

Kontraktuele kontrolerechten en bewijsovereenkomsten

door Matthias E. STORME*

advokaat te Brussel (Logos)
hoofddocent aan de Universiteiten van Amsterdam, Antwerpen en Leuven
sekretaris van de Commission on European Contract Law

INHOUD

A. INLEIDING

Probleemstelling en situering in het thema van de studiedag.

Overzicht van de behandelde aspecten.

Indeling.

B. Wettelijke of jurisprudentiële toepassingen van een kontrolerecht van de schuldeiser in bijzondere overeenkomsten

1. kontrolerecht van handelstussenpersonen

- 4. agentuur
- 5. handelsvertegenwoordiger
- 6. verkoopskoncessionaris
- 7. auteurs en licentienemers

2. Het kontrolerecht van de verkrijger van een geheel van goederen.

- 8. factor en kredietverzekeraar
- 9. veralgemening van de regel

3. Het kontrolerecht van de zaakweldige of vertegenwoordigde.

10. rekening en verantwoording

* Met dank aan mijn studenten Verbintenissenrecht eerste licentie Rechten U.I.A., i.h.b. K. van BAEL, V. BAKEROOT, C. GOEMAN, P. MAES, K. van PUT en C. VERELST.

- 11. onderzoeksbevoegdheid van vennoten of kommissarissen
- 12. kollektief arbeidsrecht

4. Het kontrolerecht van de werkgever en van de opdrachtgever van werk of diensten.

- 13. arbeidsovereenkomst
- 14. aanneming van werk
- 15. vrije beroepen

5. Het kontrolerecht in licentie- en distributie-overeenkomsten.

- 16. licentie- en distributie-overeenkomsten

6. Het kontrolerecht van de houders van intellectuele rechten

- 17. beslag inzake namaak

7. Het kontrolerecht van mede-eigenaars of mede-gerechtigden.

- 18. gemeenschap of mede-eigendom
- 19. maatschap of vennootschap

8. Het kontrolerecht bij samenloop en vereffeningbewind.

- 20. faillissement - vereffening vennootschap
- 21. vereffeningbewind
- 22. pandhouder
- 23. problemen van de onderbewindstelling zelf

9. Het kontrolerecht in de verzekeringsovereenkomst :

- 24. kontrolerecht i.v.m. risikoverzwaren

C. Procesrechtelijke regels en figuren die mede van belang kunnen zijn voor het onderzoek naar bestaan en omvang van een kontrolerecht

- 25. betekenis van procesrechtelijke bepalingen
- 26. overzicht van de bepalingen
- 27. sankties

D. Regels en figuren uit het algemeen verbintenissenrecht die mede van belang kunnen zijn voor het onderzoek naar bestaan en omvang van een kontrolerecht

1. recht op bewijs

- 28. recht op bewijs
- 29. recht op bewijs bij rechtshandelingen
- 30. recht op bewijs - faktuur

2. controleplichten

- 31. controleplicht kredietverlener

3. controle van mijn plichten, van de opeisbaarheid van mijn prestatie

- 32. recht op staving van zijn schulden
- 33. de exceptio dubii als sanktie
- 34. de twijfel omtrent de persoon van de schuldeiser

4. controle van mijn rechten vooraleer ik zelf enige verplichting heb (in geheel of gedeeltelijk wederkerige rechtsverhoudingen)

- 35. de twijfel omtrent de behoorlijke nakoming door de wederpartij

5. rechten op informatie

- 36. informatierechten als keerzijde van waarschuwingsplichten van de schuldenaar
- 37. doortrekken van prekontraktuele informatieplichten
- 38. anticipatie van verhaalsrechten
- 39. postkontraktuele informatieplichten

E. Grenzen en modaliteiten van een algemeen opgevat kontrolerecht.1. argumenten ter begrenzing van kontrolerechten.

- 40. rechtsmisbruik e.d.
- 41. privacy

2. Modaliteiten en procedures voor de bescherming van de belangen van de gecontroleerde bij de uitoefening van het kontrolerecht.

- 42. deskundigenonderzoek
- 43. het revisoraat en aanverwante instellingen

- 44. beslag inzake namaak
- 45. relativering van de tegenspraak voor de rechter

3. Beëindiging en verwerking van de onderzoeks- of kontrolerechten.

F. Enkele gevolgen van het gelden van kontrolerechten.

1. gevolgen voor de gecontroleerde.

- 47. verplichting tot het aanmaken van een boekhouding en soortgelijk bewijsmateriaal
- 48. duur van de bewaarplicht en verjaringstermijn
- 49. verplichting een dossier aan te maken
- 50. geen verjaring zonder kontrolemogelijkheid

2. gevolgen voor de controlegerechtigde die géén of onvoldoende controle heeft gekregen.

- 51. nadere vereisten aan de controle vooraleer kwijting kan worden verleend
- 52. gevolgen van een uitdrukkelijke weigering controle toe te staan

3. gevolgen voor de controlegerechtigde die voldoende kontrolemogelijkheid heeft gekregen.

- 53. rechtsverwerking door gebrek aan controle
- 54. controleplicht ?
- 55. te verregaande controle

4. het ontstaan van een informatieplicht in hoofde van derden.

G. SLOTWOORD.

A. INLEIDING

Probleemstelling en situering in het thema van de studiedag.

(1) In het recht, en zo ook bij geschillen naar aanleiding van of die leiden tot de beëindiging van kontraktuele verhoudingen, volstaat het niet gelijk te hebben om gelijk te krijgen. Tussen droom en daad staan wetten in de weg, en praktische bezwaren, en ook weemoedigheid, die niemand kan verklaren, en die des avonds komt (ELSSCHOT).

Vele aspecten van het recht kunnen daarbij een rol spelen, doch twee daarvan zijn bij kontraktuele rechten doorslaggevend : enerzijds het bewijs of de bewijsmogelijkheden, anderzijds de tenuitvoerlegging of de verhaalsmogelijkheden. In deze bijdrage wil ik niet zozeer deze beide aspecten op de klassieke wijze bekijken, maar veeleer vanuit het algemeen verbintenissenrecht de daarmee samenhangende rechten en plichten van partijen in een kontraktuele verhouding belichten.

Het voorrecht U hierbij de eerste specifieke bijdrage te mogen presenteren, dit na de algemene bijdrage waarmee confrater Demeyere van start is gegaan, heb ik wellicht uitsluitend te danken aan het feit dat ik een aantal problemen die van belang kunnen zijn bij de beëindiging van overeenkomsten "op voorhand", per anticipatie wil belichten. De bewijsvoering en andere aspecten van de geldendmaking van rechten bij beëindiging van overeenkomsten worden immers sterk bepaald door wat eraan voorafgaat, en met name :

- door de daarmee samenhangende rechten en plichten die uit de overeenkomst kunnen worden afgeleid, en
- door de gedraging van partijen tijdens de duur van de overeenkomst, waaronder ook hun ijver om zich reeds op voorhand bewijsmateriaal dient te verschaffen.

De "bewijslast" is m.i. immers niet zomaar te reduceren tot een subjectieve reflex van het bewijsrisiko bepaald op grond van de aanvoeringslast van partijen in een proces (zoals art. 870 Ger.W. Schijnt te stellen), maar is veeleer het resultaat van een aantal *voorprocessuele* lasten om zich *in tempore utile* het nodige bewijsmateriaal te verschaffen¹. Vandaar is het belangrijk te weten welke mogelijkheden partijen daartoe reeds voor de beëindiging van de overeenkomst of het rijzen van het geschil hebben. Mijn besluit over de toestand van ons recht dienaangaande is niet noodzakelijk positief : vaak heb ik de indruk dat ons recht in de praktijk de voorkeur geeft aan bewijs dat achteraf wordt geproduceerd, *in tempore suspecto*, boven bewijs dat *in tempore non suspecto* werd verzameld².

¹ Zie b.v. Hof Brussel 24 -9-1986, *J.T.* 1987, 57 en voor verdere uitwerking mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 215, 248 en 219 en vooral mijn "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, p. (355) 509 e.v., nr. 110-116.

² Zie mijn openingsrede "De toekomst van het burgerlijk proces : het proces van de feiten ?", Openingsrede 108e plechtige openingszitting van het Vlaams Pleitgenootschap te Brussel, 8

Niet alleen zijn de kontraktuele rechten die samenhangen met de bewijsvergaring belangrijk voor de problemen die slechts werkelijk rijzen bij de beëindiging van overeenkomsten, ook hangen informatie- en kontrolerechten vaak samen met de problemen van de kwijting en de goedkeuring, waarover collega en confrate P.A. Foriers U straks zal onderhouden. Zo kan kwijting of goedkeuring vaak afhankelijk worden gesteld van een controle, en kan omgekeerd een gebrek aan controle vaak worden uitgelegd als een (desnoods stilzwijgende) goedkeuring.

Ook kunnen bewijsovereenkomsten en handelingen van kwijting of goedkeuring zeer dicht bij elkaar liggen. De kwijting of keuring (dan wel het verzuim van kwijting of keuring) heeft veelal een vaststellingsfunctie heeft (vaststellingsovereenkomsten, waarvan een andere species, nl. de dading, behandeld wordt in het rapport van de Heer F. Spanoghe). Doch dit is niet noodzakelijk zo en het kan ook om een bewijsfunctie gaan. Bewijs- en vaststellingsfunctie van dergelijke handelingen en procedures kunnen niet scherp van elkaar worden afgescheiden, maar zijn veeleer verschillende gradaties op één lijn. De gradatie wordt namelijk bepaald door de vraag welke bewijswaarde aan zo'n handelingen wordt toegekend en welk tegenbewijs nog wordt opengelaten : zolang tegenbewijs, zij het met beperkte middelen, nog wordt opengelaten, gaat het om een *loutere* bewijsovereenkomst, zodra de overeenkomst ertoe strekt om elk tegenbewijs uit te sluiten (en enkel nog excepties mogelijk te maken)³, is het geen bewijsovereenkomst meer, maar een vaststellingsovereenkomst⁴ (contrat confirmatif).

Overzicht van de behandelde aspecten.

(2) Ik heb vanzelfsprekend een keuze moeten maken uit de problemen die in dit verband ter sprake kunnen worden gebracht. De algemene omschrijving van mijn thema betreft *de controle en het*

november 1991, *Rechtskundig Weekblad* 1991-92, 1441 v., ook als "Le procès des faits" in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1992 - 28, p. 111 v.

³ De uitsluiting van tegenbewijs met bewijsmiddelen van oudere datum belet natuurlijk niet dat de overeenkomst nog steeds moet worden *uitgelegd* aan de hand van o.m. de wijze van uitvoering door de partijen (die ook als buitengerechtelijke bekentenis kan worden beschouwd), noch dat de overeenkomst later zou gewijzigd worden door de handelingen der partijen (zij het rechtshandelingen, zij het fikties van stilzwijgende rechtshandelingen die in feite niets anders vormen dan rechtsverwerking - zie b.v. kh. Hoei 2 november 1988, *J.L.M.B.* 1989, 82. Zie ook P. van OMMESLAGHE, "L'aveu", in *La preuve*, nr. 7 p. 9).

⁴ Vgl. E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het burgerlijk recht, deel I - De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire pers Leiden 1948, 112; vgl. ook E.M. MEIJERS, "De bewijskracht eener schriftelijke erkenning van rechten", *W.P.N.R.* (1915) nr. 2355; P.J. CLAVAREAU, *Eenige hulpovereenkomsten*, Universitaire pers, Leiden 1947, 107-111 en noot 359. Anders G. de GROOTH, *De schuldbekentenis*, proefschrift, Leiden 1918.

Zie voor het begrip vaststellingsovereenkomst verder o.m. E. DIRIX, "De kwijting voor saldo van rekening", *R.W.*, 1981-82, (190); C.J. van ZEBEN & H.A.M. AAFTHINK, "De vaststellingsovereenkomst", *Bijzondere contracten, bijzonder nr. NJB* 1973 nr. 24 a, p. 108 v.; H. SCHOORDIJK, "De vaststellingsovereenkomst, vooral in het licht van titel 15 van het zevende boek van het ontwerp NBW", *WPNR* (1974) nr. 5283.

bewijs betreffende de nakoming of niet-(behoorlijke) nakoming van overeenkomsten. Meer specifiek behandel ik enerzijds *de controle die enige medewerking vergt van de schuldenaar* - controles die zonder de medewerking van de schuldenaar kunnen worden uitgevoerd worden hier niet bijzonder besproken - en anderzijds *de bewijsovereenkomsten die een nadere regeling van dergelijk kontrolerecht inhouden.* Daarbij ga ik eerst na welke kontrolerechten bestaan bij gebrek aan bijzondere bedingen, vooraleer bijzondere bedingen (bewijsovereenkomsten) te bespreken.

Het is goed ook voor ogen te houden dat de controle op twee onderscheiden aspecten van de nakoming of niet-nakoming betrekking kan hebben.

a) De controle kan betrekking hebben op de prestatie waarop men recht heeft en op de (feitelijke) bekwaamheid van de wederpartij om die na te komen (controle van mijn rechten); zij is van belang om mijn recht te kunnen afdwingen door middel van de traditionele sankties zoals gedwongen uitvoering, schadevergoeding, ontbinding of opschorting op grond van een opschortingsexceptie (exceptio non adimpleti contractus e.d.) en om eventuele maatregelen te nemen ter vermijding of beperking van de schade die het gevolg kan zijn van niet- of niet-behoorlijke nakoming⁵.

b) De controle kan ook betrekking hebben op de opeisbaarheid van de eigen prestatie, die vaak afhangt van de nakoming door de wederpartij van een of meer verplichtingen, die veelal geen echte verplichtingen zijn, maar lasten (charges, Obliegenheiten)⁶. De niet-naleving daarvan wordt gesanktionneerd als een vorm van schuldeisersverzuim; enkele sankties zijn dezelfde als in het eerstgenoemde geval, bv. een opschortingsrecht (e.n.a.c.), soms is er echter ook een verval of verwerking van recht⁷.

Beide problemen zijn wel niet geheel te scheiden, aangezien vele kontraktuele verbintenissen wederkerig zijn, en de niet-uitvoering door de ene partij van haar verbintenis dus ook gevolgen kan hebben voor de verplichting van de wederpartij om haar verbintenis na te komen.

