; — Den Haag, 7 februari 1919, *W.*, 10.539 (boekhouder).

(8) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 693.

(9) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 692.

(10) ENNECCERUS-LEHMANN, o. c., blz. 643.

(11) GUHL, o. c., blz. 291; — OSER-SCHÖNBERGER, o. c., blz. 1388.

(12) Zie hiervoor, blz. 349, noot 4; — vgl. GUTZWILLER, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1950, 43-11, blz. 79.

(13) Art. 1703-1705 C. c. it.

(14) Art. 425 O. R.

(15) R. G., 17 april 1909, *R. G. Z.*, 71, 76.

(16) Gent, 16 januari 1956, *R. C. J. B.*, 1957, 310, met noot Dekkers.

de handelsagenten (1) zijn overwegend van arbeidsrechtelijke aard terwijl de Duitse en Nederlandse wetsbepalingen (2) hen eerder behandelen als zelfstandige agenten. In het Zwitserse recht werd eerst in de rechtspraak de agentuurovereenkomst, die op zelfstandige handelsagenten slaat (3), als een overeenkomst *sui generis* opgevat. In 1947 werd deze praktijk door de wet op de handelsagentuur bekrachtigd. Deze wet houdt een bijzondere regeling in voor de handelsagenten die niet in dienstverband staan (4).

8. Als besluit kan men de vraag stellen of er uit deze *méandres du droit comparé* (5) geen vastere lijnen kunnen getrokken worden. *De jure constituendo* kunnen de volgende richtlijnen worden voorgesteld.

a. De aanvaarding van de ondergeschiktheid van de werknemer als kenmerk van de arbeidsovereenkomst (6) biedt het voordeel de civielrechtelijke en de publiekrechtelijke begrippen van het arbeidscontract dichter bij elkaar te brengen en zelfs gelijk te maken.

b. De onbezoldigdheid van de lastgeving is door de huidige maatschappelijke verhoudingen volledig achterhaald.

c. Wanneer de externe regeling van de volmacht en de bevoegdheid om voor anderman op te treden — wat enkel belang heeft voor derden — van de interne regeling van de lastgeving worden losgemaakt, wordt het meteen ook mogelijk het stellen van rechtshandelingen als criterium van de lastgeving op te geven. Het Duitse begrip van de *Geschäftsbesorgung* zou dan wellicht als een betere omschrijving van de lastgeving kunnen voorkomen.

d. De categorie van de *overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten*, die in het leven geroepen werd door de Nederlandse wetgever, blijkt nuttig te zijn en kan daarom aanbevolen worden. Men kan zich echter afvragen of de vervaardiging van een onlichamelijk goed niet even goed als dat van een lichamenlijk goed als het voorwerp van een aannemingsovereenkomst moet worden beschouwd.

e. De bijzondere regeling voor de handelsagentuur blijkt in de huidige economische structuur wenselijk te zijn. In combinatie met de in 3 hierboven vermelde splitsing tussen volmacht en overeenkomst zou de handelsagentuur als type van contract niet alleen de gevallen kunnen bevatten waarin de agent als makelaar, commis-

(1) Art. 29k-29r, *Code du Travail, Livre I.*

(2) Art. 75a-75p, *Wetboek van Koophandel*; — art. 84-92 H. G. B.

(3) OSER-SCHÖNENBERGER, o. c., blz. 1153.

(4) Art. 418a-418 v. O. R.

(5) De uitdrukking vindt men bij GUTZWILLER, o. c., l. c.

(6) Voorgesteld door RIEZLER, *Rabels Z.*, 1953, 530.

sionnair of lasthebber optreedt, maar ook deze waarin hij voor eigen rekening verkoopt. Al deze vormen van agentuur zijn in de handelspraktijk bijna onscheidbaar met elkaar vermengd (1). Het hoofdkenmerk van de agentuurovereenkomst dat voor al deze vormen geldt is : een blijvende contractuele band tussen zelfstandige kooplui met het oog op de afzet van de produkten van de principaal.

