

MARGINALE TOETSING IN HET PRIVAATRECHT (*)

door

Jan RONSE

Gewoon Hoogleraar aan de K.U. Leuven.

Op gevaar af van een ongeduldig „passons au déluge” uit te lokken wil ik dit opstel aanvangen met een detail uit het bijbels verhaal van de schepping. We lezen er dat de mens het vermogen kreeg om aan alles een naam te geven, en dat God er belangstelling voor had hoe de mens de dingen zou noemen (1).

Terwijl hij de dingen een naam geeft verschaft de mens zich een toegang tot wat ze zijn, een middel om ze te be-grijpen en te herkennen (2). Zulk „benoemingsproces” blijft een belangrijke bezigheid voor de jurist die geconfronteerd wordt met veranderende rechtsverschijnselen. Is het niet zo dat de jurist tegenover de zo geheten onbenoemde contracten (artikel 1107 B.W.) die hem uit het levend recht te voorschijn treden, onwennig staat, omdat hij bij gebreke van een naam het begrip mist dat, in een enkel denkmoment, het inzicht in de vereisten en de rechtsgevolgen van de rechtshandeling oproept. Reeds lang geleden heeft R. von Ihering opgemerkt dat een van de moeilijkheden bij het begrijpen en hanteren van het nieuwe recht gelegen is in het feit dat de taal ten achter blijft bij het veranderende recht. Het blijft een aanvoelend zoeken en tasten totdat het nieuwe recht op bewuste wijze verwoord wordt (3).

Een zodanige vinding van het juiste woord is naar mijn gevoelen gedaan met de „marginale toetsing” waaraan deze beschouwingen gewijd zijn.

De uitdrukking ontstond niet zo lang geleden in de Nederlandse rechtsliteratuur, waarin zij in tal van geschriften gangbaar is geworden. Met deze uitdrukking is bedoeld dat in bepaalde gevallen een rechts-

(*) Het onderwerp is door de auteur behandeld in een mededeling tot de Klasse der letteren en der morele en staatkundige wetenschappen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België tijdens haar vergadering van 6 december 1975.

De oorspronkelijke tekst is opgenomen in het *Liber Amicorum Monseigneur Onclin*, uitg. J. Duculot, Gembloux (1976).

(1) Genesis 2: 19.

(2) LAVELLE, L., *La parole et l'écriture* (1942), blz. 15 e.v.

(3) VON IHERING: *L'esprit du droit romain*, vert. O. de Meulenaere, I, blz. 31 e.v.

handeling of een feitelijk gedraging die aan het oordeel van de rechter wordt onderworpen door deze niet volledig volgens eigen inzicht maar slechts op beperkte wijze kan beoordeeld worden naar haar overeenstemming met of inbreuk op het recht.

De bedoelde beperkte beoordelingsbevoegdheid van de rechter bevindt zich in het midden tussen het geheel ontbreken daarvan, en de volledige toetsing waarbij de rechter zonder meer de aan hem onderworpen gedraging of rechtshandeling beoordeelt volgens zijn eigen maatstaven omtrent wat behoorlijk of onbehoorlijk is (1).

Deze vondst is, zoals ik eerder reeds heb opgemerkt, (2) ook van betekenis voor het Belgische recht omdat zij een beter inzicht verschaft in de tot nog toe intuïtieve benaderingen van tal van rechtsvragen en hun oplossing in de rechtspraak en de rechtsleer.

Aangezien de figuur van de beperkte, marginale rechterlijke toetsing waarschijnlijk uit het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid is gegroeid, wil ik bij wijze van inleiding tot mijn onderwerp op dat gebied een kleine terreinverkenning doen.

Zoals bekend heeft het Hof van Cassatie met zijn arrest van 7 maart 1963 de grenzen verlegd voor de beoordeling en de veroordeling van de overheidsdaad (3).

In dit arrest werd beslist dat de tekortkoming van de overheid aan de zorgvuldigheidsplicht bij de beslissing een onveilige weg voor het verkeer open te stellen als een onrechtmatige daad kan worden gesanctioneerd.

De oplossing is opmerkenswaard vermits zij samenging met de herhaalde bevestiging dat het aan de rechter niet toekomt de opportuniteit van de soevereine beslissing van de overheid te beoordelen, maar enkel haar legaliteit.

Kort daarop werd een verdere stap gezet op de ingeslagen weg bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de overheidshandeling in

(1) Zie o.m.: BORST, P., *Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht*, W.P.N.R., 1962, nr. 4735-4737; — BORST, P., *Problemen en perspectieven van de marginale toetsing*, W.P.N.R., 1969, nr. 5024-5027; — VAN DER GRINTEN, W.C.L., noot onder H.R., 4 januari 1963, *Ars aequi*, 1963, blz. 222 e.v.; — VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Marginale toetsing in: Op grenzen van komend recht* (Feestbundel Beekhuis) blz. 109 e.v.; — WIARDA, G.W., *De rechter tegenover vage rechtsnormen*, R.W., 1973-1974, 177 e.v.

(2) RONSE, J., *Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Jaarboek X (1965-1966) blz. 397 en voetnoten 1 en 2.

(3) Cass., 7 maart 1963, R.W., 1963-1964, 1115; R. Crit. J.B., 1963, 93 met noot J. Dabin; — zie ook Cass., 10 september 1964, *Pas.*, 1965, I, 22; — Cass., 14 april 1969, R.W., 1970-1971, 121 met concl. Ganshof van der Meersch.

de uitoefening van haar verordenende functie, in het beroemde koepoken-inentingarrest (1).

Deze uitspraken gaven aanleiding tot heel wat pogingen om kool en geit te sparen. Aan de ene kant wordt voor de toepassing van het toepasselijk geachte artikel 1382 B.W. zeker niets meer dan een lichte fout vereist. Maar aan de andere kant kan de rechter niet zeggen wat de overheid naar redelijkheid had behoren te beslissen want zodoende zou hij over de opportuniteit van de beslissing uitspraak doen (2).