⁵ De schuldeiser is daartoe vaak niet enkel gerechtigd, maar ook gehouden. Over die schadebeperkingslast in kontraktuele verhoudingen, zie o.m. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris 1924-28, VI nr. 17; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité* II nr. 469 p. 459; F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten", *R.W.*, 1956-57, 500 in fine; A. de BERSAQUES, "L'abus de droit en matière contractuelle", *R.C.J.B.*, 1969, (501) 505 nr. 6; E. DIRIX & A. van OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *R.W.*, 1980-81, 2438 v.; B. HANOTIAU, "Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage", *R.G.A.R.* nr. 11.289; mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 212.

⁶ Zie daarvoor mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 196 v., en "De goede trouw in het geding", *TPR* 1990, (353) nr. 12 v. De franse term "charge" wordt in dezelfde algemene betekenis o.m. gebruikt door V. CHRISTIANOS, *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Story Brussel 1987, p. 46-47.

⁷ Zie mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 225 v.; "Schuldeisersverzuim van de koper en wederverkoop", noot onder kh. Tongeren 21 september 1989, *R.W.*, 1990-91, 1342-1343.

Indeling.

(3) Deze bijdrage is veeleer het resultaat van een zoektocht. Deze zoektocht begint met het opsporen van specifieke vormen of toepassingen van een kontrolerecht in een aantal bijzondere overeenkomsten of rechtsverhoudingen (B). Vervolgens wordt gezocht naar algemene regels van het procesrecht die daarbij van nut kunnen zijn (C) en naar algemene figuren of tendensen in het verbintenissenrecht die een zeker kontrolerecht impliceren, zij het onrechtstreeks (D). Vervolgens kunnen de nadere omtrekken en grenzen van een algemeen opgevat kontrolerecht aangegeven worden, alsook enkele bijzondere modaliteiten (E). Ten slotte kunnen enkele gevolgen van kontraktuele kontrolerechten kort aan bod komen (F).

B. Wettelijke of jurisprudentiële toepassingen van een kontrolerecht van de schuldeiser in bijzondere overeenkomsten

Hierna volgen enkele van de belangrijkste toepassingen van kontrolerechten in bijzondere overeenkomsten. De lijst is verre van volledig, en éénider kan wellicht uit zijn ervaring andere mogelijke voorbeelden toevoegen. Ik heb geprobeerd uiteenlopende voorbeelden te geven. Daarbij wordt in beginsel enkel op privaatrechtelijke aspecten ingegaan. In vele bijzondere overeenkomsten en rechtsverhoudingen gelden daarnaast ook publiekrechtelijke kontrolerechten. Soms gaat het om een rechtstreeks kontrolerecht van de overheid (denk b.v. aan het toezicht van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen, van de Kontrolendienst der verzekeringen e.d.m.), soms gaat het veeleer om een kontrolerecht van de wederpartij op grond van bepalingen die geacht worden van openbare orde te zijn, waaraan ook een controleplicht van de wederpartij is gekoppeld, dit in hetzelfde algemeen belang. Vaak moet die controle dan op verzoek van die partij verricht worden door een erkend deskundige, zoals bij allerlei vormen van veiligheidscontrole (opdracht van de architect, keuring elektrische installaties, keuring van liften, keuring van autoherstellingen, e.d.m., doch ook keuring van voedingswaren). Deze controles interesseren ons in deze bijdrage enkel voor zover daarbij medewerking van de schuldenaar is vereist, wat veelal niet het geval is. Indien dat niet het geval is, rijst wel de interessante vraag of de ene partij tegenover de andere een waarschuwingsplicht heeft dat hij een controle moet laten verrichten : dit is over het algemeen het geval met de vakman tegenover een opdrachtgever-leek (niet door een vakman bijgestaan) of van de inlander tegenover de buitenlander (b.v. kwaliteitscontroles door de overheid opgelegd bij in- of uitvoer). Vaak is het ook de schuldenaar die zelf het initiatief neemt tot controle door een erkend deskundige. Op al deze vragen wordt hier verder echter niet ingegaan.

1. kontrolerecht van handelstussenpersonen

(4. AGENTUUR) De rechtspraak erkent het recht van de handelsagent op inzage van de nodige documenten van de principaal om te onderzoeken welke provisie deze verschuldigd is

(orderbevestigingen, dubbels van facturen e.d.m.)⁸. Dit is meer bepaald van belang indien de verschuldigdheid afhankelijk is van de nakoming van een door de agent afgesloten overeenkomst, en niet van het afsluiten alleen. Genoemde verplichting werd wettelijk vastgelegd in art. 7 van de Benelux-overeenkomst agentuur (26-11-1973), die echter, anders dan in Nederland (zie m.b. art. 74 e.v. Wetboek van koophandel, intussen weliswaar met ingang van 10-11-1990 weer gewijzigd ingevolge aanpassing aan de EG-Richtlijn), in België niet werd ingevoerd, en niet meer zal worden ingevoerd, dit omwille van de EG-Richtlijn terzake (Richtlijn nr. 86/653 dd. 18-12-1986).

De Richtlijn verleent in art. 12 m.b. recht op verstrekken van alle gegevens, in het bijzonder uittreksels uit de boekhouding, indien de agent deze nodig heeft om na te gaan hoeveel provisie hem verschuldigd is, en wel binnen één maand na het verstrijken van elk kwartaal. Een eventueel verdergaand recht op inzage in de boekhouding wordt door de Richtlijn evenwel aan het nationale recht overgelaten (art. 12, lid 4), en blijft in België dus geregeld door art. 21 e.v. Kh. en art. 871 v. Ger.W. Deze bepalingen blijven nuttig, al was het maar omdat de betwisting vaak geen betrekking heeft op de hoogte van de provisie voor een bepaalde transactie, maar op het al dan niet verschuldigd zijn van een provisie voor een bepaalde transactie.

De Benelux-overeenkomst omvatte evenwel ook bepalingen die in de EG-Richtlijn ontbreken, m.b. de geheimhoudingsplicht van de handelsagent die stukken overgelegd krijgt (art. 7, lid 4), alsook de mogelijkheid om bij overeenkomst af te wijken van de verplichting om aan de handelsagent zelf inzage te geven, door te bepalen dat inzage zal geschieden door een derde (desnoods aan te duiden door de Voorzitter van de Rechtbank) (art. 7, lid 3). Deze laatste mogelijkheid wordt niét gegeven door de EG-Richtlijn, waarvan art. 12, derde lid, bepaalt dat van het informatierecht van de handelsagent niet ten zijnen nadele mag worden afgeweken. De vraag rijst evenwel of het bedingen van dergelijke procedure daarmee noodzakelijk wordt uitgesloten. In ieder geval is niet uitgesloten dat met akkoord van de handelsagent op het ogenblik van de betwisting, de inzage uitsluitend aan een derde wordt gegeven. Die derde zal in beginsel een accountant of revisor⁹ zijn. M.i. kan het inzagerecht van de handelsagent persoonlijk nog steeds uitgesloten worden indien hij in het verleden daarvan reeds misbruik heeft gemaakt of zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden. Het inzagerecht dat verder reikt dan enkele inzage in uittreksels, en meer bepaald de inzage van de boekhouding, wordt zoals gezegd niet geregeld door de Richtlijn, zodat dat verdergaande inzagerecht door de rechter op verzoek van de betrokkene kan beperken worden tot de persoon van een deskundige, ten einde daaruit te nemen hetgeen het geschil betreft, konform art. 22 WvK¹⁰.

⁸ B.v. kh. Kortrijk 3-12-1964, R.W., 1964-65, 1460.

⁹ Voor een nederlands voorbeeld van aanstelling van een revisor (daar registeraccountant geheten), zie HR 24-1-1986, AA 1987, 558.

¹⁰ Zie voor een voorbeeld van een dergelijk beding P. CRAHAY, *Guide des contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, Story Brussel 1989, nr. 147, en het op p. 238 van dat werk aangehaalde art. 9 van de model-agentuurovereenkomst van de Manufacturers' Agents' Association of Great Britain and Ireland Inc.

Genoemde Richtlijn is als dusdanig weliswaar nog niet in werking in België, doch krachtens de rechtspraak van het HJEG¹¹ zijn Belgische rechters verplicht om het Belgische recht uit te leggen in overeenstemming met de Richtlijn. Voor de hier besproken bepalingen is dat mogelijk en dus verplicht. Dit betekent dat nu reeds bedingen waarbij de handelsagent geheel afstand doet van zijn inzagerecht, naar belgisch recht moeten worden nietigverklaard.

(5. HANDELSVERTEGENWOORDIGER) Anders dan voor zelfstandige handelsagenten, bevat onze wetgeving wel een uitdrukkelijke bepaling betreffende het kontrolerecht van de handelsvertegenwoordigers : art. 97 Arbeidsovereenkomstenwet verplicht de werkgever van een handelsvertegenwoordiger om deze maandelijks de staat en de documenten betreffende het voor de vorige maand verschuldigde commissieloon te verstrekken. Volgens de rechtsleer (gesteund op de voorbereidende werken) moeten de dubbels van facturen e.d.m. niet telkens automatisch worden verstrekt, doch slechts in geval van betwisting¹².

Deze informatieplicht van de werkgever blijft natuurlijk ook bestaan indien de betwisting geen betrekking heeft op het verschuldigde commissieloon, maar op de cliëntelevergoeding bij beëindiging van de overeenkomst.

Ook hier rijst de vraag of kan bedongen worden dat de inzage niet aan de handelsvertegenwoordiger persoonlijk geschiedt, doch aan een derde (deskundige). Deze mogelijkheid vinden we uitdrukkelijk in art. 7b : 1638 e van het Nederlandse B.W. (bepaling die zal vervangen worden door ontwerp art. 7 : 10.3.16). M.i. geldt hier hetzelfde als bij de handelsagent (zie hierboven).

Een verschilpunt is - volgens de heersende leer - dat er geen dwangsom zou kunnen worden opgelegd¹³.

(6. VERKOOPSKONCESSIONARIS) Een soortgelijk kontrolerecht moet ook erkend worden in hoofde van de houder van een verkoopskoncessie, wanneer deze beëindigd wordt door de koncessionaris wegens wanprestatie van de koncedant of door de koncedant buiten elke zware fout van de koncessionaris, om de bijkomende vergoeding te bepalen, die toegekend wordt door art. 3 van de Alleenverkoopkoncessiewet van 27-7-1961. De hoogte van de vergoeding wordt immers o.m. bepaald door de meerwaarde van het aangebracht cliënteel dat aan de concessiegever verblijft

¹¹ Zie vooral HJEG 13-11-1990, nr. 106/89, Marleasing t. La Comercial International de Alimentacion, *CMLR* 1991, 205 becommentarieerd door J. STUYCK & P. WYTINCK.

¹² J. PETIT, "De handelsvertegenwoordiger", in *Reeks Arbeidsrecht*, II-8 nr. 87; D. RYCKX, "Het loon van de handelsvertegenwoordiger", in *Actuele problemen van arbeidsrecht*, II, red. M. Rigaux, p. 267; zie ook Wrr. Brussel 8-1-1970, *TSR*, 268; Arbh. Brussel 4-5-1971, *VBO-Berichten*, 1972, 2668; Arbrb. Antwerpen 12-11-1974, *TSR*, 129.

¹³ Redenering gegrond op art. 1385 bis, lid 1, tweede zin Ger.W., zie b.v. nog Arbeidshof Antwerpen 9-4-92, *R.W.*, 1992-93, 756. Doch pogingen voor een restriktieve interpretatie vinden we b.v. in Arbeidshof Antwerpen (Hasselt) 29-9-1989, *R.W.*, 1990-91, 265.

na de beëindiging. Bij betwisting zal dit laatste o.m. uit de boekhouding van de koncedant kunnen blijken.

(7. AUTEURS EN LICENTIENEMERS) Een soortgelijk kontrolerecht moet ook erkend worden in hoofde van de auteur jegens zijn uitgever, wanneer zijn auteursrechten berekend worden op een percentage van de omzet¹⁴, of van de licentienmer jegens de licentiehouders, voor de berekening van de royalties¹⁵.

2. Het kontrolerecht van de verkrijger van een geheel van goederen.

(8. FACTOR EN KREDIETVERZEKERAAR) Een kontrolerecht wordt ook erkend wanneer een partij krachtens overeenkomst recht heeft op verkrijging van een reeks goederen die aan bepaalde voorwaarden voldoen. Een mooi voorbeeld daarvan vinden we die factoringovereenkomsten waarin bedongen is dat alle vorderingen die aan bepaalde vereisten voldoen, aan de factor moeten worden overgedragen, wat meestal het geval is, dit om misbruiken te vermijden¹⁶. Het is duidelijk dat de factoringmaatschappij in die gevallen recht heeft op inzage van de boekhouding van haar wederpartij om de naleving van die verbintenis te controleren.

Iets vergelijkbaars geldt ook voor de kredietverzekeraar, wanneer een globale of abonnementspolis wordt afgesloten. Meestal wordt in de polis nauwkeurig bedongen op welke wijze de verzekeringnemer de vereiste informatie moet doorspelen¹⁷.

(9. VERALGEMENING VAN DE REGEL) Het kontrolerecht dat in deze gevallen wordt erkend is evenwel niet uitzonderlijk, maar toepassing van een meer algemene regel. In het Duitse BGB vinden we die ook uitdrukkelijk verwoord in § 260, lid 1: "Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen". Lid 2 bepaalt dat de aanvullende eed kan worden opgelegd.

Deze regel omvat dus enerzijds die gevallen waarin men verplicht is een geheel van voorwerpen te overhandigen, wat hier ter sprake komt, en anderzijds die gevallen waarin men verplicht is over een geheel van zaken inlichtingen te verschaffen. Onder de tweede reeks vallen b.v. de reeds besproken

¹⁴ Zie b.v. Reichsgericht, LZ 1931, 372.

¹⁵ G. SCHRANS & H. van HOUTTE, *Internationaal handels- en financieel recht*, Acco Leuven/Amersfoort 1992, 381.

¹⁶ Y. MERCHIERS, "Factoring - kredietverzekering - incassomandaat", in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Kluwer Antwerpen 1990, nr. 41.

¹⁷ Y. MERCHIERS, "Factoring - kredietverzekering - incassomandaat", in *De overeenkomst vandaag en morgen*, nr. 18.

kontrolerechten van de agent, de handelsvertegenwoordiger of de auteur, die dus naar Duits recht als een toepassing van § 260, lid 1 worden gezien¹⁸.