(1) Vgl. GUTZWILLER, o. c., blz. 77.

SOMMAIRE

LA LOCATIO OPERIS FACIENDI : UNE CONTRIBUTION A LA SYSTÉMATIQUE DES TYPES DE CONTRATS

Le groupement des contrats ayant pour objet le travail, tel qu'il fut opéré par le droit romain et qu'on le retrouve encore dans le Code civil et dans les codifications dérivées de ce Code au cours du 19^{ème} siècle, ne répond plus aux conceptions juridiques actuelles. Le contrat de louage n'a plus rien de commun avec le contrat de travail, cependant qu'au fil du temps, dans les différents systèmes juridiques, le contrat d'entreprise s'est différencié en un certain nombre de types.

Dans la première partie, l'auteur analyse les conceptions et critères de distinction actuels entre ces catégories de conventions dans les divers systèmes juridiques examinés (Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Allemagne et Suisse). La distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail n'a jamais été très nette et, dans tous les systèmes juridiques, un certain nombre de critères ont été proposés par les auteurs.

Dans les droits français, belge et hollandais, la subordination du travailleur à l'employeur est essentielle en ce qui concerne le contrat de travail, bien que cette notion présente également des difficultés et qu'il soit généralement admis qu'elle ne peut constituer la caractéristique unique. En Belgique, il convient cependant d'accorder à ce critère la valeur d'une *summa divisio*, étant donné que la notion de contrat de travail dans le droit du travail a le même contenu que dans le droit des obligations. En droit français, il n'en est ainsi que dans une moindre mesure, tandis qu'en droit hollandais, allemand et suisse, les notions du contrat de travail selon le droit civil et le droit public ne sont pas identiques.

La conception du droit romain, selon laquelle les formes supérieures de travail (*artes liberales*) ne peuvent faire l'objet d'un contrat de travail et ne doivent être considérées que comme l'exécution d'un mandat non-salarié, fut déjà abandonnée dans les codifications suisse et allemande. En France, on est arrivé à la même conception sous l'influence de la doctrine.

Lorsque le caractère non-salarié du mandat fut abandonné dans le Code civil, la nécessité se fit jour d'établir d'une manière différente et moins simple la distinction entre un contrat d'entreprise et un mandat.

En droit allemand, la gratuité est restée la caractéristique essentielle du mandat mais les règles du mandat y sont également applicables à la *Geschäftsbesorgung* salariée. Cette dernière notion est très contestée, de sorte que la distinction d'avec le contrat d'entreprise demeure très vague.

En Suisse, le caractère gratuit du mandat a été ramené à une présomption. Toutes les prestations de travail, qui ne peuvent être rangées sous un contrat bien déterminé, y sont automatiquement traitées comme mandat.

Dans la seconde partie, sont analysées, à titre d'illustration, quelques situations contractuelles typiques en vue d'établir leur qualification dans les divers systèmes juridiques.

En droit belge et français, les activités inhérentes à l'exercice des professions libérales doivent être considérées comme des contrats d'entreprise. Dans d'autres systèmes juridiques, on trouve une différenciation plus poussée, comme par exemple, la convention de prestation de services (Pays-Bas), *opera* (Italie), ou bien ces activités sont considérées comme un mandat (Suisse). Le

contrat de commission est régi par les règles du mandat, exception faite cependant de l'Allemagne où on le considère comme une entreprise. Le contrat d'agence commerciale est considéré en Belgique et en France comme un contrat *sui generis*; en France, les lois régissant cette matière ont d'une manière prépondérante le caractère de droit du travail.

En guise de conclusion, l'auteur propose quelques directives *de jure constituendo*. Il estime souhaitable l'admission de la subordination comme caractéristique du contrat de travail afin d'établir un rapprochement entre les notions de droit civil et de droit public du contrat de travail. Il propose la notion allemande de la *Geschäftsbesorgung* comme une définition plus adéquate du mandat. Enfin, il recommande la catégorie de la convention de prestation de services ainsi qu'un régime particulier pour le contrat d'agence commerciale.