Tot welk hoofdbreken het doordenken van die rechtspraak aanleiding gaf wordt in een citaat van De Page geïllustreerd: „La morale à tirer de toute cette affaire semble être que dans l'espèce soumise à la cour, la faute de l'Administration était tellement grossière qu'on a choisi n'importe quel moyen pour la censurer. Mais ceci donne aussi raison à notre collègue J. Dabin, quand, à la fin de sa note précitée, il émet le souhait que les tribunaux soient particulièrement circonspects dans l'application du principe nouveau” (3).

Het wordt duidelijk wanneer vastgesteld wordt dat het hoogste rechtscollege de leer van de marginale toetsing van de overheidsbeslissing heeft toegepast. Eerst wanneer vaststaat dat de te beoordelen beslissing, genomen binnen de discretionaire bevoegdheid van de overheid, van die aard is dat geen enkel redelijk denkende overheidspersoon tot zodanige beslissing zou gekomen zijn, kan de rechter haar toetsen aan de eisen van zorgvuldigheid of redelijkheid. Valt de beslissing integendeel binnen de marge waarbinnen naar redelijkheid verschillende beslissingen kunnen genomen worden, dan moet de rechter zich er van onthouden zijn eigen oordeel over wat redelijk of zorgvuldig is in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur.

Hiermee mag het publiekrecht verlaten worden om deze bijdrage te beperken tot de marginale toetsing in het privaatrecht.

Ik moge ervan uitgaan dat het begrip marginale toetsing reeds tot het begrippenarsenaal van de Belgische juristen behoort, zeker nadat zij de bijzonder interessante lezing die M. Wiarda te Brussel gehouden heeft gehoord of gelezen hebben (4).

(1) Cass., 26 april 1963, *R. Crit. J.B.*, 1963, 116 met noot J. Dabin. Zie hierover: DENYS, M., *De overheidsaansprakelijkheid bij verplichte vaccinatie*.

(2) Zie de noten van J. Dabin in *R. Crit. J.B.*, t.a.p.

(3) De Page, II, (derde druk), nr. 1067, blz. 1127, voetnoot 3. Vgl.: ook de bedenkingen van MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht* (zesde druk), nr. 509 e.v., blz. 402 e.v.

(4) De rechter tegenover vage rechtsnormen, *R.W.*, 1973-1974, 177 e.v.; — vgl.: Corr. Kortrijk, 26 juni 1974, *R.W.*, 1974-1975, 547; — SUTENS, L.P., *Algemene rechtsbeginselen*

Dat de Belgische rechter in tal van gevallen die hem ter beoordeling onderworpen worden zijn toetsing tot een marginale toetsing beperkt; is ook reeds aangetoond m.n. in verband met de toetsing van de formeel regelmatig tot stand gekomen besluiten van organen van vennootschappen of verenigingen aan de eisen van de goede trouw of van de andere algemene beginselen of regels waarin die eisen geconcretiseerd worden.

Daarbij is bij herhaling beklemtoond dat de rechter niet zonder meer als ware hij een beroepsinstantie mag zeggen wat naar zijn eigen inzicht de inhoud van het besluit van de algemene vergadering of van het bestuur had behoren te zijn. Slechts dan bestaat aanleiding tot rechterlijke nietigverklaring (1) van een formeel regelmatig genomen besluit, wanneer is komen vast te staan dat het betwiste besluit zo *kennelijk* tegen het vennootschapsbelang indruist, of zo *klaarblijkelijk* de belangen van een aandeelhouder of van een minderheid van aandeelhouders krenkt, dat geen redelijke vergadering of bestuur tot zodanig besluit had kunnen komen (2).

De gevallen die in de aangehaalde litteratuur of rechtspraak behandeld zijn betroffen inzonderheid: het kennelijk onredelijk besluit van vervroegde ontbinding van een vennootschap; de kennelijke onderschatting van de balanswaarde van aandelen op grond waarvan hun afkoopprijs diende vastgesteld te worden; de kennelijke onredelijke uitsluiting van een lid uit een coöperatieve vennootschap.

In dergelijke gevallen is het een opdracht voor de rechter om aan grenscontrole te doen. Wanneer het betwiste besluit naar zijn inhoud zodanig is dat het buiten de marge valt waarbinnen redelijke personen tot uiteenlopende beslissingen kunnen komen, en integendeel zo is dat bij het nemen van het overigens geldig tot stand gekomen besluit

en algemene beginselen van behoorlijk bestuur., *T. Best.* 1970, blz. 379 e.v.; Depuydt, P., *Marginale toetsing of de rechter als grensrechter*, *Jura Falconis*, 1974-1975, blz. 435.

(1) In voorkomend geval, wanneer de klok niet zonder te grote bezwaren kan teruggedraaid worden, wordt de nietigheidssanctie die in gegeven omstandigheden al te onredelijk zou zijn, vervangen door een mindere sanctie, de schadeloosstelling.

(2) Vgl. FREDERICQ, V., *Traité de droit commercial*, nr. 491, blz. 699; — VAN RYN, *Examen de jurisprudence*, *R. Crit. J.B.*, 1954, blz. 220; — Rb. Brussel, 8 juli 1942, *R.P.S.*, 1947, nr. 3976, blz. 346; — Kh. Namen, 2 februari 1950, *R.P.S.*, 1951, nr. 4194, blz. 15, met noot P. Coppens; — Kh. Luik, 18 december 1951, *R.P.S.*, 1954, nr. 4343, blz. 27; — Luik, 8 juli 1952, *R.P.S.*, 1954, nr. 4344, blz. 32, met noot P. Coppens; — Rb. Antwerpen, 2 sept. 1966, *R.W.*, 1966-1967, 264 en 422; — Rb. Charleroi, 4 nov. 1969, *R.P.S.*, 1970, nr. 5537, 1945; — SUEJENS-BOURGEOIS, G., *Meerderheid-Minderheid in de N.V.*, nr. 505, blz. 346; — SCHOENTJENS-MERCHIERS, Y., *La nullité des décisions d'organes de sociétés et, en particulier, la nullité pour violation d'un principe général de droit*, *R. Crit. J.B.*, 1973, blz. 281, randn. 17.