Onder de eerste reeks valt b.v. de verplichting van erfgenamen tot afgifte van legaten (zie art. 1004, 1011, 1014 B.W.).

3. Het kontrolerecht van de zaakweldige of vertegenwoordigde.

(10. REKENING EN VERANTWOORDING) De verplichting over een geheel van zaken inlichtingen te verschaffen - en dus ook het daarop gegronde kontrolerecht van de wederpartij - vinden we verder in alle gevallen waarin iemands andermans zaken heeft waargenomen of diende waar te nemen. Men spreekt hier doorgaans van een verplichting tot rekening en verantwoording. Deze verplichting wordt uitdrukkelijk bepaald inzake lastgeving (art. 1993 B.W.), zaakwaarneming (art. 1372, lid 2 B.W.), ouderlijk beheer (art. 379 B.W.), voogdij van minderjarigen of onbekwaamverklaarden (art. 469 v. B.W., j° 509 B.W. : op het einde), voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige geesteszieke (art. 488bis-c, § 3 B.W. : jaarlijks en op het einde van zijn mandaat), testamentuitvoerders (art. 1031, lid 5 B.W. : na één jaar), aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 803 B.W.), e.d.m.¹⁹. Zij geldt echter ook in vele andere gevallen. Behalve situaties van maatschap, gemeenschap of mede-eigendom, waarover infra meer (en waar ook de rekenschapsplicht van de mede-vennoot ter sprake komt), denken we b.v. aan alle situaties waarin men andermans goed onder zich heeft of had (bruikleen, bewaargeving, pand, huurder²⁰, lessor²¹, bezit door een niet-eigenaar, e.d.m.), aan beheerders van beleggingsfondsen (volgens art. 111 van het Beurswetboek een onverdeeld vermogen) en alle fiduciaire verhoudingen (b.v. bij inning van een inpandgegeven of fiduciair gecedeerde schuldvordering, zie art. 3 Handelspandwet; bij overgang van vorderingen van de slechts gedeeltelijk vergoede kredietverzekerde op de verzekeraar, art. 75 nieuwe Verzekeringwet²²; bij realisatie van de in afbetalingsovereenkomst gegeven goederen door de kredietverlener, art. 44 § 3 en 52 § 2 W. Konsumentenkrediet, e.d.m.). Dergelijke verplichting tot rekening en verantwoording houdt telkens een kontrolerecht in ten gunste van de zaakweldige of vertegenwoordigde.

¹⁸ Zie reeds Reichsgericht, *HRR* 1928 nr. 1726 betreffende de agent.

¹⁹ Zie rechtsvergelijkend F. HERZFELDER, "L'obligation de renseigner et de rendre des comptes", *R.I.D.C.*, 1972, 563 v.

²⁰ Elke partij kan immers eisen dat, op tegenspraak en voor gemeenschappelijke rekening, een omstandige plaatsbeschrijving wordt opgemaakt, zowel bij het begin van de huur als na het aanbrenge van belangrijke wijzigingen (art. 1730 B.W.).

²¹ Voor een v.b. van een lessor die de gehuurde goederen buiten medeweten doorverkocht en veroordeeld werd om naam en adres van de koper en kopie van de verkoopfactuur mee te delen, op straffe van een dwangsom (dit natuurlijk met het oog op een aansprakelijkstelling van die derde uit onrechtmatige daad), zie Rb. Brussel, 29-10-1992, 25e Kamer, A.R. 7657 / 90.

²² Over de fiduciaire verhouding die daaruit voortvloeit, zie L. SCHUERMANS, "De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992", *R.W.*, 1992-93, (689) 736 nr. 147.

De wijze waarop dergelijke rekening moet worden gedaan, vinden we in de artt. 1359 v. Ger.W., behoudens bijzondere wettelijke bepalingen (b.v. art. 472 en 793 B.W.). Deze regeling is duidelijk niet aangepast aan alle situaties van rekening en verantwoording, en is ook onvolledig wat de sankties betreft, en meer bepaald wat het kontrolerecht betreft. Vaak zal dan ook niet de bijzondere procedure, maar de gewone rechtspleging gevolgd worden, of meer nog de procedure van het kort geding. Een verregaande, doch veelal efficiënte maatregel, die krachtens art. 584, lid 4, 1° ook in kort geding kan worden gevorderd, is de inbewaringstelling van de zaken waaromtrent controle moet geschieden d.m.v. de aanstelling van een sekwester. Het is duidelijk dat dit de controle in vele gevallen veel gemakkelijker zal maken.

Een uitgewerkte bijzondere regeling over de wijze waarop rekening met worden gedaan, vinden we voornamelijk in het vennootschapsrecht, voor wat betreft de rekening verschuldigd door de bestuurders (art. 77 en 79, lid 3 Venn.W.). Ook daar zijn meer verregaande maatregelen mogelijk, zoals de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder²³, wat een variante is op de hogergenoemde aanstelling van een sekwester. Deze voornamelijk jurisprudentieel ontwikkelde figuur is overigens in de meeste van de in dit nr. genoemde situaties denkbaar²⁴.

Bijzondere regels vinden we ook voor het vermogensbeheer, o.m. een verplichte inbewaargeving van de beheerde goederen door de vermogensbeheerder aan een derde, en dus een afscheiding van de boedel van de beheerder (art. 165 § 2 Beurswetboek).

(11. ONDERZOEKSBEVOEGDHEID VAN VENNOTEN OF KOMMISSARISSEN) Het duidelijkst vinden we dit kontrolerecht bij bepaalde bijzondere vormen van lastgeving. Zo bepaalt art. 64 sexies Venn.W. de omvang van de onderzoeksbevoegdheid tegenover de bestuurders van een vennootschap : zij "kunnen te allen tijde ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen, en in het algemeen van de documenten en geschriften van de vennootschap. Zij kunnen van de bestuurders, gemachtigden en aangestelden van de vennootschap alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties verrichten die zij nodig achten (...)". Deze controle- en onderzoeksbevoegdheid kan door elke vennoot individueel worden uitgeoefend²⁵ en kan niet statutair worden beperkt, tenzij

²³ Zie o.m. B. TILLEMANN, "De voorlopige bewindvoerder : een laatste redmiddel", *TRV*, 1990, 324 en "Het restrictief karakter van de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder geïllustreerd", noot onder K.g. kh. Brussel 20-6-1990, *TRV*, 1991, 53.

²⁴ Voor een overzicht, zie F. BLONTROCK, "De gerechtelijk bewindvoerder. Analyse van de rechtspraak", *T. Not.*, 1991, 2 v.

²⁵ Zie nader K. GEENS, "Over de uitgestrektheid van de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoot", *TRV*, 1989, 224; P. VANDEPITTE & J.M. GOLLIER, "De individuele controlebevoegdheid van de vennoot", *TRV*, 1990, 574, en voor rechtspraak o.m. Vz. kh. Dendermonde (k.g.) 1-3-1989, *TRV*, 1989, 223; Vz. kh. Brussel (k.g.) 13-10-1988, *TRV*, 1989, 220; Vz. kh. Brussel (k.g.) 15-6-1989, *TRV*, 1990, 565; Vz. kh. Dendermonde (k.g.) 20-3-1991, *TRV*, 1991, 430.

dan door de aanstelling van een kommissaris-revisor (in N.V. of B.V., art. 64 § 2 c.q. 134 Venn.W.) of van een "kontrolerend vennoot" (in het geval van een C.V., art. 147 octies § 2 Venn.W.) - aanstelling die wel verplicht is in "grotere" vennootschappen (art. 64 § 1 Venn.W.) en in beleggingsvennootschappen en beheersvennootschappen van beleggingsfondsen (art. 132 § 1, lid 2 Beurswetboek). De vennoot kan zich laten bijstaan²⁶ of vertegenwoordigen door een accountant naar eigen keuze. Naast de genoemde regels bestaat er nog de mogelijkheid tot aanstelling van een gerechtelijk commissaris (art. 191 Venn.W.)²⁷.

In de aanstelling van de kommissaris-revisor vinden we een bijzondere modaliteit van het kontrolerecht van de schuldeiser. De reden voor deze centralisatie of mogelijkheid daartoe is duidelijk : vermijden dat een konkurrent door de aankoop van een aandeel volledige inzage zou krijgen in de boekhouding van een vennootschap²⁸.

(12. KOLLEKTIEF ARBEIDSRECHT). Ook de controle van de werknemers op de werkgever is grotendeels gecentraliseerd, namelijk via de ondernemingsraad (W. 20-9-1948), de CVGV, enz ... In het kollektief arbeidsrecht vindt men zo uitgewerkte regels over de informatieplichten van de werkgevers en de kontrolerechten van de werknemers.

4. Het kontrolerecht van de werkgever en van de opdrachtgever van werk of diensten.

(13. ARBEIDSOVEREENKOMST) Omgekeerd aanvaardt de rechtspraak ook een kontrolerecht van de werkgever, kontrolerecht dat er o.m. toe kan leiden dat de werkgever mag eisen dat een handelsvertegenwoordiger op voorhand de lijst mededeelt van de bezoeken die hij zal afleggen en de verplaatsingen die hij zal doen²⁹. Dit wordt beschouwd als een vorm van uitoefening van zijn "gezag" dat vereist is om de werknemer de rechtelijke voordelen van een arbeidsovereenkomst te bezorgen.

Behalve de gewone uitoefening van zijn "gezag" tijdens de arbeid, kan het b.v. ook gaan om controle van de beweerde arbeidsongeschiktheid van de werknemer (art. 31 § 2, lid 3 en 4 Arbeidsovereenkomstenwet - bepaling die wel als een uitzonderingsregel werd uitgelegd door het Hof van Cassatie³⁰).

²⁶ Vz. kh. Dendermonde (k.g.) 1-3-1989, *TRV*, 1989, 223 instemmende noot K. GEENS; anders Vz. kh. Brussel (k.g.) 13-10-1988, *TRV*, 1989, 220 met kritiek K. GEENS.

²⁷ Zie uitvoeriger J. LIEVENS, "De gerechtelijke commissaris : onbekend en - ten onrechte - onbemind", *B.R.H.*, 1982, 191.

²⁸ Vgl. b.v. I. VEROUGSTRAETE, "Le contrôle financier des sociétés anonymes", in *Les sociétés commerciales*, Jeune Barreau Brussel 1985, p. (259) 294.

²⁹ Zie b.v. Cass. 19-12-1977, Demeyere t. Buysmetal, *Arr.*, p. 451, verwerping van een voorziening t. Arbeidshof Gent 18-6-1976.

³⁰ Cass. 15-2-1973, *Arr.*, 604, *TSR* 1964, 28.

(14. AANNEMING VAN WERK) In overeenkomsten van aanneming van werk bestaan controle-rechten voornamelijk in samenhang met de verschillende vormen van keuring van het werk : voorafgaande keuring van materialen of van onderdelen, voorlopige keuring, definitieve keuring. In dit bestek volstaat het daar gewoon op te wijzen, alsook op de mogelijkheid dat de overeenkomst bijzondere vormen van controle of inzage bepaalt³¹. Dit laatste kan natuurlijk bijzondere problemen oproepen, b.v. i.v.m. de vertrouwelijkheid van de te inspecteren gegevens of installaties. Onder meer daarom geschiedt dergelijke controle vaak door gespecialiseerde en onpartijdige derden. De Heer Spanoghe, bedrijfsjurist bij zo'n gespecialiseerd bedrijf, is beter geplaatst dan ikzelf om op vragen daaromtrent te antwoorden. Controle door een derde, al dan niet met geheimhoudingsplicht, is ook veelal de oplossing voor de ondeskundigheid van de opdrachtgever, en is soms zelfs wettelijk verplicht (b.v. de bijstand van een architect, vgl. de bijstand van een commissaris-revisor, e.d.m.).

(15. VRIJE BEROEPEN) De ontwikkeling van het controle-recht van de opdrachtgever van diensten jegens de uitvoerbaar van een vrij beroep is gedurende lange tijd - en gedeeltelijk ook nu nog - gehinderd door een verkeerde, want absolutistische, opvatting van het beroepsgeheim van deze personen. Mijn opvattingen daaromtrent heb ik reeds uitvoerig uitgewerkt aan de hand van het voorbeeld van de advocaat in een rapport op het IXe Wereldcongres voor Procesrecht, waarnaar ik dan ook verwijs³².

Gelukkig begint de meerderheid van rechtspraak en rechtsleer langzaam maar zeker in te zien dat het beroepsgeheim er is om de toevertrouwer te beschermen, en niet om tegen hem te worden gebruikt³³. Daaruit volgt dan ook een inzage-recht van de patiënt in alle gegevens die thuishoren in

³¹ Zie b.v. Hst. XII, § 10-11 van de UNCITRAL (CNUDCI)-gids voor internationale overeenkomsten voor de bouw van industriële installaties, Publikaties V.N. A/CN.9/SER.B/2, verschenen in *Collection Jupiter, Contrats et statuts*, 1989.

³² "Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès - Professional ethics and procedural fairness", belgisch rapport voor het IXe Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra/Lissabon augustus 1991, in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Kluwer Antwerpen 1992, p. 3-124. Vgl. verder in het bijzonder F. van NESTE, "Het medisch beroepsgeheim", in *Juridische aspecten van de geneeskunde* (red. A. Heyvaert, R. Kruithof & Th. Vansweevelt), Kluwer Antwerpen 1989, 191 v.; R.O. DALCQ, "Expertises civiles et secret professionnel des médecins", *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Brussel 1991, (495).