ZUSAMMENFASSUNG

DE LOCATIO OPERIS FACIENDI EIN BEITRAG ZUR SYSTEMATIK DER VERTRAGSTYPEN

Die Klassifikation im römischen Recht der Verträge betreffs der Arbeit, die man noch in der *Code Civil* und in den davon abgeleiteten Kodifikationen des 19. Jahrhunderts zurückfindet, entspricht der jetzigen Rechtsauffassung nicht mehr. Der Mietkontrakt hat mit dem Arbeitskontrakt nichts mehr zu machen, während der Werkkontrakt in den verschiedenen Rechtssystemen allmählich in mehrere Typen differenziert wurde.

Im ersten Teil untersucht der Autor die jetzigen Auffassungen und Kriterien von Unterschied zwischen diesen Kategorien von Kontrakten in den verschiedenen behandelten Rechtssystemen (Belgien, Frankreich, Italien, die Niederlande, Deutschland und die Schweiz). Der Unterschied zwischen dem Werkkontrakt und dem Arbeitskontrakt ist nie sehr deutlich gewesen, und in allen Rechtssystemen haben die Autoren eine Anzahl von Kriterien dargestellt.

Im französischen, belgischen und niederländischen Recht ist die subalterne Stellung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gegenüber essentiell für den Arbeitskontrakt, obwohl dieser Begriff auch Schwierigkeiten bietet und es im allgemeinen angenommen wird das dies nicht als einziges Kennzeichen genüge. Doch muß man in Belgien diesem Kriterium den Wert eines *summa divisio* geben, da der Begriff Arbeitskontrakt im Arbeitsrecht denselben Inhalt wie im Vertragsrecht hat.

Im französischen Recht ist dies nur weniger der Fall und im niederländischen, deutschen und schweizerischen Recht decken sich die zivilrechtlichen Begriffe und die des öffentlichen Rechtes des Arbeitskontraktes nicht.

Die Auffassung des römischen Rechtes als ob die höheren Formen von Arbeit (*artes liberales*) kein Gegenstand eines Arbeitskontraktes sein könnten, und nur als Ausführung eines nicht bezahlten Auftrags betrachtet werden sollten, wurde schon bei der schweizerischen und deutschen Kodifikation verlassen. In Frankreich kam man unter dem Einfluß der Rechtslehre zur selben Auffassung.

Als in der *Code Civil* die nicht-Renumeration des Auftrags aufgeben wurde, entstand die Notwendigkeit den Unterschied zwischen einem Werk-

kontrakt und einem Auftrag in einer anderen und weniger einfachen Art zu machen.

Im deutschen Recht blieb die nicht-Renumeration das wesentliche Kennzeichen des Auftrags, aber die Regeln des Auftrags gelten da auch für die besoldete Geschäftsbesorgung. Dieser letzte Begriff ist sehr umstritten, so daß der Unterschied mit dem Werkvertrag sehr undeutlich bleibt.

In der Schweiz wurde die nicht-Renumeration des Auftrags zu einer Vermutung geführt. Alle Arbeitsleistungen, die nicht zu einem genau beschriebenen Kontrakt zurückgeführt werden können, werden da automatisch als ein Auftrag behandelt.