Zie verder mijn overzicht van rechtspraak, *T.P.R.*, 1967, blz. 732 e.v. randnummers 202 e.v.; — mijn artikel in *T. Not.*, 1970, blz. 262 e.v.

de grenzen van de redelijkheid klaarblijkelijk zijn overschreden, bestaat aanleiding tot rechterlijk ingrijpen.

De vraag moet dan dadelijk gesteld worden welke de grond is van zulke beperkte toetsing.

Het beperkte karakter van de rechterlijke toetsing van het besluit, naar zijn inhoud, aan de eisen van de goede trouw, is niet gesteund op het vage karakter van de toe te passen rechtsnorm. Er zijn immers tal van gevallen waarin de toetsing van een gedraging aan een vage norm helemaal niet marginaal geschiedt (1). Volledige toetsing is zelfs de algemene regel. Men denke slechts aan de toetsing van een besluit aan de openbare orde of goede zeden.

Volgens Van der Grinten zou de toetsing van de inhoud van het besluit aan de eisen van de goede trouw slechts marginaal zijn omdat het genomen wordt in de uitoefening van een gezag. Zulk gezagslement zou ook aanwezig zijn bij besluiten van de privaatrechtelijke rechtspersoon (2).

De noodzakelijke beperking van de beoordelingsmacht van de rechter over de inhoud van het besluit van het orgaan van de rechtspersoon vindt zijn grondslag in het discretionair karakter van de beleidsbeslissing die het besluit uitmaakt. Aan het orgaan dat beslist of handelt binnen de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid moet een ruime vrijheid gelaten worden om, na afweging van de relevante belangen, de meest geschikte oplossing te kiezen. Het komt de rechter niet toe naar eigen inzicht te oordelen over de opportuniteit of de doelmatigheid van de genomen beslissing. Zolang deze valt binnen de marge waarbinnen redelijke personen van opvatting kunnen verschillen, moet de rechter de beleidsvrijheid eerbiedigen (3).

Naar mijn gevoelen kan de noodzakelijk beperkte, marginale toetsing van het formeel regelmatig tot standgekomen besluit aan de eisen van de goede trouw best verantwoord worden op grond van de vaststelling dat het besluit van een orgaan van de rechtspersoon een rechtshandeling is die aan de rechtspersoon toegerekend wordt, welke rechtshandeling dient begrepen te worden als een discretionaire *partijbeslissing*.

Dit laatste woord kan in België voor sommigen misschien een nieuwe klank hebben. De figuur zelf die er door genoemd wordt is veel ouder dan het burgerlijk wetboek en heeft dit overleefd.

(1) WIARDA, *a.w.*, R.W., 1973-1974, 184.

(2) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Noot in Ars Aequi*, 1963 blz. 225.

(3) Dorhout Mees, *Nederlands handels-en faillissementsrecht*, zevende druk, I, nr. 4.218 blz. 162.

Door partijbeslissing wordt begrepen de beslissing van een partij, aan welke daartoe door een meerzijdige rechtshandeling (overeenkomst of statuten) de bevoegdheid is verleend, om de inhoud van de rechten en plichten van de andere partij te bepalen of te wijzigen.

Deze bevoegdheid kan krachtens de wet of de rechtshandeling een gebonden bevoegdheid zijn, wanneer bepaalde vereisten gesteld zijn m.b.t. de inhoud of de voorwaarden van de te nemen beslissing.

Deze bevoegdheid kan echter discretionair van aard zijn zodat de partij vrij beslist, mits zij daarbij redelijk handelt.

In het burgerlijk wetboek is een bepaling terug te vinden waarin de figuur van de discretionaire partijbeslissing wordt gehanteerd, nl. artikel 1854 B.W. Deze bepaling verklaart geldig de clause in een vennootschapscontract krachtens welke het aandeel van de vennoten in de winst kan geregeld worden door een van de vennoten. Tegen die regeling kan slechts opgekomen worden indien zij blijkbaar strijdig is met de billijkheid.

In § 315 van het Duitse B.G.B. is de partijbeslissing in het algemeen geregeld. Wanneer de inhoud van de verbintenis van een partij in een overeenkomst door de andere partij kan vastgesteld worden, wordt geacht dat die beslissing *nach billigem Ermessen* te nemen is. De beslissing is niet geldig wanneer zij strijdig is met de billijkheid. Zowel in de bijzondere regel die in artikel 1854 B.W. voor de vennootschap is bewaard, als in de algemeen geformuleerde regel in § 315 van het Duitse B.G.B. ligt de neerslag van een uit het Romeinse recht gerecipieerde algemeen geldende rechtsfiguur. Wanneer een van de partijen (of een derde) krachtens een overeenkomst *bonae fidei* bevoegd was de prestatie of de wijze waarop deze moest verricht worden, nader te bepalen, mocht de daartoe getroffen beslissing niet tegen de billijkheid indruisen. Ik moge dienaangaande verwijzen naar de steeds lezenswaardige bijdrage van Meijers over „Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen” waarin de teksten aangehaald, vertaald en besproken zijn (1).

Reeds in het Romeinse recht kon tegen het oordeel van de partij die tot de partijbeslissing bevoegd was (*arbitrium*) slechts dan opgekomen worden, volgens het zeggen van Paulus, „*si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius apparuit*” (2).

Eenzelfde, alleen marginale beoordeling van de partijbeslissing wordt

(1) MEIJERS, E.M., *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, III, blz. 16 e.v., inz. blz. 21 e.v.; — Zie verder over de partijbeslissing in het algemeen: CLAVAREAU, *Eenige hulpovereenkomsten*; — HOFMANN-VAN OPSTALL, *Verbintenissenrecht*, blz. 436 e.v.

(2) D. 17.2.79 (Pro socio).

door artikel 1854 B.W. toegestaan. Tegen de door de partij vastgestelde regeling kan slechts opgekomen worden „indien zij blijkbaar strijdig is met de billijkheid”: Hierin wordt de vertaling van de Romeinsrechtelijke *manifesta iniquitas* vastgesteld (1).