³³ Zie in dit verband ook de conclusies van advocaat-generaal Capotorti voor HJEG 10-6-1980, nr. 155/78, M. t. Commissie, *Jur.* (1797) 1820 randnr. 7. Anders nog Cass. 30-10-1978, *Pas.*, 249, op conclusies van P.g. DUMON, die later openlijk verklaarde dat hij zich had vergist (op het Congres van de Association belge des spécialistes en évaluation du dommage corporel - Expertalia 1985, Brussel 15-11-1985). Ook de opvatting van het Hof is geëvolueerd, blijkens het arrest van 9-2-1988, *Pas.*, 662, al blijft het Hof zich vastklampen aan de waanidee dat het hier om de openbare orde gaat en niet om dwingend recht ter bescherming van de confidencie.

zijn medisch dossier³⁴ en een gelijkaardig inzage-recht van de cliënten van andere tot beroepsgeheim gehouden uitoefenaars van een vrij beroep. Zolang er geen geschil is tussen partijen kan het wel nog aanvaardbaar zijn dat de opdrachtnemer - m.b. arts of advocaat - slechts verplicht is de gegevens mee te delen aan een andere, door de patiënt/cliënt gekozen arts (die dan zelf over de mededeling van de gegevens aan de patiënt kan beslissen)³⁵. De beroepskorporaties huldigen nog steeds een restriktievere opvatting en oordelen dat de opdrachtnemer het recht heeft gegevens die hem qualitate qua werde meegedeeld door derden, niet aan de cliënte mee te delen indien hij van oordeel is dat de mededeling zijn cliënte schade (m.b. psychische) zou berokkenen³⁶. Deze paternalistische opvatting wordt meer en meer betwist³⁷. Ook moet het duidelijk zijn dat het geheim hoe dan ook niet geldt tussen partijen in geval van geschil, zodat enerzijds de opdrachtnemer vertrouwelijke gegevens mag gebruiken tegen zijn opdrachtgever voor zover dit strikt noodzakelijk is voor zijn verdediging³⁸, al zal het geschil in raadkamer, d.i. met gesloten deuren, worden behandeld (vgl. art. 459, 2 Ger.W.), en anderzijds de opdrachtgever de briefwisseling met zijn opdrachtnemer en de gegevens en stukken die hem toevertrouwd werden, tegen hem mag gebruiken³⁹. Wel zal de opdrachtgever in het laatste geval in geval van weigering de procedure van overlegging van stukken moeten volgen (art. 877 Ger.W.), waarover verder meer.

³⁴ Zie b.v. Hof Brussel 20-7-1989, *R.G.A.R.* nr. 11701; Arbrb. Verviers 21-5-1973, *Talmas t. ONE Pas.*, III, 70; J.L. FAGNART, "Les assurance terrestres. Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.*, 1991, 737 v.; J. LAFFINEUR, "Dossier médical et droits du patient, *DCCR* 1991-92, (966) 970 v. en zeer nadrukkelijk R.O. DALCQ, *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, (495) 502 waar hij het onderscheid tussen "objektieve gegevens" en "persoonlijke nota's" dat de Orde van geneesheren maakt, bekritiseert.

³⁵ Zie voor dat laatste het wetsvoorstel-Hancke, *Stukken, Kamer*, nr. 319/1 van 22-3-1988, art. 2 en Toelichting.

³⁶ B.v. art. 150 Beroepscode van de Nederlandse Orde van advokaten te Brussel. Gelijkaardige bepalingen vindt men ook in de plichtenleer van andere beroepen.

³⁷ B.v. door R.O. DALCQ, in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. (495) 499 v. Dit vraagstuk wordt grondig beproven door T. VANSWEEVELT, "De toestemming van de patient", *TPR*, 1991, 285 v.

³⁸ Cass. 5-2-1985, *Pas.* I, 670; Hof Brussel 26-10-1960, *J.T.*, 1961, 316 (tegen de erfgenamen); opvatting die voorheen reeds was verdedigd door o.m. L. GOFFIN, "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. Lv.*, 1984, (365) 373; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 108 v.; BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, Brussel 1985, nr. 524; F. van NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.* 1977-78, (1281) 1292; F. ERDMAN, *Het beroepsgeheim naar belgisch recht*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, 1984, p. 21-22; A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, "La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel", *Ann. Liège* 1970, (195 v.) 279. De opvatting is ook neergelegd in art. 347 van de Beroepscode van de Nederlandse Orde van advokaten te Brussel. Zie verder mijn rapport in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, nr. 72.

³⁹ H.J.E.G. 18-5-1982, *AMS t. Commissie, Jur.*, 1575, *J.T.*, 1983, 41 n. P. LAMBERT, *Cah. dr. eur.*, 381 n. L. GOFFIN, *Common Market Law Review*, 1982, 264 v., overweging 28; Hof

5. Het kontrolerecht in licentie- en distributie-overeenkomsten.

(16. LICENTIE- EN DISTRIBUTIE-OVEREENKOMSTEN) In licentie-overeenkomsten, franchising-overeenkomsten en overeenkomsten tot andere vormen van selectieve distributie wordt frekwent bedongen dat de gever een recht heeft op controle van de kwaliteit of van de naleving van andere verplichtingen van de nemer, door inspectie van de activiteit dan wel van de boekhouding⁴⁰. Het belang van de naleving van de talloze verplichtingen die vaak aan dealers of licentiehouders wordt opgelegd heeft o.m. te maken met het risico op misbruiken van free-riding⁴¹, dit naast het belang bij de bescherming van merk, goodwill e.d.m.

6. Het kontrolerecht van de houders van intellectuele rechten

(17. BESLAG INZAKE NAMAAK) Houders van intellectuele rechten hebben ook buiten elke overeenkomst om bepaalde controlemogelijkheden, die het best tot uiting komen in het beslag inzake namaak, zoals geregeld in art. 1481 e.v. ger.W⁴². de beschrijving kan gepaard gaan met een sekwester over de nagemaakte goederen (art. 1481, lid 2 Ger.W.).

7. Het kontrolerecht van mede-eigenaars of mede-gerechtigden.

(18. GEMEENSCHAP OF MEDE-EIGENDOM) Een verregaand kontrolerecht jegens elkaar vinden we in alle gevallen van mede-eigendom of gemeenschap. Dit blijkt alleen al uit het feit dat in die gevallen niet alleen de openlegging, maar zelfs de overlegging van de volledige boekhouding kan worden gevorderd (art. 21 WvK). In die gevallen waarin er gevaar bestaat voor vermenging van

Brussel 16-12-1956, *J.T.*, 1958, 90 (voorziening in cassatie verworpen door Cass. 23-6-1959, *Pas.* 1958, I, 1180; Cass. 9-2-1988, *Pas.* 1988, I, 346; en meer algemeen F. van NESTE, *R.W.* 1977-78, (1281) 1294 et 1300-1301; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Kluwer Antwerpen 1990, 434 nr. 836; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, p. 66, en *J.L.M.B.*, 1991, 778; R.O. DALCQ, "Réflexions sur le secret professionnel", *R.G.A.R.* 1986, nr. 11056 p. 2, en in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, p. 495 v.; Ph. COLLE, "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *T.Verz.* 1990, p. (231) 237.

De orde van advocaten aanvaardt dit wel voor adviezen (art. 298 Beroepscode; aanbeveling van december 1984) maar niet voor de briefwisseling. Zie in verband daarmee de kritiek van P. LAMBERT op het arrest Hof Luik 7-1-1991, *J.L.M.B.*, 1991, 777-778.

⁴⁰ Zie o.m. C. MATRAY, *Le contrat de franchise*, Larcier Brussel 1992, nr. 53 p. 89.

⁴¹ Voor enkele rechtseconomische overwegingen over de noodzaak om "dealers" e.d. te controleren, zie H. BEALE, D. HARRIS & T. SHARPE, "The Distribution of Cars : A Complex Contractual Technique", in *Contract Law Today : Anglo-French Comparisons*, 1986, p. 325 v.; voor franchising o.m. "L.A. RAU, "Implied obligations in franchising : beyond terminations", *The Business Lawyer* 1992, (1053) 1080. Vgl. ook L. du JARDIN, *Le droit belge de la distribution commerciale*, Larcier Brussel 1992, 57 v.

⁴² Zie voor de verschillende aspecten daarvan F. GOTZEN e.a., beslag inzake namaak,

vermogens bestaat er verder een inventarisplicht bij de ontbinding van de mede-eigendom of gemeenschap (zie b.v. art. 1428 B.W.) en de verplichting om bij verdeling aan iedere deelgenoot de titels ter hand te stellen, die bij de hem toebedeelde goederen horen (art. 842 B.W.) alsook in beginsel de mogelijkheid om een ontbinding van de gemeenschap of - in die gevallen waar dat niet kan (b.v. tussen niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten) - minstens gerechtelijke scheiding van goederen te vorderen (art. 1470 Ger.W.). Verder is ook hier de aanstelling van een sekwester mogelijk (zie naast art. 584, lid 4, Ger.W. ook art. 1961, 2° B.W.)⁴³. Ook staat er een zwaardere sanktie op het wegmaken of verbergen van zaken die deel uitmaken van de gemeenschap : het verlies van het aandeel in de weggemaakte of verborgen zaken (zie o.m. art. 792 B.W., ook toepasselijk op maatschap en vennootschap via art. 1872 B.W. en op de huwelijksgemeenschap via art. 1430, lid 4 B.W. en daar bovendien uitdrukkelijk herhaald in art. 1448 B.W.).

Tussen echtgenoten bepaalt de wetgever een zekere controlemogelijkheid doordat een bank verplicht is de opening van een rekening (e.d.m.) door één echtgenoot mee te delen aan de andere (art. 218, lid 3 B.W.). Volgens de rechtsleer⁴⁴ zou dit informatierecht enkel betrekking hebben op het feit zelf van de opening, en een verdergaand informatierecht slechts kunnen verkregen worden op grond van een rechterlijke beslissing (m.b. op grond van art. 221 of 223 B.W. of 1253 quinques Ger.W.). In zoverre men daarmee zou beweren dat in de verhouding der echtgenoten onderling het informatierecht niet verder zou reiken, kan daar niet mee worden ingestemd : gaat het om gelden van de gemeenschap, dan heeft elke echtgenoot als mede-eigenaar vanzelfsprekend inzagerecht, gaat het om eigen gelden, dan vloeit uit de huwelijksovereenkomst nog steeds een zeker inzagerecht voort, eventueel behoudens andersluidende voorlopige maatregelen. Art. 1:98 van het nederlandse BW is een stuk uitdrukkelijker in de erkenning van het wederzijds informatierecht van echtgenoten in het kader van de huwelijksgemeenschap : "De echtgenoten verstrekken elkander desgevraagd inlichtingen over het gevoerde bestuur, alsmede over de stand der goederen en schulden van de gemeenschap". In het duitse recht verschaft art. 1379, lid 2 BGB de echtgenoten minstens vanaf het begin van een echtscheidingsprocedure tot wederzijdse informatie over bepaalde vermogensaspecten.

(19. MAATSCHAP OF VENNOOTSCHAP) Bij de maatschap gelden in het algemeen overigens de genoemde regels van mede-eigendom. Bij vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid, zoals de V.O.F. en de gewone kommanditaire vennootschap gaat het strikt genomen niet om een mede-eigendom, maar gelden evenmin de specifieke regels van rechtspersonen met volkomen rechtspersoonlijkheid (art. 64 Venn.W.). Op grond van art. 1872 B.W. kan men evenwel besluiten tot de toepasselijkheid van de regels inzake mede-eigendom voor de hier behandelde vragen. Art. 21 WvK specificeert dat de overlegging van de volledige boekhouding kan wor-

⁴³ Zie b.v. (tussen echtgenoten) Hof Gent 23-9-1983, *T.G.R.*, 1985, 13, hoewel in casu verworpen.

⁴⁴ B.v. J. de GAVRE, "Le mariage et le divorce : leurs conséquences sur la relation banque-client", in *La banque dans la vie quotidienne*, Jeune Barreau Brussel 1986, (121) 141 nr. 15.

den gevorderd bij de ontbinding (verdeling) van de vennootschap, en de inventarisplicht is natuurlijk geabsorbeerd in de - verder strekkende - boekhoudplicht.

Betekent dit nu dat de onderzoeksbevoegdheid van de vennoten konform art. 64 Venn.W. hier niet zou gelden? Veeleer het tegendeel is korrekt: de onderzoeksbevoegdheid geldt hier a fortiori en kan niet verplicht beperkt worden door centralisatie (in de persoon van een kommissaris): het gaat hier immers niet meer om gewone aandeelhouders, maar om onbeperkt aansprakelijke vennoten en in zekere zin ook mede-eigenaars. Minstens de regels van de lastgeving, zoals de rekenschapsverplichting, zijn hier toepasselijk. In de kommanditaire vennootschap zit de onderzoeksbevoegdheid van de stille vennoot overigens impliciet vervat in art. 22, lid 2 Venn.W.

In vergelijking met de andere vormen van mede-eigendom is er bij maatschap of vennootschap vaak nog een bijkomende reden voor controle: het toezicht op de naleving van impliciete of expliciete niet-konkurrentieverplichtingen. Art. 1847 B.W. vermeldt zo uitdrukkelijk de verplichting van vennoten tot rekenschap in het geval zij zich verbonden hebben tot inbreng van hun nijverheid.

8. Het kontrolerecht bij samenloop en vereffeningbewind.

(20. FAILLISSEMENT - VEREFFENING VENNOOTSCHAP) In geval van faillissement wordt het gehele beslagbare vermogen van de schuldenaar onder bewind gesteld om te worden gerealiseerd en vereffend ten bate van de schuldenaars. Het spreekt vanzelf dat in zo'n geval, eigenlijk een bijzondere vorm van gemeenschap (nl. gemeenschap van rechten tussen de schuldeisers⁴⁵), ook overlegging van de boekhouding dient te geschieden. Ook de vereffenaars van een vennootschap hebben vanzelfsprekend de beschikking over de gehele boekhouding. Hetzelfde zou moeten gelden in geval van (in onbruik geraakte) boedelafstand (art. 1265 v. B.W.).

(21. VEREFFENINGSBEWIND) Bij andere vormen van vereffeningbewind⁴⁶ (d.i. telkens wanneer een bepaald vermogen wordt afgezonderd met het oog op vereffening), zoals beslag, gerechtelijk akkoord, surséance (uitstel van betaling, 593 v. FaillW), beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap, onbeheerde nalatenschap, boedelscheiding (art. 878 B.W.), de beperkte aanvaarding van art. 1084 B.W., het beperkingsfonds geregeld door het LLMC-Verdrag⁴⁷, e.d.m., alsook bij

⁴⁵ Over de aard van dit gemeenschappelijk recht van de schuldeisers, nl. een kollektief pandrecht, heb ik eerder uitgeweid in "Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie", in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Kluwer Antwerpen 1992, m.b. p. 409 v. en 455 v.

⁴⁶ Zie W. van GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Bruylant Brussel 1962, p. 60 e.v.; R. de CORTE, "Samenloop van preferente aanspraken", *TPR*, 1983, (213) 216 nr. 6 e.v.; mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, 455.