Im zweiten Teil werden als Illustration einige typische kontraktmäßige Verhältnisse untersucht in Bezug auf ihre Qualifikation in den verschiedenen Rechtssystemen. Die Aktivitäten für die Ausübung der freien Berufe sind dem belgischen und dem französischen Rechte nach als Werkverträge zu betrachten. In anderen Rechtssystemen findet man entweder eine weiter durchgeführte Differenzierung wie z.B. — den Kontrakt zur Leistung einiger Dienste (die Niederlande), *opera* (Italien), oder werden diese Aktivitäten als Auftrag betrachtet (die Schweiz). Der Kommissionskontrakt wird, mit Ausnahme von Deutschland, wo es als ein Werkvertrag gilt, von den Regeln des Auftrags beherrscht. Die Handelsagentur wird in Belgien und in der Schweiz als ein Kontrakt *sui generis* betrachtet, in Frankreich sind die diesbezüglichen Gesetze überwiegend von arbeitsrechtlicher Art.

Zum Beschluß gibt der Autor einige Richtlinien *de jure constituendo*. Die Annahme der Unterordnung als Kennzeichen des Arbeitskontraktes hält er für erwünscht um zivilrechtliche Begriffe und Begriffe des öffentlichen Rechtes zusammenzubringen.

Der deutsche Begriff der Geschäftsbesorgung wird als eine bessere Umschreibung des Auftrags vorgestellt.

Empfohlen hält er schließlich die Kategorie des Kontrakts zur Leistung einiger Dienste ebenso wie eine besondere Regelung für die Handelsagentur.

SUMMARY

THE LOCATIO OPERIS FACIENDI : A CONTRIBUTION TO THE SYSTEMATISATION OF TYPES OF CONTRACT

The classification of labour contracts in the Civil Code and in the other nineteenth century codes derived from it, was borrowed from Roman Law and no longer suits present legal conceptions. The contract of hire has no longer anything to do with the labour contract; moreover in the different legal systems the work contract has developed with time into a number of types of contract.

The author first examines the present conceptions and criteria of differentiation of these categories of contracts in the legal systems considered (Belgium, France, Italy, the Netherlands, Germany and Switzerland). The distinction between the contract for work and the labour agreement has never been very clear, and for all the legal systems a number of criteria has been proposed by the authors.

In French, Belgian and Dutch law, the subordination of the employee to the employer is the essential characteristic of the labour contract; yet this notion presents difficulties and it is generally accepted that it does not suffice as the one and only criterion. In Belgium, however, the value of a *summa divisio* must be given to this criterion as the notion *labour contract* has the same meaning in labour law as in contractual law. In France, this is only true to a lesser extent, whereas in Dutch, German and Swiss law the notions of the labour contract in Civil law are different from those in public law.

The Roman conception that the higher forms of labour (*artes liberales*) cannot be the subject of a labour contract and that they can only be considered as the fulfilment of a mandate carrying no pay has been abandoned in the Swiss and German Codes. Through the influence of doctrine the same thing has happened in France.

When the mandate was no longer looked upon as unsalaried in the Civil Code, it became necessary to distinguish it from the work contract in a different and less simple way.

In German law it remained essential for the mandate to carry no pay, but the rules of the mandate also apply to the salaried *Geschäftsbesorgung*. This contract is controversial so that the difference with the work contract remains very vague.

In Switzerland the unsalaried character of the mandate has been reduced to a presumption. Every form of work which cannot be classified with a well-defined contract is automatically considered as a mandate.

In a second part some typical contractual relations are examined with the view to their definition in the different legal systems.

The activities of the liberal professions are looked upon as performed in the frame of a contract for work in France and Belgium. In other legal systems a greater differentiation is found: for example the contract for the performance of some services (the Netherlands), *opera* (Italy) or such activities are set down as mandate (Switzerland). The commission contract is regulated by the rules of the mandate except in Germany where it is considered as a work contract. The agency is a contract *sui generis* in Belgium and Switzerland. In France it is regulated by the labour law.

In conclusion the author gives some directions *de jure constituendo*. The acceptance of subordination as a characteristic of the labour contract is thought desirable by him in order to bring together the concepts of the labour contract of Civil Law and those of Public Law.

The German notion of *Geschäftsbesorgung* is proposed as a better conception than the mandate. Finally he also recommends the contract for the performance of some services and a special regulation for commercial agencies.