Artikel 1854 B.W. is een van die in de vergeethoek geraakte bepalingen die zoals Van Gerven opmerkte i.v.m. artikel 1861 B.W. plots tot nieuw leven kunnen gewekt worden (2).

Het werd ook door P. Scholten opgemerkt: „Vaak ziet men, dat voorschriften, die jarenlang vergeten in wetboeken verscholen lagen ineens naar voren gehaald voor verhoudingen, waaraan men tijdens de opstelling niet had gedacht, en zo nieuwe waarde verkrijgen” (3). De jurist, inzonderheid de scheppende praktijkjurist is er zich overigens niet altijd van bewust dat hij niets anders doet dan een oude vergeten rechtsfiguur opnieuw tot leven te brengen. Hij is overtuigd van het gloednieuwe van zijn vondst nagenoeg zoals twee jonge mensen overtuigd zijn dat zij de liefde hebben ontdekt.

De studie van het zogenoemde levend recht moet met de nodige nederigheid gedaan worden om te kunnen of te willen erkennen dat in veel ogenschijnlijk nieuwe rechtsfiguren oude maar vergeten rechtsfiguren herleven (4).

Er zijn niet zoveel uitdrukkelijke toepassingen van onze bepaling te vinden in de gepubliceerde rechtspraak (5).

Nu is het zeker dat, met de vlucht in de beperkte aansprakelijkheid na de introductie van de P.V.B.A. in onze wetgeving, tot een regeling als diegene die door artikel 1854 B.W. is toegestaan, weinig aanleiding schijnt te bestaan.

Nadat de tijdelijke vennootschap en de vennootschap bij wijze van deelneming van artikel 3 Venn. W. opnieuw aandacht kregen als eigentijdse vormen van samenwerking, kan dit anders worden.

(1) MEIJERS, E.M., *a.w.*, blz. 27; — zie ook: Pothier, *Traité du contrat de société*, nr. 74.

(2) VAN GERVEN, W., Van *Croupiers* in de zin van artikel 1861 B.W. en 'trustees. in „Recht in beweging” (feestbundel R. Victor), II, blz. 1159 e.v.

(3) Scholten, P., *Kenmerken van recht*. Verz. Geschriften, I, blz. 11.

(4) Dit is naar mijn blijvende overtuiging bv. het geval met het onherroepelijk documentair krediet waarin de oude (niet novatoire) delegatie op onbewuste wijze tot nieuw leven is gewekt (vgl. A.P.R., *Tw. Delegatieovereenkomst*, nr. 19 e.v.).

Zo ook vindt men het *constitutium debiti proprii* terug in de cumulatie van de strenge wisselrechtelijke verbintenis van de acceptant met de onderliggende verbintenis (vgl. A.P.R., *Tw. Wisselbrief*, nr. 2221); — zie hierover meer in mijn bijdrage over de abstracte verbintenis, R.W., 1961-1962, 2159 en voetnoot 63.

In een zekere zin wordt de controverse over het verweer van de acceptant begrepen op tegen de achtergrond van het *iuramentum promissorium* in het oude Canonieke recht (*a.w.*, R.W., 1961-1962, 2156 e.v., voetnoten 47 en 48).

(5) Vgl. Kh. Brussel, 21 november 1922, R.P.S., 1924, nr. 2533, blz. 25; — Brussel, 2 juli 1926, R.P.S., 1927, nr. 2844, blz. 367.

Niet zolang geleden had ik de gelegenheid om in de praktijk te adviseren over het gebruik van de figuur van de partijbeslissing zoals bedoeld in artikel 1854 B.W. als de centrale clausule in een vennootschap bij wijze van deelneming waarbij de zaakvoerder de bevoegdheid kreeg om het aandeel in de winst dat aan de eerder talrijke stille vennoten toekomt, jaarlijks vast te stellen.

Maar artikel 1854 B.W. is niets anders dan een bijzonder bij de wet geregeld geval van partijbeslissing in het hedendaagse recht. Alleen de in het tweede lid bepaalde vervaltermijn is een *lex specialis*.

Voor het overige maakt het artikel toepassing van een meer algemene regel die Domat in aansluiting met het gerecipieerde Romeins recht als volgt formuleerde: „Dans les conventions ou il faut faire quelque estimation, comme du prix d'une vente, de la valeur d'un loyer, de la qualité d'un ouvrage, des portions de gain ou de perte que doivent avoir les associés, et autres semblables, si les contractants s'en rapportent à ce qui sera arbitré par une tierce personne, soit qu'on la nomme ou non; *ou même à l'arbitrage de la partie*, il en est de même que si on s'était remis à ce qui serait réglé par des personnes de probité, et qui s'y connussent. Et ce qui sera arbitré contre cette règle n'aura pas de lieu; parce que l'intention de ceux qui se rapportent à ces sortes de choses à d'autres personnes, renferme la condition, que ce qui sera réglé *sera raisonnable*; et leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être *au-delà des bornes de la raison et de l'équité*” (1).

Wat de koop betreft, sluit artikel 1592 B.W. de vaststelling van de prijs door partijbeslissing uit. Dat tegen deze wettelijke regel dagelijks gezondigd wordt is algemeen bekend. Men denke slechts aan de zogenaamde stilzwijgende overeenkomst over de prijs van merkartikelen of over de prijs die op de dag van de koop als algemeen geldend mag beschouwd worden, dan wel door de verkoper in zijn algemene bedingen wordt toegepast (2).

Het is dan ook niet te verwonderen dat artikel 3 van het ontwerp van een Benelux-wet inzake koop en ruil de bepaling van een *redelijke* koopprijs door partijbeslissing van de verkoper toestaat (3).

(1) DOMAT, *Les lois civiles*, Livre I, Titre I, Section III, § XI.