⁴⁷ Het betreft het fonds ter beperking van de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar inzake zeevorderingen, geregeld door het desbetreffende Verdrag van Londen 19-11-1976, waarvan de

bewarend beslag, voorlopig bewind of sekwester, zou in beginsel hetzelfde moeten kunnen gelden : de bewindvoerder moet de beschikking krijgen over de boekhouding.

In sommige gevallen evenwel is er in beginsel geen zogenaamde "buitenbezitstelling", d.w.z. is de gerechtigde zelf bewindvoerder (m.b. bij beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap, gerechtelijk akkoord, surséance of uitstel van betaling, boedelscheiding en in alle gevallen van beslag waarin er geen sekwester is aangesteld en de goederen nog niet zijn afgehaald met het oog op de verkoop). In sommige daarvan voorziet de wet dan ook een toezicht door een kommissaris (b.v. art. 600, lid 2 en 602 inzake uitstel van betaling) of een rechter-kommissaris, eventueel bijgestaan door deskundigen met onderzoeksbevoegdheid (b.v. art. 12 W. gerechtelijk akkoord). In de andere gevallen bestaat de mogelijkheid om de aanstelling van een sekwester te vorderen, b.v. in geval van beslag (art. 1961, lid 1 B.W.), beneficiaire aanvaarding (art. 803 bis en 894 B.W.) of boedelscheiding. Soortgelijke mogelijkheden bestaan er bij vereffening van vennootschappen, waar het immers meestal de uittredende bestuurders zelf zijn die als vereffenaar optreden. Bovendien geldt in die gevallen een of andere vorm van inventarisplicht (b.v. bij beneficiaire aanvaarding, volgens art. 801 B.W. gesanktionerd met het verval van dat voorrecht) of een soortgelijke verplichting (zie b.v. de verplichtingen van vereffenaars van vennootschappen). Dit impliceert een rekenschapsplicht, minstens een inzagemoogelijkheid op grond van art. 877 Ger.W. of art. 22 WvK.

(22. PANDHOUDER) Een controleprobleem rijst ook voor de pandhoudende schuldeiser die de zaken niet in zijn macht heeft, zoals b.v. bij de inpandgeving van een handelszaak. Hoewel de pandhouder als zakelijk gerechtigde ontegensprekelijk een recht van toezicht heeft om te beletten dat de pandgever over de verpande goederen zou beschikken in strijd met de overeenkomst, heeft hij daarom nog niet altijd de middelen tot controle. De pandhouder kan wel als bewaarder worden aangesteld in geval van beslag, dit na aanmaning wegens wanbetaling of bij verplaatsing van verpande goederen zonder zijn toestemming (art. 11 Handelspandwet), en zonder noodzaak van rechterlijke machtiging. M.i. impliceert dit dat hij het recht heeft na te gaan of de schuldenaar de goederen niet verplaatst of uit handen geeft.

De hypoteekhouder en de pandhouder die de zaak in zijn macht heeft, staan natuurlijk in een sterkere positie en hebben dus minder nood aan een kontrolerecht. Daar is het veeleer de pandgever die een kontrolerecht moet kunnen uitoefenen (zie daarvoor hoger randnr. 10).

De pandhouder op schuldvorderingen wordt beschermd indien hijzelf daartoe de nodige maatregelen heeft genomen, namelijk kennisgeving aan de schuldenaar van de vordering in de wettelijk vereiste vorm. Ook daar is het veeleer de pandgever die een kontrolerecht moet hebben op de inningsbevoegdheid en rekenplicht van de pandhouder (vgl. eveneens hoger randnr. 10).

vorming in België geregeld wordt door art. 48 Scheepvaartwet, en dat de opvolger is van de vroegere "bodemerij" (fortune de mer).

(23. PROBLEMEN VAN DE ONDERBEWINDSTELLING ZELF) De zwakste positie hebben natuurlijk de de konkurrente schuldeisers, dit zijn de schuldeisers zonder voorrecht (chirographaire schuldeisers) of met een algemeen voorrecht. Hun grootste probleem is namelijk niet zozeer de hoger behandelde controlebevoegdheid op onderbewindgestelde goederen, maar de mogelijkheid om ze onder bewind te krijgen, en meer bepaald om ze in beslag te nemen. Het gaat hier om het probleem van de "informatie tot zekerheid".

Het lijkt wel of de enige mogelijkheid voor konkurrente schuldeisers om nog de nodige informatie vast te krijgen over de verhaalsmogelijkheden op hun schuldenaren erin bestaat een faillissement aan te vragen en te hopen dat een doortastende curator wordt aangesteld. De positie van de konkurrente schuldeiser en zijn opdrachtnemer, de gerechtsdeurwaarder, is niet bepaald rooskleurig⁴⁸ : hun informatiemogelijkheden worden op dit ogenblik bijna systematisch verhinderd in naam van de privacy.

Recent nog heeft ook de Hoge Raad der Nederlanden geoordeeld dat een uitvoerige inzage in de boekhouding niet moet worden verschaft aan elke individuele schuldeiser, doch enkel aan de curator in geval van faillissement⁴⁹. Vaak is ook in België een vordering tot faillietverklaring, in de hoop dat een doortastende curator wordt aangesteld, dan ook de enige mogelijkheid die een schuldeiser rest.

9. Het kontrolerecht in de verzekeringsovereenkomst :

(24. KONTROLERECHT I.V.M. RISIKOVERZWARING) Een laatste voorbeeld is de verzekeringsovereenkomst. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst heeft de verzekeraar recht op informatie over risikoverzwarende elementen. Het moet wel gaan om een risikoverzwarende die relevant kan zijn voor de betrokken verzekering. Zo b.v. kan een verslechtering van de gezondheidstoestand niet als risikoverzwarende beschouwd worden in een levensverzekering omwille van de aard daarvan⁵⁰, en bestaat daaromtrent dus geen kontrolerecht op die grond. Het is dan ook wellicht juister te zeggen dat de verzekeraar recht heeft op informatie en controle betreffende die elementen die een herziening van de premietijdens de looptijd van de overeenkomst zouden rechtvaardigen.

De mogelijkheid om zelf actief op controle uit te gaan is vooral van belang in die gevallen waarin de verzekeraar de exceptie wegens niet-mededeling of verzwijging niet aan derden (slachtoffers) zou kunnen tegenwerpen (het stelsel van de W.A.M. dat door art. 87 van de nieuwe verzekeringswet 1992 wordt uitgebreid naar andere verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen). Doch ook wanneer de verzekeraar alle excepties uit de verzekeringsovereenkomst kan tegenwerpen heeft hij

⁴⁸ Vgl. R. de CORTE, "Informatie tot zekerheid", *TPR* 1983, (343) 346 nr. 11.

⁴⁹ HR 20-9-1991, Tripels t. Masson, *RvdW*, nr. 201, *NJB* 1991, 1434, verwerping. Zie evenwel de positieve inhoud ervan verder onder randnr 38. De restriktieve oplossing van het arrest werd bekritiseerd door J. VRANKEN, *WPNR* 6026.

⁵⁰ J. ERNAULT, *Droit de l'assurance de vie*, Bruylant Brussel 1987, 141; L. SCHUERMANS, *R.W.*, 1992-93, (689) 710 nr. 63.

er in alle gevallen waarin hij rechtstreeks kan worden aangesproken - en dat is het geval in alle aansprakelijkheidsverzekeringen sinds het cassatie-arrest van 5 december 1984⁵¹ - toch nog een positief belang bij alle nodige informatie over het schadegeval te krijgen van de verzekerde, al was het maar om zich behoorlijk te kunnen verdedigen in rechte. In al die gevallen kan men de aangifteplicht dan ook als een echte verbintenis beschouwen, en heeft de verzekeraar desnoods een inzagerecht.

Dit recht op informatie heeft echter als keerzijde dat de verzekeraar na kennisname van de risikoverzwaren spoedig zijn houding moet bepalen, of straffe van verwerking van het beroep erop (zie art. 31, lid 2 oude Verz.W.; art. 26 § 1 nieuwe Verz.W. met een verwerkingstermijn van 1 maand)⁵².

Een controlemogelijkheid die uit de kontraktuele verplichtingen van de verzekeringsnemer voortvloeit, doch door een groot deel van de rechtspraak op grond van de absolutistische opvatting over het beroepsgeheim aan de verzekeraar werd onthouden, namelijk het recht op een verklaring omtrent de doodsoorzaak vanwege de arts van de verzekerde in een levensverzekering, werd door de wetgever uitdrukkelijk bekrachtigd in art. 95, lid 2, nieuwe Verz.W. : de verzekeraar heeft zulk recht indien de verzekerde daarvoor toestemming heeft gegeven, wat van hem zal gevraagd worden om een levensverzekering te bekomen.

C. Procesrechtelijke regels en figuren die mede van belang kunnen zijn voor het onderzoek naar bestaan en omvang van een kontrolerecht

(25. BETEKENIS VAN PROCESRECHTELIJKE BEPALINGEN) Naast verbintenisrechtelijke bepalingen zijn voor ons onderwerp natuurlijk ook procesrechtelijke bepalingen van belang. Het procesrecht voorziet namelijk in ruime mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijsmateriaal en in medewerkingsplichten desbetreffende van de wederpartij. Een aantal van deze vragen besprak ik reeds in een rapport voor het 34e Kongres van de Vlaamse Juristenvereniging in 1990, waarnaar ik dan ook wil verwijzen⁵³. Daar kwam ook reeds een vraag ter sprake die voor ons onderwerp van belang is, namelijk de graad van autonomie van het procesrecht. Voor ons onderwerp is het meer bepaald van

⁵¹ Cass., 5-12-1984, AIC nv t. F cv, R.W., 1985-86, 1352, waarin het Hof terugkwam op zijn eerdere rechtspraak van de arresten van 18-10-1945, London & Scottish Assurance t. nv Bruxelloise d'Auto-Transport, verbreking, en Verenigde Prov. t. Janssens, Arr., 222 c.q. 224, Pas., 240 c.q. 247. Zie voor nadere verklaring mijn "Procesrechtelijke knelpunten bij de geldendmaking van rechten uit aansprakelijkheid", in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, XIX Postuniversitaire cyclus Willy Delva, red. M. Storme, Mys & Breesch Gent 1993, randnr. 45.

⁵² H. Cousy, "De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story Brussel 1986, (11) 26; mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 84.

⁵³ M.E. STORME, "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, p. (355), nr. 80-87 en 117-118.

belang of de "kontrolle" mogelijkheden die door het procesrecht worden gegeven - b.v. het bevel tot overlegging van stukken - enkel vereisen dat deze mogelijkheden nuttig zijn voor de beslechting van het geschil, dan wel of zij maar toegekend worden als middel ter bescherming van voorafbestaande materieelrechtelijke kontrolerechten. Het Duitse recht b.v. is traditioneel van de laatste opvatting uitgegaan, al wordt deze zuiver materieelrechtelijke benadering zwaar bekritiseerd, b.v. recent nog door P. SCHLOSSER, "Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne"⁵⁴, die daarbij lof toezwaait aan de wending die het Franse (en Belgische) recht gemaakt heeft in de nieuwe wetboeken van rechtsvordering (NCPC en Ger.W.).

Inderdaad zijn de termen van de desbetreffende bepalingen van het Ger.W. zo ruim opgesteld dat inzagerechten ook kunnen toegekend worden ongeacht of partijen reeds voor het proces een soortgelijk inzagerecht hadden. Zo b.v. bepaalt art. 871 Ger.W. dat ondanks de bewijslast van de wederpartij, de rechter aan iedere gedingvoerende partij kan bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen. Ook de artt. 877 e.v. over de overlegging van stukken en enkele andere relevant bepalingen zijn in dergelijke algemene bewoordingen gesteld.

Betekent dit nu dat de aard van de materieelrechtelijke verhouding die in geding is, en de rechten en plichten die daaruit voortvloeien, hierbij geen rol spelen? M.i. niet. De processuele verhouding is slechts relatief autonoom: het is de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen in een andere "aanleg", en daardoor in zekere mate gemodaliseerd. Doch de intensiteit van het procesrechtelijk inzagerecht wordt mede bepaald door de aard van de materieelrechtelijke verhouding: in het proces geldt er een sterker inzagerecht dan buiten het proces. Dit betekent enerzijds dat een processueel recht kan gelden zonder materieel recht, maar ook dat het processueel karakter van de bepalingen van art. 871 v. Ger.W. niet uitsluit dat soortgelijke rechten, zij het van mindere intensiteit, ook vooraf reeds bestaan. Dit is echter niet altijd het geval: buiten kontraktuele verhoudingen en mede-eigendom om geldt een recht op overlegging van stukken veelal eerst in een reeds ontstaan geschil of tot bewaring van een bedreigd recht (vgl. art. 18 Ger.W.). Dit is b.v. in beginsel het geval in buitenkontraktuele verhoudingen: een inzage in de stukken betreffende de produktie van een gevaarlijk produkt kan maar gevorderd worden indien schade ontstaan is of dreigt.

(26. OVERZICHT VAN DE BEPALINGEN) Naast de algemene regel van art. 871 Ger.W. en de regels betreffende de overlegging van stukken in art. 877 e.v. Ger.W. (en art. 21 v. WvK; die daarvan een verbijzondering vormen), kennen we nog de bepalingen van art. 972, lid 1 Ger.W., volgens dewelke partijen aan de deskundige alle nodige stukken terhandstellen, de verplichting getuigenis af te leggen behoudens de enkele gevallen van verschoningsrecht (gegrond op het beroepsgeheim), en enkele andere bijzondere bepalingen. Wat art. 972 Ger.W. betreft, is het wel zo dat de expert

⁵⁴ *Juristenzeitung*, 1991, 599 v.

zelf geen bevel kan geven, maar enkel om stukken kan verzoeken, en bij weigering zal aan de rechter een bevel moeten worden gevraagd⁵⁵. Ook kan de expert geen dwangsom opleggen.

(27. SANKTIES) Sanktie bij gebrek aan medewerking dient vooreerst te liggen in de mogelijkheid van bewijswaardering door de rechter : de rechter moet uit een weigering desnoods bewijs kunne afleiden. Dit is een efficiënte sanktie, maar niet noodzakelijk ook altijd een voldoende. Ook al draagt de (schuld)eiser de bewijslast niet, toch moet hij zijn rechten kunnen *aanvoeren*. In sommige gevallen heeft hij de informatie van de wederpartij nodig alleen maar om zijn recht te kunnen begroten of met enige redelijke waarschijnlijkheid te kunnen stellen (b.v. om een verstekvonnis te kunnen vorderen, zeker in de meerderheidsopvatting die het niet verschijnen als een betwisting beschouwt). Daarom kan overlegging in sommige gevallen een echte plicht zijn, die op straffe van een dwangsom wordt opgelegd.

Een bijkomende processuele sanktie kan een veroordeling in de kosten zijn. Hoe het achterhouden van ongunstige stukken kan worden gesanktionerd kunnen we b.v. zien in het arrest-Gordinne/Spaey; die zaak betrof de uitleg van een beding over de prijsbepaling in een overeenkomst die een aandelenoptie verleende, en waarin de ene partij een door haarzelf opgesteld stuk betreffende de voorbereiding en onderhandeling van de overeenkomst, dat de uitleg die de wederpartij aan de overeenkomst gaf volgens het Hof overduidelijk bevestigde, achterhield. Dit achterhouden nu werd als een bewijs van kwade trouw beschouwd⁵⁶ en gesanktionerd als een vorm van tergend en roekeloos procederen.

D. Regels en figuren uit het algemeen verbintenissenrecht die mede van belang kunnen zijn voor het onderzoek naar bestaan en omvang van een kontrolerecht

Naast de reeds behandelde regels die rechtstreeks een kontrolerecht betreffen, zijn er een aantal verbintenisrechtelijke figuren die onrechtstreeks enige betekenis kunnen hebben voor de erkenning en bepaling van de omvang en de grenzen van kontrolerechten. De belangrijkste daarvan wil ik even aangeven. Het moet U niet verbazen dat ik daarbij erg uiteenlopende rechtsfiguren uit het algemeen verbintenissenrecht op een rijtje zet.

1. recht op bewijs

(28. RECHT OP BEWIJS) Een eerste rij figuren heeft te maken met een "recht op bewijs". Een kontrolerecht is namelijk voornamelijk een uitdrukking van deze idee en de aanwezigheid van andere toepassingen ervan maakt het dus mogelijk in analoge gevallen kontrolerechten te erkennen.

⁵⁵ Dit werd b.v. toegekend door Vz. Rb. Luik (k.g.) 2-7-1980, *J.L.*, 241 n. G. de LEVAL; Rb. Hoei, 30-12-1981, *J.L.*, 1982, 137 n. G. de LEVAL.

⁵⁶ Hof Brussel 13-5-1987, n.v. Gordinne t. Saey, *J.T.*, 613

Aan deze idee van een "recht op bewijs" werd reeds goede literatuur gewijd en ikzelf heb ze reeds in mijn onderzoek betrokken in mijn genoemd rapport voor de Vlaamse Juristenvereniging⁵⁷, waarbij ik tot het besluit kwam dat er inderdaad een recht op bewijsvoering geldt, dat natuurlijk wel aan allerlei voorwaarden en lasten is onderworpen, net zoals het recht om te vorderen dat is. De absolutistische leer inzake uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen mocht ik reeds meermaals bestrijden⁵⁸. Ook mocht ik reeds benadrukken dat een "recht op bewijs" in beginsel geen afbreuk doet aan de beperkende bewijswaarderingsregels zelf, zelfs niet aan diegene die bepalen dat bepaalde soorten bewijsmiddelen voor het bewijs van bepaalde aanspraken geen enkele waarde hebben (wat ongelukkig ook ontoelaatbaarheid wordt genoemd)⁵⁹. Een bewijswaarderingsregel zoals art. 1341 B.W., dat het bewijs door getuigen en vermoeden boven of tegen akten uitsluit, vormt een materiële bewijsregel die moet uitgelegd worden volgens de materieelrechtelijke verhouding tussen partijen (zie art. 1348 B.W.), dus niet zozeer volgens de processuele goede trouw, maar volgens de eisen van de goede trouw die uit de onderliggende partijverhouding zelf voortvloeien. Dergelijke regels kunnen niet opzijgezet worden op grond van een recht op waarheid in het proces, omdat zij *niets te maken hebben met de waarheid, maar met de gebondenheid* van partijen, met de onderscheiding van juridisch bindende beloften en gentleman's agreements⁶⁰, met de onderscheiding tussen bindende overeenkomsten en prekontractuele verhoudingen, e.d.m.

Buiten deze specifieke bewijsbeperkingsregels om mag de rechter evenwel niet principieel verbieden dat van bepaalde bewijsmiddelen, zoals b.v. een getuigenverhoor, gebruik wordt gemaakt⁶¹, al kan hij natuurlijk wel soeverein oordelen dat een bepaalde bewijsmiddel niet dienend is.

⁵⁷ Zie b.v. Marcel L. STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, Story gent 1961, nr. 219 met verw. naar F. GENY; G. GOUBEAUX, "Le droit à la preuve", *La preuve en droit*, red. Ch. Perelman en P. Foirers, Bruylant Brussel 1981, (277) 280 v.; W. HABSCHEID, "Das Recht auf Beweis", 96. *ZZP* 1983, 306 v.; M. TARUFFO, "Le droit à la preuve", *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, Diskussionsberichte zum VII. internationalen Kongress für Prozeßrecht, Würzburg 1983*, Giesecking, Bielefeld, (41) 43 v.; M.E. STORME, "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, p. (355), nr. 119 v.

⁵⁸ M.E. STORME, "De goede trouw in het geding. De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, p. (355), nr. 120 en vooral in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, p. 3 v., nr. 86-87 en 107-108.

⁵⁹ Sommige auteurs gaan hiertegen in, zo b.v. W. HABSCHEID, 96. *ZZP* 1983, 306 v. Deze fout wordt niet gemaakt door G. GOUBEAUX, in *La preuve en droit*, 277 v.

⁶⁰ Zie E. DIRIX, "Gentleman's agreements en andere overeenkomsten met onzekere rechtsgevolgen", *Preadvies Vlaamse Juristenvereniging, R.W.* 1985-86, 2120

⁶¹ Cass., 18-3-1991, *Arr.*, nr. 372.

Genoemde beperking van de bewijsmiddelen geldt overigens alleen voor het bewijs van rechtshandelingen als dusdanig. Wil men b.v. enkel het materiële feit van een betaling inroepen, dan geldt die beperking niet.

(29. RECHT OP BEWIJS BIJ RECHTSHANDELINGEN) Doch ook bij het bewijs van rechtshandelingen zijn er een aantal regels die wijzen op een zeker recht op bewijs, zij het voornamelijk in het handelsrecht.

In het burgerlijk recht geldt weliswaar in beginsel ook een recht op bewijs, m.b. een recht op afgifte van een akte houdende bewijs van overeenkomsten die men aangaat,⁶² maar daartoe moet dan eerst het sluiten van die overeenkomst bewezen worden, en dat kan in beginsel precies slechts schriftelijk. Het enige drukkingsmiddel waarover de partij in die gevallen dan ook beschikt is een opschortingsrecht : indien de wederpartij op de overeenkomst een beroep doet mag de eerste de nakoming van zijn verbintenissen uit die overeenkomst opschorten zolang hij niet het vereiste bewijsstuk krijgt. Hetzelfde geldt overigens voor het recht op een bewijs van betaling (kwijtschrift)⁶³.

(30. RECHT OP BEWIJS - FAKTUUR) In het handelsrecht is de belangrijkste toepassing van het recht op bewijs de mogelijkheid om zich jegens een (andere) handelaar een bewijs te verschaffen van een overeenkomst of aanspraak door de toezending van een factuur, welke niet tijdig wordt geprotesteerd. Eerder mocht ik reeds analyseren waarom door de verzending en aanvaarding (zij het vaak stilzwijgende) van een factuur een bewijsovereenkomst tot stand komt, opvatting van o.m. Cloquet⁶⁴ en Savatier⁶⁵, die echter in België om onbegrijpelijke redenen meestal niet wordt aanvaard, bewijsovereenkomst die ik eerder reeds vergeleek met de notariële verkoopovereenkomst, die ook soms wijzigingen inhoudt t.o.v. het oorspronkelijk compromis, soms ook niet, en die in

⁶² Zie het lijstje in mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 202.

⁶³ Deze verplichting vinden we uitdrukkelijk in de meeste omringende rechtsstelsels, b.v. art. 6:48, lid 1 NBW, art. 1199 it. Cc, OR 88; BGB § 368-369, ABGB § 1426 v.; doch wordt ook bij ons algemeen aanvaard (zie b.v. R. POTHIER, *Traité des obligations* nr. 781; H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité* III nr. 480 en 683, al vinden we ze slechts in bijzondere wetten terug.

Deze verplichting moet begrepen worden vanuit de vereiste dat ook de betaling in beginsel schriftelijk moet bewezen worden. Daarom wordt ze bv. door E. DIRIX & G.L. BALLON, *De factuur*, Story Gent 1985, nr. 32-33, uit art. 1348 BW afgeleid.

Bij algehele betaling kan men a contrario uit art. 1332 B.W. het recht afleiden om het bewijsstuk der verbintenis terug te krijgen of daarop een bevrijdende aantekening te zien aanbrengen, recht dat we in andere wetboeken veneens uitdrukkelijk terugvinden (b.v. art. 6:48, lid 2 NBW; OR 88; BGB § 797 en 808, 2; HGB § 364), en bij ons evenzeer slechts in bijzondere wetten.

⁶⁴ A. CLOQUET, *De factuur*, Algemene Praktische rechtsverzameling, Story Gent 1954, nr. 242.

⁶⁵ Zo o.m. R. SAVATIER, "La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain", *R.T.D.Comm.* 1973, (1) 2 nr. 1 en 9 nr. 10 ("contrat confirmatif").

beginsel voorrang heeft op de daaraan voorafgaande overeenkomst⁶⁶. Ook de faktuur strekt er in beginsel slechts toe een voorafgaande overeenkomst te bewijzen, doch het is niet uitgesloten dat zij deze ook enigszins wijzigt. De vraag daarbij is enkel in welke gevallen uit het stilzwijgen van de bestemming een aanvaarding van die bewijs- of vaststellingsovereenkomst mag worden afgeleid.

Welnu, de gedraging van de bestemming moet beoordeeld worden vanuit de vertrouwensleer, de leer van de bescherming van het rechtmatig vertrouwen. Meer bepaald verklaren de eisen van het handelsverkeer waarom een handelaar die een ontvangen faktuur wil ontcrachten deze in beginsel moet protesteren, en verklaart de vertrouwensleer waarom de sanktie van het niet protesteren bestaat in het als aanvaard gelden van de niet geprotesteerde faktuur. De reden daarvoor is dat een schuldeiser gerechtigd is spoedig te weten waar hij aan toe is, minstens op het vlak van het bewijs, en daarom gerechtigd om spoedig van de schuldenaar te weten of een bepaald bewijsmiddel al dan niet dwingend bewijs zal opleveren, mits het gaat om een middel dat in verhoudingen van die aard gebruikelijk is. Uit dit rechtmatig belang van de schuldeiser kan men een zekere last van de schuldenaar tot medewerking aan de bewijsvergaring afleiden, en meer bepaald een protestlast. Bij welke stukken of bewijsprocedures dit kan gelden, hangt af van het verkeersgebruik. In sommige andere landen speelt de faktuur daarbij niet zo'n belangrijke rol, en de orderbevestiging b.v. veel meer. In het verkeersgebruik in ons land echter speelt precies vooral de faktuur een dergelijke rol. Het recht op bewijs houdt dus in zekere mate het recht in van een partij die tot een andere in een rechtsverhouding staat, om haar wederpartij te "interpellieren" en tot het nemen van een standpunt over die verhouding te dwingen telkens de *zekerheid* van de betrekking dit eist.

Anderzijds moet ook voor ogen gehouden worden dat de gelijkstelling van het stilzitten met een aanvaarding veronderstelt dat de wederpartij *rechtmatig* op dergelijke aanvaarding vertrouwt. De zekerheid van de rechtsbetrekkingen eist niet alleen dat standpunt wordt ingenomen, maar eist nog altijd eerst en vooral dat afspraken worden nagekomen en niet achteraf door een éézijdige opstelling worden gewijzigd⁶⁷.

Voor verdere uitwerking van deze ideeën op het gebied van de faktuur verwijs ik naar mijn reeds genoemde bijdrage⁶⁸.

⁶⁶ "Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een faktuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *T.B.H.* 1991, 463 v.

⁶⁷ Zo F. BYDLINSKI, "Die Entmythologisierung des "kaufmännischen Bestätigungsschreiben" im österreichischen Recht", *Festschrift Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Schmidt, Köln 1978, I, (335) 341.

⁶⁸ Zie in het bijzonder nr. 24, in bespreking van kh. Gent 27-3-1990 : een vordering van zijn aandeel in de winst van een maatschap of vennootschap, werd door een van de vennoten door middel van een "interne" deklaratie of fakturatie opgevorderd. De Rechtbank oordeelde dat dergelijke "fakturen", ook indien niet geprotesteerd, een onvoldoende titel vormen voor een vordering die eigenlijk een vereffening-verdeling van een feitelijke vennootschap betrof, zonder dat dergelijke vereffening-verdeling werd gevorderd (de fakturen werden gegrond op onderaanneming, wat door de Rechtbank in feite verworpen werd).

Vergelijkbare gedachten kunnen leiden tot de erkenning van de bewijswaarde van éézijdige bewijsmaatregelen, in het bijzonder wanneer de wederpartij werd uitgenodigd voor tegensprekelijke vaststellingen en op aanmaningen daartoe nooit heeft geantwoord. Het is m.i. proceseconomisch niet verantwoord om de eerste partij te verplichten dan steeds tot een gerechtelijk deskundigenonderzoek over te gaan⁶⁹.

2. controleplichten

(31. KONTROLEPLICHT KREDIETVERLENER) Een kontrolerecht van de schuldeiser is vanzelfsprekend in die gevallen waarin de schuldeiser zelfs een controleplicht heeft, en aansprakelijk kan worden gesteld, althans jegens derden, indien hij onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend.