(2) Treffend in een reeds oude rechtspraak is de beschouwing „qu'en ne fixant elle-même aucun prix, ni aucune limite dans lesquelles le demandeur pouvait fixer un prix, la défenderesse s'est, en réalité, liée à la loyauté du demandeur” (Rb. Ieper, 27 oktober 1909, *J. Comm. Fl.*, 1910, nr. 3562, blz. 44).

Vgl. ook ook de oplossing op grond van een stilzwijgende onderwerping aan de door de verkoper toegepaste prijs: Kh. Brugge, 6 mei 1915, *J. Comm. Fl.*, 1915, nr. 9776, blz. 127.

(3) Gedrukte Stukken Interparlem. Beneluxraad, nr. 113 van 19 oktober 1970.

Vgl. met de vaststelling van de koopprijs door de verkoper in artikel 57 van de L.U.V.I. goedgekeurd bij Wet 15 juli 1970 (*Staatsblad*, 14 januari 1971).

Intussen kan de prijs wel bepaald worden door de partij die, benevens de gepresteerde diensten, ook de gebruikte stoffen of materialen levert, en die als aannemer wordt beschouwd. Is geen prijs bepaald, of slechts ten naaste bij dan kan hij door de aannemer worden vastgesteld.

Aangenomen wordt dat de aannemer bij het vaststellen van de hem verschuldigde prijs te goeder trouw of redelijk moet handelen (1). Uit de recente Belgische rechtspraak blijkt dat zulke prijsbepaling op correcte wijze als een partijbeslissing behandeld wordt; de rechterlijke toetsing ervan aan de eisen van de goede trouw is slechts marginaal. Zo werd gevonnist dat wanneer de partijen de prijs van uit te voeren schilderwerken niet van te voren in hun overeenkomst hebben bepaald, de aannemer de prijs ervan vaststelt „à la condition d'opérer la détermination du prix dans le respect de la bonne foi et de l'équité”.

Om het verzoek van de verwerende partij om de juiste prijs te laten vaststellen door een deskundigen onderzoek af te wijzen, werd oordeelkundig overwogen „que pareille mesure ne devrait être ordonnée ... que si le demandeur avait allégué, avec quelque vraisemblance, l'anomalie du prix ...” (2).

In een ander geval betreffende de uitvoering van herstellingswerken aan een elektrische leiding werd eveneens de bevoegdheid van de aannemer aangenomen om, bij gebreke van overeenkomst dienaangaande, de prijs van de uitgevoerde werken te goeder trouw vast te stellen en werd overwogen dat alleen dat niet te goeder trouw zou gehandeld zijn indien de door de aannemer bepaalde prijs *klaarblijkelijk* overdreven was (3).

Zoals bekend stelt de advocaat het bedrag van het hem verschuldigde ereloon vast. Op grond van een oude traditie wordt een van te voren aangegane overeenkomst onbehoorlijk geacht. De begroting van zijn ereloon die volgens artikel 43 van het Keizerlijk decreet van 1810 en artikel 459 Ger. W. „met bescheidenheid” dient te geschieden, geschiedt door partijbeslissing van de advocaat. Dat de toetsing daarvan aan de redelijkheid slechts marginaal geschiedt is, is al te goed bekend om er verder op in te gaan. Alleen zij opgemerkt dat de Franse tekst van artikel 459, tweede lid Ger. W. met de woorden van het decreet van 1810 veel beter dan de Nederlandse het marginale karakter

(1) *Rép. P. Dr. B.*, Complément II, Tw. Devis et marchés, nr. 22 en 46; — SIMONT-DE GAVRE, *Les contrats spéciaux*, *R. Crit. J.B.*, 1970, blz. 129; vgl. ook MEIJERS, *a.w.*, blz. 16.

(2) Kh. Brussel, 28 oktober 1966, *J. Comm. Brux.*, 1967, 36.

(3) Kh. Brussel, 11 juni 1968, *B.R.H.*, 1969, 411.

van de beoordeling tot uiting brengt: „dans les cas ou la fixation excède les bornes d'une juste modération”.

Een bijzonder vruchtbare toepassings sfeer voor de leer van de partijbeslissing en van haar marginale toetsing is de materie van de rechterlijke inhoudscontrole van de algemene bedingen.

Het is bekend hoe moeizaam in de Belgische doctrine de mogelijkheid van een noodzakelijk geachte toetsing van de inhoud van (bij onderstelling verbindende) algemene bedingen aan de eisen van redelijkheid verantwoord wordt. Aan de ene kant springt de noodzakelijkheid van die rechterlijke controle in het oog. Maar aan de andere kant wordt tevens aangevoeld dat die controle beperkt moet zijn tot de gevallen waarin de ondernemer die zijn algemene bedingen aan de wederpartij opdringt het al te bont maakt.

Met mijn excuses voor het te lange citaat, meen ik toch dat die moeilijkheden niet beter kunnen gelezen worden dan in de hiernavolgende tekst van De Page, waarin de overvloedige cursivering van laatstgenoemde auteur zelf is. „Il résulte de ces deux principes directeurs que, si le législateur n'est pas lui-même intervenu, le juge ne peut intervenir dans les contrats d'adhésion, comme pouvoir *modérateur*, *régulateur* (c'est sa fonction traditionnelle), *qu'avec beaucoup de circonspection*. Sur quel terrain? Uniquement, semble-t-il, sur celui de l'*exécution de bonne foi*, imposée dans toutes les conventions par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (...) C'est surtout dans les contrats d'adhésion que cette disposition légale sera appliquée avec fruit, en vue de prévenir ou de déjouer les *abus possibles* d'une situation qu'en droit, il est difficile de critiquer de front, sauf réglementation positive précise. Les contrats d'adhésion présentent, socialement, une utilité incontestable. Ce ne sont que les *déformations* ou les *abus* qui peuvent en résulter qui doivent être réprimés. Pouvoir de *contrôle* de la part du juge par conséquent, et rien de plus; mais pouvoir qui trouve une *forme technique appropriée*, à la fois suffisamment *souple* pour faire face à toutes les exigences et suffisamment *limitée* pour éviter tous les dangers, dans le principe de l'exécution de bonne foi.