Het beste voorbeeld daarvan vinden we bij de aansprakelijkheid kredietverlener wegens onvoldoende toezicht op de activiteit van de kredietnemer. Rechtspraak en rechtsleer, zowel als de verslagen van de Bankkommissie, nu Kommissie voor Bank- en Financien, stellen dat de kredietverlener ook gedurende de looptijd van het krediet een regelmatig en voldoende toezicht moet uitoefenen⁷⁰. Zo is hij doorgaans verplicht de jaarrekeningen en venootschapsdokumenten en zonodig ook de rest van de boekhouding na te zien. Dit veronderstelt dan ook dat hij recht heeft de boekhouding in te zien, en dit zonder dat nadere formaliteiten of procedures moeten worden ingezet. De kredietverlener is in beginsel niet verplicht tot een diepgaande boekhoudkundige expertise ("audit"), maar hij heeft daar naar omstandigheden wel het recht toe (zie daarvoor ook hieronder).

3. controle van mijn plichten, van de opeisbaarheid van mijn prestatie

(32. RECHT OP STAVING VAN ZIJN SCHULDEN) Een derde algemeen-verbintenisrechtelijke figuur die mee de omtrekken van een kontrolerecht betreffende wanprestatie van de schuldeiser kan helpen bepalen, is het kontrolerecht dat omgekeerd de schuldenaar heeft op de bepaling en meer bepaald berekening van zijn plichten of schulden door de schuldeiser.

Zo vinden we een aantal wettelijke en vele jurisprudentiële toepassingen van een recht van de schuldenaar op een gedetailleerde afrekening van zijn schuld : art. 1728 ter B.W. ten gunste van de

⁶⁹ Zie naast de voorbeelden in mijn bijdrage over de factuur in *TBH* 1991, ook nog b.v. Vred. Gent 22-7-1991, *TGR*, 1991, 168 nr. 91/67.

⁷⁰ Zie de uitwerking bij o.m. L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *TPR* 1986, (349) 379 v.; P. van OMMESLAGHE & L. SIMONT, "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het belgisch recht", *TPR*, 1986, (1091) 1105 v., en de arresten van het Hof Brussel 11-9-1987, *Pas.*, II, 1 (waartegen de voorziening in cassatie, die evenwel een ander geschilpunt betrof, verworpen werd bij arrest van 25-5-1989, *Arr.*, nr. 547); Hof Bergen 4-10-1988, *JLMB*, 1989, 1151; Hof Luik 24-10-1991, *R.P.S.*, nr. 6599; Hof Brussel 12-2-1992, 4e K., *Debroux c.s. t. Kredietbank*, onuitg.

huurder, art. 3 KB 30-11-1976 ten gunste van de opdrachtgevers van een gerechtsdeurwaarder, soortgelijke wettelijke regels ten gunste van patiënten van een arts of andere "zorgverstreker" en deontologische of pretoriaanse regels ten gunste van de cliënt van een advocaat⁷¹. Andere gevallen kunnen afgeleid worden uit de informatieplicht in de Nieuwe Handelspraktijkenwet (zie m.b. art. 2 e.v. betreffende de prijsaanduiding) of uit de regels inzake financiële transakties (b.v. art. 24 Beurswetboek voor effectentransakties en de KB's in uitvoering van art. 207, 2° en 4° Beurswetboek inzake wissel- en depositomakelaardij). Zo ook heeft de borg recht op een duidelijke afrekening, en zo er geen afstand van uitwinning is gedaan, recht op bewijs van de voorafgaande poging tot uitwinning van de hoofdschuldenaar. In Frankrijk heeft de borg veelal ook recht op een jaarlijkse staat van de schulden waarvoor hij borg staat (art. 48 W. 1-3-1984 sur la prévention et le règlement des difficultés des entreprises).

Een kontrolerecht is des te belangrijker indien de schuldeiser de bevoegdheid had om de schuld éézijdig, zij het binnen bepaalde grenzen of aan de hand van bepaalde maatstaven, te bepalen, de zogenaamde partijbeslissing⁷². Deze beslissing moet veelal gemotiveerd zijn, wat in ons geval een nauwkeurige berekening van de schuld veronderstelt.

Ook wanneer de bewijslast betreffende de juistheid van de gevorderde schuld omgekeerd wordt en in beginsel op de schuldenaar komt te liggen, is dergelijk kontrolerecht van groot belang. Indien b.v. op de gebruiker (abonnee) van nutsvoorzieningen de bewijslast wordt gelegd dat zijn afrekening onjuist is, dan nog kan de gebruiker in beginsel, precies om aan die bewijslast te kunnen voldoen, eisen dat hem voldoende informatie wordt gegeven⁷³. Zolang die informatie niet gegeven wordt, dient de bewijslast dan ook bij de schuldeiser te liggen.

Problematisch is hier m.b. de telefoonrekening. De andere rekeningen van nutsmaatschappijen zijn meestal voldoende gespecificeerd; bij die andere diensten gaat het dus voornamelijk om de controle van de teller (meter). Het is duidelijk dat elke partij het recht heeft die aan een deskundig onderzoek te onderwerpen, en dit recht vinden we veelal uitdrukkelijk bepaald in de algemene voorwaarden⁷⁴. Bij telefoonrekeningen daarentegen bepaalt art. 24 van het Min.B. van 10-11-1989 uitdrukkelijk dat er géén gedetailleerde faktuur wordt uitgereikt, een aspect waarover door 31 % van de antwoorden in de Belgacom-enquête werd geklaagd, dit hoewel er niet uitdrukkelijk naar werd gevraagd ! De instelling van een ombudsman alléén zal daar niet aan verhelpen, zolang men de onrechtmatige klausule niet wijzigt, dat de bewijslast van vergissingen op de verbruiker ligt ook zonder dat hij een gedetailleerde faktuur krijgt.

Een redelijk streng gesanktioneerde specificatielast van de schuldeiser vinden we ten slotte in de verplichting tot aangifte van het schadegeval in het verzekeringsrecht.

⁷¹ B.v. Vred. Sint-Gillis 16-4-1987, *T. Vred.* 1988, 252.

⁷² Zie mijn bijdrage in *TPR* 1988.

⁷³ Vgl. mijn rapport, *TPR* 1990, nr. 117 p. 513-514.

⁷⁴ Zie voor een toepassing Vred. Brugge, 10-3-1981, *BFE-rechtspraak*, 1982, 2.

(33. DE EXCEPTIO DUBII ALS SANKTIE) De belangrijkste en meest efficiënte sanktie wanneer de schuldeiser onvoldoende duidelijkheid verschaft is de "exceptio dubii". Zolang de schuldeiser zijn informatie- of specificatieplicht niet nakomt kan de schuldenaar betaling van het betwiste gedeelte (niet van het hele bedrag) opschorten, al kan hij wel verplicht worden het te konsigneren.

Dit opschortingsrecht bestaat natuurlijk maar voor zover de gegevens ter berekening van de schuld veeleer bij de schuldeiser berusten dan bij de schuldenaar. Zo geldt dit opschortingsrecht niet wanneer de schuldenaar niet de hoogte van de schuld betwist, maar enkel aanvoert dat er intussen reeds gedeeltelijk werd betaald : in dat geval zal de schuldenaar daarvan bewijs moeten leveren. Een toepassing hiervan vinden we in regel dat een schuldenaar de regelmatigheid van een tenuitvoerlegging niet kan aanvechten omdat geen aktuele afrekening werd opgesteld en dat hij concreet moet aangeven op welke punten de afrekening wordt bestreden en daarbij het nodige bewijs leveren⁷⁵.

(34. DE TWIJFEL OMTRENT DE PERSOON VAN DE SCHULDEISER) Deze exceptio dubii van de schuldenaar nu wordt niet alleen erkend bij redelijke gronden van twijfel heeft of men moet betalen (zie vorig randnr.), maar ook bij redelijke gronden van twijfel aan wie men moet betalen.

In mijn bijdrage in de jongste Delva-cyklus, nl. "Procesrechtelijke knelpunten bij de geldendmaking van rechten uit aansprakelijkheid", ben ik nader ingegaan op de vraag wat er gebeurt wanneer in de loop van een procedure het betwiste recht overgaat (onder bijzondere titel) op een nieuwe titularis, meer bepaald door overdracht van schuldvordering, subrogatie of als accessorium van een hoofdzaak die overgaat. Ik ben dan tot de konklusie gekomen dat op procesrechtelijk vlak de schuldenaar voldoende beschermd wordt door de uitleg in de rechtspraak gegeven aan art. 815 Ger.W., die erop neerkomt dat zolang geen kennis gegeven wordt van de rechtsopvolging, de procespartij bindend kan blijven optreden voor rekening van de nieuwe titularis⁷⁶, dus een soort vertegenwoordigingsmacht behoudt. De materieelrechtelijke vraag echter, of een schuldenaar nakoming mag opschorten zolang hem geen duidelijk antwoord verschaft wordt op de vraag wie nu de rechthebbende is, heb ik daar niet uitgewerkt.

Nu kan men zeggen dat de schuldenaar dit niet mag omdat hij er geen belang bij heeft⁷⁷, daar hij beschermd wordt tegen onverschuldigde betaling door de regels i.v.m. de formele kennisgeving (in beginsel betekening) die vereist is voor de tegenwerpelijke van de cessie aan de schuldenaar, tenzij deze de cessie heeft erkend of aanvaard (de vaste datum of autentieke akte is slechts vereist voor de tegenwerpelijke aan andere derden dan de schuldenaar⁷⁸, doch de loutere kennis is omgekeerd ook t.a.v. de schuldenaar niet voldoende, behoudens derde-

⁷⁵ E. DIRIX & K. BROECKX, *Beslag*, A.P.R., Story Brussel 1992, nr. 476.

⁷⁶ Zie mijn genoemde bijdrage, nr. 36 en 41.

⁷⁷ Veeleer in die zin E. DIRIX, "De aanspraakgerechtigden bij zaakschade en burenhinder", noot onder Cass. 28-6-1990, *R.W.* 1990-91, (1403) 1404.

⁷⁸ Zie Cass., 12-10-1967, *Pas.*, 204; Cass., 18-1-1968, *Pas.*, 634; Cass., 30-4-1976, *Pas.*, 941.

medeplichtigheid of bedrog⁷⁹), en meer in het algemeen door de bevrijdende werking van een betaling aan de schijnschuldeiser (art. 1240 B.W.)⁸⁰ (dit laatste is vooral van belang bij overgang van schuldvordering waarvoor geen publiciteit is voorzien, zoals b.v. subrogatie). Toch kan de schuldenaar kan er inderdaad belang bij hebben om te weten wie de materieelrechtelijke rechthebbende is, al was het maar om eventuele verweermiddelen te kunnen opwerpen die hij tegen die rechtsopvolger heeft en niet tegen de formele gedingpartij (de rechtsvoorganger), zoals b.v. een schuldvergelijking. Hij kan er zelfs belang bij hebben inzage te krijgen in de overeenkomst tussen hen, b.v. om zijn recht op naasting van een gecedeerd betwist recht (art. 1699 B.W.)⁸¹ uit te oefenen, of om een beroep te doen op de afstand van verhaal van de verzekeraar en gelijkaardige bedingen ten gunste van derden⁸², of om een beroep te doen op de afstand van verhaal van een verzekeraar en gelijkaardige derdenbedingen. Ook heeft hij er belang bij van de gesubrogeerde bewijs van betaling in te zien, aangezien de subrogatie maar plaatsvindt voor zover er betaald is.

In die gevallen, alsook in alle andere gevallen waarin de schuldenaar redelijke gronden van twijfel heeft aan wie hij moet betalen, heeft de schuldenaar een "exceptio dubii", een recht om de betaling op te schorten tot hij voldoende zekerheid heeft gekregen⁸³. Wél kan hij verplicht worden - meer bepaald in kort geding - de prestatie intussen te blokkeren of konsigneren⁸⁴. Bijzondere regels in verband hiermee vinden we veelal in de wettelijke bepalingen betreffende verschillende vormen van

⁷⁹ Cass. 7-9-1972, *Pas.*, 72. Voor de regel inzake endossement van faktuur, zie Cass. 13-5-1988, *Arr.*, 1188, besproken door Y. MERCHIERS, in *De overeenkomst vandaag en morgen*, nr. 57.

⁸⁰ Voor de criteria voor de schijnschuldeiser, zie R. KRUIHOF, "De betaling aan de schijnschuldeiser", in *Actori incumbit probatio, opstellen aangeboden ter gelegenheid van de eerste promotie rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen*, Maarten Kluwer, Antwerpen 1975, 109.

⁸¹ Zie daarover A. van OEVELEN, "Overdracht van betwiste rechten", noot onder Cass., 23-12-1977, nv Sarma t. Van Caneghem & Ficq, verwerping, *R.W.*, 1978-79, 366.

⁸² S. ROLAND, in *Liber amicorum Lionel Tricot*, p. (457) 464.

⁸³ Zie voor uitwerking mijn *Mijn De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 202 noot 31 en nr. 271 en de daar besproken rechtspraak; mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, p. 488 nr. 67. Deze regel werd eerder verdedigd door R. DEMOGUE, *Traité des obligations* VI nr. 11; R. KRUIHOF c.s., "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen", *TPR* 1975 nr. 170 en vinden we uitdrukkelijk in art. 6:37 NBW (voor de redenen waarom een opschortingsrecht verantwoord is naast een konsignatieregeling alleen, zie de Memorie van antwoord, II, 37, gepubliceerd in C. van ZEBEN & J.W. du PON, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw BW*, Boek VI, Kluwer Deventer 1981, 169. Deze bepaling stamt uit het gemeenschappelijk Benelux-ontwerp Nakoming van verbintenissen, dat evenwel nooit werd ondertekend. Zie voor andere voorbeelden S.N. van OPSTALL, "De ontwerp-Benelux-overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen", *TPR* 1973, (697) 718 nr. 12 (betwistingen in een nalatenschap e.d.m.).

⁸⁴ Zie b.v. kh. Brussel 27-3-1983, Nv Heller general Factoring t. GmbH Ashland-Sudchemie cs. - vonnis ten gronde kh. Brussel 4-6-1985, *T.B.H.*, 1986, 393. Vgl. ook P. de VROEDE, *De cheque* nr. 151.

waardepapieren (zie b.v. art. 11 Warrantwet; art. 42 Wisselbriefwet; Chequewet; Art. 19 W. 24 juli 1921 op de buitenbezitstelling van toondertitels, e.d.m.).

Dit opschortingsrecht kan ook gepaard gaan met een tegenvordering tot overlegging van stukken (actio ad exhibendum).