En vertu de ce principe, le juge pourra ne pas tenir compte des clauses accessoires qui aboutissent, directement ou indirectement, à *détruire l'objet même du contrat*, ou la *plus grande partie de son utilité* pour la partie acceptante. Il pourra tempérer l'application des *clauses trop rigoureuses* ou *trop draconiennes*. Il pourra même, selon les cas, dire que telle ou telle clause n'a pas été, en fait, *suffisamment connue* de l'une des parties, ou voilée, dominée dans sa pensée, par le jeu d'une autre, plus importante, qui devait normalement primer. Enfin, les règles de l'interprétation des conventions lui permettront, en cas de

doute, d'invoquer l'article 1162 du Code civil, et interpréter le contrat *contre celui qui a stipulé* et en faveur de la partie acceptante, qui s'est obligée.

Est-ce dire qu'en se livrant à cette œuvre incontestablement *délicate*, et qui exigera beaucoup de *prudence* et de *doigté*, le juge demeurera toujours *strictement* dans sa mission de juge, comme s'il s'agissait d'un contrat conclu entre personnes privées? Nous ne le croyons pas, car, *en cas d'abus*, la puissance économique de l'une des parties constituera toujours un *fait* qui dominera sa pensée, puisque c'est contre elle qu'en fin de compte il faut lutter (...) Certes, une *grande circonspection* s'imposera; mais, même en s'y conformant, le juge sera toujours amené à faire, dans les contrats d'adhésion, un peu de *politique sociale*.

Nous savons qu'en faisant cette constatation, nous heurtons de front une opinion traditionnelle particulièrement forte en Belgique. Mais nous croyons néanmoins devoir le faire. D'abord parce qu'on ne peut rien contre la vérité; ensuite parce que le rôle modérateur du pouvoir judiciaire s'est, précisément, toujours manifesté avec le plus d'éclat dans ces périodes de transformation économique et sociale, où l'évolution n'est point encore suffisamment mûre pour que le législateur intervienne avec toute la sûreté désirable" (1).

Al die knopen worden ontward wanneer ingezien wordt dat de door de sterkere partij opgelegde algemene bedingen van dezelfde aard zijn als partijbeslissingen. Als zodanig zijn zij — mits de wederpartij er kennis van heeft of kennis moest van dragen bij het sluiten van de overeenkomst — verbindend. Maar ingeval bepaalde clausules daarvan *kennelijk* indruisen tegen de eisen van goede trouw of redelijkheid kan de rechter ze onverbindend verklaren (2).

Ook de weigering van een prestatie krachtens een daartoe bij overeenkomst verleende bevoegdheid, is een partijbeslissing.

Een gekend voorbeeld is de zeer gebruikelijke clausule in de overeenkomst van kredietopening krachtens welke de bankier mag weigeren zogenaamde twijfelachtige wissels ter disconto in ontvangst te nemen. Tegen deze clausule is ten onrechte het bezwaar gemaakt dat zij als potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt, de nietigheid van de overeenkomst tengevolge moet hebben overkomstig artikel 1174 B.W.

(1) De Page, II, derde druk (1964), nr. 534, blz. 540.

(2) SCHÖNLE, H., *Bank- und Börsenrecht*, § 2, I, blz. 12 e.v.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, tiende druk (1970), § 6, III, blz. 70 e.v.

Meijers heeft dit bezwaar dat tegen de geldigheid van de partijbeslissing in het algemeen gemaakt werd, duidelijk weerlegd (1).

In de Belgische doctrine werd dit bezwaar dat tegen de aan de bankier voorbehouden bevoegdheid gemaakt is, even duidelijk verworpen. Het gaat hier immers niet om de zuiver potestatieve voorwaarde, om naar willekeur te handelen, *si voluero*, maar om naar redelijkheid te beslissen over de kwaliteit van het ter disconto aangeboden papier (2).

Aangenomen wordt dat de rechter bij de beoordeling van de weigering, zijn inzicht niet als een beroepsinstantie in de plaats mag stellen van die van de bankier (3). Ook hier is de toetsing van de partijbeslissing dus marginaal: alleen in geval van kennelijk onredelijke weigering kan de bankier veroordeeld worden.

Van dezelfde aard is de partijbeslissing die genomen wordt in de praktijk van de kredietverzekering. Ook daar wordt aangenomen dat de bij overeenkomst aan de verzekeraar toegekende bevoegdheid om telkens afzonderlijk te beslissen of voor een risico al dan niet dekking verleend wordt, geen zuiver potestatieve voorwaarde is, en dat de beslissing met inachtneming van de eisen van redelijkheid of goede trouw moet genomen worden (4).

Ook de weigering van een toestemming dient als een partijbeslissing behandeld te worden die als zodanig slechts op marginale wijze aan de eisen van de goede trouw kan getoetst worden (5) althans wanneer de bevoegdheid tot weigering een discretionaire bevoegdheid is (6).

Zo werd voorgehouden dat wanneer het recht van de huurder om onder te verhuren afhankelijk gesteld is van de voorafgaande toestem-

(1) *a.w.*, blz. 19 e.v.

(2) De Page, I, nr. 155 bis, blz. 230 en voetnoot 5; — Fredericq, IX, nr. 171, 16, blz. 280; — Van Ryn-Heenen, III, nr. 2150, blz. 366 e.v.

Pothier merkte reeds in het algemeen op dat wie zich er toe verbindt iets te geven „si je le juge raisonnable” geldig verbonden is aangezien de nakoming niet van de willekeur afhangt „Puisque je suis obligé, au cas que cela soit raisonnable” (POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 48). Een voorwaarde is niet louter potestatief wanneer de onzekere gebeurtenis niet alleen afhangt van de wil van de partij maar, omdat deze haar wilsrecht naar redelijkheid moet uitoefenen, ook afhangt van omstandigheden die aan de wil van de partij vreemd zijn (Cass. fr., 23 mei 1974, *Rec. Dalloz Sirey*, 1975, J, 144, met noot A. Ponsard). Ook in het besproken geval zou de weigering, indien zij kennelijk onredelijk is, kunnen onrechtmatig verklaard worden.

(3) Vgl. Fredericq, IX, nr. 172, blz. 281 e.v.

(4) Rb. Dendermonde, 19 december 1931, *R.G.A.R.*, 1934, 1675; — Luik, 31 januari januari 1934, *R.G.A.R.*, 1934, 1491; —

(5) BLOEMBERGEN, A.R., *Toestemming, een eenzijdige rechtshandeling*. Reeks Studiekring Drion, nr. 2, blz. 15 e.v.

(6) Wanneer de bevoegdheid tot weigering krachtens de overeenkomst of krachtens de wet een gebonden bevoegdheid is (zo by. de weigering van huurhernieuwing bepaald in artikel 16 *Handelshuurwet*) bestaat aanleiding tot volledige toetsing.

ming van de eigenaar, deze laatste de gevraagde toestemming niet *willekeurig* mag weigeren (1).

Er werd beslist dat de weigering van een krachtens overeenkomst vereiste toestemming vanwege de verkoper van gronden om tot het bouwen van een woning over te gaan, strijdig kan zijn met de goede trouw (2).

Opmerkenswaard is dat in de aangehaalde uitspraak beschikt is dat het arrest als toestemming zal gelden (3).

Een dergelijke discretionaire partijbeslissing komt voor in statuten van N.V.'s krachtens welke de overdracht van aandelen aan derden onderworpen is aan de voorafgaande toestemming van de vennootschap (4).

Wanneer het bevoegd orgaan van de vennootschap, de raad van beheer of de algemene vergadering, de gevraagde toestemming weigert, kan deze weigering nietig verklaard worden indien zij kennelijk inbreuk maakt op de eisen van goede trouw (5).

Tot slot nog deze opmerking. Het is niet de contractuele of statutaire clause zelf, waarbij aan de wederpartij of het orgaan van de rechtspersoon een discretionaire bevoegdheid toegekend is door partijbeslissing de rechten en plichten van de andere partij of van de leden te bepalen, die op haar redelijkheid getoetst wordt. Het is integendeel de uitoefening van dat wilsrecht dat door de rechter aan de eisen van de goede trouw getoetst wordt (6). Een verwarring als diegene waartegen

(1) BAERT, F., *De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten*, R.W., 1956-1957, 489.

(2) Gent, 10 maart 1966, i.z. N.V. Compagnie Mobilière et Foncière, *onuitg.*, waartegen het cassatie beroep verworpen is bij arrest van 5 januari 1968 (*Pas.*, 1968, I, 567).

(3) In dit arrest werd de geweigerde toestemming aan volledige toetsing onderworpen. De bevoegdheid om de contractueel vereiste toestemming te geven of te weigeren was immers een gebonden bevoegdheid doordat uit de overeenkomst af te leiden was op welke gronden de toestemming kan geweigerd worden. De toetsing is slechts marginaal wanneer de bevoegdheid om al dan niet toe te stemmen discretionair is.

Ik heb dit arrest nochtans aangehaald om wille van de oplossing (het arrest geldt als toestemming) die ook kan gegeven worden ingeval de weigering van een discretionaire toestemming kennelijk onredelijk wordt geoordeeld.

(4) Het is hier niet de plaats in te gaan op de discussie betreffende de geldigheid van deze clause in haar zuiverste vorm.

Voor de geldigheid: Resteau, I, nr. 701, blz. 441; — PASSELECO, F., *De la cessibilité... des actions... dans la société anonyme*, R.P.S., 1949, 4093, blz. 162 e.v.; — Fredericq, IV, nr. 391, blz. 581; — Anders: COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, nr. 142, blz. 184; — Van Ryn, I, eerste druk, nr. 547, blz. 364.

(5) Fredericq, t.a.p. en V, nr. 492, blz. 701; — PASSELECO, F., a.w., R.P.S., 1949, nr. 4093, blz. 172 „manquement grave à l'obligation de bonne foi”.

In de P.V.B.A. is bij de wet in een bijzondere regeling voorzien in geval van *willekeurige* weigering zie artikel 127 Venn. W.

(6) aldus, Hof Parijs, 2 mei 1966, R.P.S., 1967, nr. 5357, blz. 59 (i.v.m. een statutaire clause van aanvaarding).

hier gewaarschuwd wordt, werd gepleegd in een uitspraak die vernietigd is door het Hof van Cassatie bij arrest van 12 december 1973 (1). In het vernietigde arrest was geoordeeld dat de clausule van een overeenkomst krachtens welke een principaal bevoegd was om de aan een handelsvertegenwoordiger toegewezen verkoopsector te wijzigen „manifestement léonine” nietig was. Deze uitspraak werd terecht vernietigd wegens schending van artikel 1134, eerste lid B.W.

SOMMAIRE

CONTROLE JURIDICTIONNEL MARGINAL

Dans l'appréciation judiciaire des actes et décisions des autorités, les juges font preuve d'une grande réticence. Ils évitent de se prononcer sur les questions d'opportunité et ne reconnaissent l'irrégularité d'un acte que s'il leur apparaît qu'aucune autorité agissant raisonnablement n'aurait pu poser l'acte querellé.

Le présent article amène l'auteur à constater que dans les litiges de droit privé également, les juges donnent très souvent une portée restreinte à leur contrôle lorsqu'ils ont à vérifier la conformité d'actes juridiques aux exigences de la bonne foi.

Tel est le cas tout d'abord du contrôle du contenu de décisions qui, dans la forme, ont été valablement prises par des organes de sociétés ou d'associations. Les juges ne disent pas directement comment, selon eux, la décision aurait dû s'énoncer; ils n'interviennent que lorsque le cas sort de la marge à l'intérieur de laquelle il peut y avoir, chez des personnes raisonnables, une différence d'appréciation. Ils ne prononcent l'annulation que lorsqu'il est établi que la décision est clairement et manifestement contraire aux exigences de la bonne foi.

Ce contrôle juridictionnel restreint trouve une bonne base dans la constatation que la décision a le caractère d'une décision prise par une partie à la cause.

Cette construction juridique issue du droit romain trouve encore une nette application dans l'article 1854 C.c. relatif au règlement par un des associés de la part de ses co-associés.

L'auteur recherche dans la jurisprudence d'autres cas de ce genre où une convention accorde à l'une des parties le pouvoir de décider, de façon discrétionnaire, du contenu des droits et obligations de l'autre partie; ces décisions ne font l'objet que d'un contrôle marginal en ce qui concerne leur conformité aux exigences de la bonne foi.

Ceci se constate notamment dans l'entreprise de travaux et la fixation de ses honoraires par un avocat.

Le contenu de conditions générales peut être soumis de la même manière au contrôle juridictionnel. Il est question également des refus d'accorder une prestation comme dans les cas du crédit d'escompte et de l'assurance crédit.

Le refus de donner son consentement peut avoir le même caractère de décision prise par une partie à la cause.

(1) *Pas.*, 1974, I, 397.

A remarquer que le contrôle juridictionnel du caractère raisonnable ne porte pas sur la clause comme telle par laquelle est accordée à l'une des parties ou à l'organe d'une personne morale le droit de prendre de telles décisions, mais bien sur la façon dont ce droit est exercé.

ZUSAMMENFASSUNG

PRUFUNG DER MARGINALFÄLLE

Bei der richterlichen Beurteilung einer obrigkeitlichen Handlung und Entscheidung, ergibt sich eine grosse Zurückhaltung des Richters. Eine Aussage betreffs die Opportunität wird vermieden und die Unrechtmässigkeit einer obrigkeitlichen Handlung wird nur dann anerkannt wenn sich zeigt, dass keine einzige billig handelnde obrigkeitliche Person zu der angefochtenen Handlung hätte kommen können.

In diesem Beitrag wird festgestellt, dass auch bei privatrechtlichen Streitigkeiten, wenn Rechts-handlungen auf die Übereinstimmung mit den Forderungen der Redlichkeit geprüft werden, der Richter in manchen Fällen die Kontrolle einschränkt.

An erster Stelle geschieht dies bei der Inhaltskontrolle der Beschlüsse von Organen der Handelsgesellschaften und Vereine die rechtsgültig zustande gekommen sind. Der Richter deutet nicht gleich an wie seines Erachtens der Beschluss hätte lauten sollen; er greift nur ein wenn dieser wegen des Inhalts ausserhalb der Spanne fällt, in der bei redlichen Personen Meinungsverschiedenheit entstehen kann. Nur wenn sich ergibt, dass der Beschluss sichtlich und offenbar den Forderungen der Redlichkeit widerstrebt, wird er für nichtig erklärt.

Eine gute Grundlage für diese beschränkte richterliche Kontrolle ist die Erkenntnis, dass der Beschluss den Charakter eines Parteibeschlusses hat.

Diese Rechtsfigur, die aus dem römischen Recht rezipiert wurde, findet eine deutliche Anwendung im Paragraphen 1854 des BGB, betreffs die Bestimmung eines Gesellschafters über die Beteiligung eines Mitinhabers.

Andere ähnliche Fälle werden in der Rechtssprechung ausfindig gemacht, in der eine der Parteien Kraft der Vereinbarung berechtigt ist, den Inhalt der Rechte und Pflichten der anderen Partei auf diskretionärer Weise zu bestimmen; die Beschlüsse werden nur in Marginalfällen auf ihre Übereinstimmung mit den Forderungen der Redlichkeit geprüft.

Dieses wird mit Namen festgesetzt bei der Annahme einer Arbeit und die Bestimmung des Honorars durch den Rechtsanwalt.

Der Inhalt allgemeiner Bedingungen kann auf ähnlicher Weise einer richterlichen Kontrolle unterbreitet werden. Weiter wird gehandelt über die Verweigerungen einer Leistung wie bei der Diskontkredit und der Kreditversicherung.

Auch die Verweigerung einer Genehmigung kann denselben Charakter des Parteibeschlusses haben.

Zu bemerken ist, dass nicht die Klausel selbst, bei der einer Gegenpartei oder dem Organ einer Rechtsperson das Recht zu derartigen Beschlüssen zugesprochen wird, sondern nur die Weise, in der dieses Recht ausgeübt wird, auf Redlichkeit geprüft wird.

SUMMARY

MARGINAL JUDGMENT

In cases where an act or a decision emanating from the authorities is being challenged before a judge, very often the judge has been known to show a considerable degree of reticence. He avoids taking decisions on the appropriateness of official acts and will only consider an official act to be wrongful if it is considered that no person in authority, acting reasonably, would have taken that particular decision.

This article shows that even in private law disputes the judge very often limits the exercise of his powers when assessing whether acts are in keeping with requirements of good faith.

This process occurs in the first place when the substance of decisions taken by the boards of companies and societies which, formally speaking, have been legally constituted. The judge will not immediately state how he considers that the decision in question ought to have been taken; he will only intervene when the substance is beyond the stage where reasonable people could hold a different opinion. Only when it has been clearly established that the decision is in obvious contradiction of *bona fides* requirements will it be annulled.

There is some justification for this limited judicial supervision in the fact that any such decision is of a party political nature.

This legal concept, which has been taken from Roman law, can still be found clearly in Article 1854 of the Belgian Civil Code which deals with the way a shareholder can determine the share of his fellow-shareholders.

Other cases of a similar nature can be found in Belgian case law, i.e. those where one of the parties is, according to the covenant, competent to determine at will what the substance of the other party's rights and obligations are to be; such decisions are assessed only marginally as to their complying with *bona fides* requirements.

More specifically, this has been established in respect of a lawyer when he offers his services and puts forward his fee.

In the same way, the subject-matter of general provisions can be subjected to judicial supervision. Mention is also made of refusal of services as can be found in the case of discount credit and credit insurance.

The refusal to consent can also bear this party political nature.

It should be noted that the assessment of its reasonable nature is not made on the basis of the provision itself which confers the right to take such decisions on a second party or the body of an association, but solely on the way this right is being exercised.