4. controle van mijn rechten vooraleer ik zelf enige verplichting heb (in geheel of gedeeltelijk wederkerige rechtsverhoudingen)

(35. DE TWIJFEL OMTRENT DE BEHOORLIJKE NAKOMING DOOR DE WEDERPARTIJ) Opschorting van betaling is verder ook een remedie voor de partij die geen controle heeft kunnen uitoefenen op de nakoming van de tegenprestatie door de wederpartij. Dit opschortingsrecht vloeit in het algemeen voort uit de onderlinge afhankelijkheid van verbintenissen in wederkerige rechtsverhoudingen in het algemeen en wederkerige overeenkomsten in het bijzonder. Nu is er in het normale geval geen opschortingsrecht als de wederpartij effectief nakomt, ook al heeft de schuldeiser daarvan op dat ogenblik geen zekerheid (wél berust bewijslast in beginsel bij de schuldenaar die eerst moet nakomen), tenzij de wederpartij ook een informatieplicht heeft (waarbij ze informatie verschaft aan de hand waarvan de eerste partij zekerheid krijgt over de nakoming of behoorlijkheid ervan) en de opschorting van de tegenprestatie zolang die informatieplicht niet vervuld is naar maatstaven van goede trouw *evenredig* blijft aan die tekortkoming⁸⁵. Ter staving hiervan kan nogmaals verwezen worden naar de "exceptio dubii" : de twijfel over de korrekte nakoming van de tegenprestatie is namelijk ook een vorm van twijfel over de vraag of men wel moet betalen. Zijn er redelijke gronden voor die twijfel, meer bepaald omdat de wederpartij geen controle toestaat, dan kan de prestatie tijdelijk worden opgeschort (desgevallend gekonsigneerd).

Dit opschortingsrecht, de *exceptio non adimpleti contractus*, geldt dit in beginsel slechts zolang men zelf niet eerst moet nakomen. Doch de opschorting wordt niet enkel gerechtvaardigd door de niet-nakoming van de hoofdverbintenis van de wederpartij, maar veelal ook door de niet-nakoming van een preliminaire verbintenis, zoals de verbintenis van de wederpartij om op voorhand alles in gereedheid te brengen om de prestatie tijdig na te komen. Blijkt nu reeds op voorhand dat de wederpartij niet tijdig of niet behoorlijk zal kunnen nakomen, dan zal ook op voorhand reeds een opschortingsrecht kunnen worden erkend⁸⁶. In de zaak Delta Kabel t. Heidemaatschappij aanvaardde de Hoge Raad ook dat een opdrachtgever van werk de overeenkomst mocht verbreken

⁸⁵ Zie voor meer details mijn "De *exceptio non adimpleti contractus*, als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald *evenredigheid* en *volgorde van de prestaties*", *R.W.* 1989-90, p. 313-324.

⁸⁶ Zie over dit probleem van de "anticipatory breach of contract" of tekortkoming op voorhand uitvoeriger M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme : les droits belge et français face à l' "anticipatory breach" de la common law*, pr. U.E. Liège 1982; en mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldverhoudingen*, nr. 299 e.v.

omdat de aannemer intussen elders gefaald had in de uitvoering van een soortgelijk kleiner werk en geen voldoende garanties kon geven voor bekwaamheid tot behoorlijke nakoming⁸⁷.

Kan men zijn eigen prestatie op genoemde gronden opschorten, dan kan men vanzelfsprekend ook een goedkeuring of kwijting van de wederpartij opschorten tot men een voldoende controlemogelijkheid heeft gekregen. Enkele bijzondere eisen die aan die controlemogelijkheid kunnen worden gesteld werden in het eerste stuk van deze bijdrage (B.) reeds vermeld, b.v. in het vennootschapsrecht. Wél heeft men er alle belang bij om duidelijk standpunt in te nemen, om niet het risico te lopen van een verlies van rechten wegens "stilzwijgende goedkeuring", de fictie waarmee men in ons recht nog al te vaak de figuur der rechtsverwerking met de mantel der liefde toedekt. Doch dit vraagstuk behoort tot de bijdrage van konfrater P.A. Foriers en laat ik hier dan ook terzijde.

5. rechten op informatie

Tot slot van dit deel kunnen ook nog enkele andere informatieplichten vermeld worden, die relevant zijn voor de bepaling van kontrolerechten

(36. INFORMATIERECHTEN ALS KEERZIJDEN VAN WAARSCHUWINGSPLICHTEN VAN DE SCHULDENAAR) Een eerste soort informatierecht is de keerzijde van de waarschuwingplicht van de schuldenaar om het ontstaan of het oplopen van schade - meer bepaald wegens gebrekkige nakoming - te vermijden.

Zo werd in het turntoestellen-arrest een fabrikant aansprakelijk gesteld omdat hij nadat hij turntoestellen had geleverd kennis had gekregen van gebreken van de toestellen (op grond van eerdere ongelukken) en deze nooit had meegedeeld aan de koper, dit hoewel er een onderhoudskontraakt was⁸⁸.

Advokaten, accountants, belastingadviseurs, doch ook artsen, e.d.m. kunnen de verplichting hebben hun cliënt, patiënt e.d.m. te waarschuwen na het aflopen van een procedure, dienstverlening of behandeling, zelfs indien dit de erkenning van gemaakte fouten zou insluiten⁸⁹. Hetzelfde geldt voor andere beroepen waarin andermans zaken worden waargenomen of beheerd (zie hoger deel B.).

⁸⁷ HR 7-5-1982, *NJ*, 1983, 525 noot C.J.H. BRUNNER, *Bouwrecht* 1982, 658. Zie ook de arbitrale zaak nr. 3799 (arbitrer prof. Herbots), 1981, in *Collection of ICC Arbitral awards 1974-1985*, ICC/Kluwer Law & Taxation, 138 v.

⁸⁸ Cass. 28-2-1980, *Arr.*, 813, *R.C.J.B.*, 1983, 228 noot J.L. FAGNART

⁸⁹ Zie i.v.m. de arts J. TAUPITZ, "Aufklärung über Behandlungsfehler : Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht ?", *NJW* 1992, 713 v. en meer in het algemeen J. TAUPITZ, *Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigener Fehlverhaltens*, 1989.

Soms heeft een partij (koper, aanbestede, e.d.m.) op grond van de overeenkomst recht op mededeling van de verbeteringen aan het produkt of de dienst (upgrades, ...), b.v. in overeenkomsten tot overdracht van technologie⁹⁰. In het kader daarvan rijst ook de vraag naar de inzage in en de bewaargeving van de vertrouwelijke gegevens die aan de basis daarvan liggen, zoals b.v. de source code van computerprogrammatuur. M.i. moet het mogelijk zijn hier de procedure van beslag inzake namaak toe te passen. Doch in ieder geval kan men hier spreken van een informatieplicht.

Ook inzake produktaansprakelijkheid moet het m.i. mogelijk zijn de procedure van beslag inzake namaak naar analogie toe te passen, hoewel het meestal niet om namaak in de zin van art. 1481 Ger.W gaat, en wel op grond van de algemenere bepalingen van het Ger.W. inzake bewarende maatregelen (art. 574 Ger.W.).

(37. DOORTREKKEN VAN PREKONTRAKTUELE INFORMATIEPLICHTEN) Een kontrolerecht kan ook voortvloeien uit het doortrekken van prekontraktuele informatieplichten in de kontraktuele fase. In beginsel moet dit gegrond kunnen worden op art. 1135 B.W. en de aanvullende werking van de goede trouw. Doch het wordt meestal niet vanzelfsprekend geacht dat informatie die, zelfs spontaan, bij het aangaan van overeenkomsten moet worden verstrekt, ook nadien nog voortdurend verder moet worden meegedeeld. In beginsel evenwel is dat vereist, tenzij het gaat om informatie die precies op het risico-element betrekking hebben dat in de overeenkomst werd aangegaan.

Een duidelijk voorbeeld vinden we in de verzekeringsovereenkomst : de verzekeraar heeft ook tijdens de overeenkomst recht op mededeling van alle risikoverzwarende elementen, behalve indien zij niet tot herberekening van de premie mogen leiden (zie hoger randnr. 24).

Niet wettelijk bepaald, maar toch vergelijkbaar is het recht van de kredietverlener op mededeling van elementen die de solvabiliteit verminderen; ook hier gaat het om het doortrekken van een prekontraktuele informatieplicht van de kredietnemer (zie daarvoor b.v. art. 10 Wet konsumentenkrediet). Nu heeft ook buiten elke overeenkomst om éénieder weliswaar inzage in bepaalde vormen van informatie over andermans vermogen, namelijk die elementen waarover een openbare publiciteit bestaat, zoals de hypothekaire inrichting. Doch dit is uitermate beperkt⁹¹. Meestal wordt dan ook in de kredietovereenkomst bedongen dat de kredietverlener dergelijk recht ook tijdens de duur van de overeenkomst heeft, en ook zonder bijzonder beding vloeit dit recht m.i. voort uit de artt. 1134-

⁹⁰ Zie b.v. M. FONTAINE, "Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux ", *DPCI* 1984, p. 16 en 19;

⁹¹ Zie voor kritische analyses R. de CORTE, "Informatie tot zekerheid", *TPR* 1983, 343 v. en R de CORTE & E. DIRIX, *Zekerheidsrechten*, Kluwer Antwerpen 1989, nr. 47 v. Zie ook J.P. MASSON, "Considération sur la publicité en droit privé", *R. Not. B.*, 1978, 354 v.

1135 B.W.⁹². Zo b.v. bepaalt art. 18 van de Algemene Voorwaarden van de Kredietbank o.m. dat de kredietnemers ertoe gehouden zijn alle door de bank nodig geachte inlichtingen ter beoordeling van hun bedrijfseconomisch resultaat en/of vermogenstoestand op eerste verzoek ter beschikking te stellen, en dat zij inzage moeten geven van alle gewenste boekhoudkundige beschieden en alle medewerking moeten verlenen bij een eventuele controle nopens de samenstelling van de handelszaak. Dergelijk kontrolerecht wordt dan ook soms een vorm van "zekerheid" genoemd⁹³.

Indien dergelijk kontrolerecht goed verdedigbaar en zelfs uitvoerbaar is bij pandhoudende of hypothekaire schuldeisers, is het nog meer van belang bij konkurrente schuldeisers. Een kontrolerecht vloeit uit de aard van de zaak voort wanneer zogenaamde "negatieve zekerheidsklausules"⁹⁴ bedongen werden.

(38. ANTICIPATIE VAN VERHAALSRECHTEN) Men kan dergelijk kontrolerecht niet enkel beschouwen als het doortrekken van prekontraktuele verplichtingen, maar ook als een anticipatie van verhaalsrechten op het vermogen van zijn schuldenaar. Hoger werd reeds gewezen op de zeer geringe "informatie tot zekerheid" die beschikbaar is in ons recht. Vandaar dat kredietverleners proberen zelf die informatie op te bouwen. De wet lijkt daaraan grenzen te stellen. Meer bepaald aan geautomatiseerde informatieverwerking worden grenzen gesteld door de wet op het consumentenkrediet (zie m.b. art. 68 v.). Nu zijn de desbetreffende teksten bijzonder slecht opgesteld. Als men art. 69 § 3 zou moeten geloven mogen geen gegevens betreffende de vermogenstoestand verwerkt worden; art. 70 § 2 spreekt daarentegen wel van gegevens betreffende het patrimonium. Ook geldt de beperking enkel voor gegevens welke betrekking hebben op het consumentenkrediet : zodra de konsument in een andere hoedanigheid met de kredietverlener is verbonden (bankrekening, professioneel krediet, hypothekair krediet, enz...), geldt de beperking daarvoor niet. Ook betekent de beperking van de geautomatiseerde verwerking niet dat men de gegevens niet zou mogen opvragen tijdens de duur van de overeenkomst : de prekontraktuele verplichting van art. 10, 1 moet namelijk doorgetrokken worden tijdens de uitvoering van de overeenkomst.

Men mag dan ook niet vergeten dat er ook nog bepalingen zijn zoals art. 21 V. WvK. Uit die bepalingen blijkt trouwens, zoals reeds hoger gezegd, een gradatie : de gevallen waarin de *overlegging* van het geheel van de boekhouding kan worden, zijn beperkt tot hoofdzakelijk de vereffening van vermogens; doch *openlegging* van een gedeelte of zelfs de gehele boekhouding kan wél bevolen worden. En een schuldenaar kan dus wél verplicht zijn om een schuldeiser die jegens hem een veroordeling (tot betaling van een geldsom) verkreeg, inlichtingen omtrent zijn

⁹² Zie b.v. J. van DOORSLAER, *De kredietopening*, Kluwer Antwerpen 1984, nr. 23; J. de LAT en Y. de COCK, *De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening*, Swinnen Brussel 1982, nr. 58-59.

⁹³ Zie Y. GUYOT, "Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté", *R. Jur. Comm.* 1982, 121 v.

⁹⁴ Zie daarover b.v. E. de BIE, "Juridische aspecten van de negatieve zekerheidsclausule", *J. Falc.*, 1991, 349.

inkomens- en vermogenspositie en omtrent voor verhaal vatbare goederen te verschaffen, zoals overigens ook de Hoge Raad in het eerder aangehaalde arrest-Tripels stelde⁹⁵ (waarin de vordering tot afgifte van de boekhouding, ingesteld door een advocaat tegen een cliënt die zich op zijn insolventie beriep om de advocaat niet te betalen, overigens wel werd afgewezen).

Art. 475g van het nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt overigens uitdrukkelijk dat "een schuldenaar verplicht is aan een deurwaarder die gerechtigd is tegen hem een beslag te leggen, desgevraagd zijn bronnen van inkomsten op te geven" met een zeer efficiënte sanktie : "zolang de schuldenaar desgevraagd niet aan de beslaglegger opgeeft of en hoeveel inkomen toekomt aan degene aan wie samen met hem gezinsbijstand zou kunnen toekomen, *wordt de beslagvrije voet gehalveerd*". Een dergelijke sanktie zou wellicht ook in België enig effect kunnen hebben !

Volgens dezelfde bepaling is overigens ook eenieder aan wie gevraagd wordt of hij aan de schuldenaar periodieke betalingen verriicht of schuldig is, verplicht daarop schriftelijk te antwoorden, ook buiten elk derdenbeslag om. Ook dit gaat wel een stuk verder dan het formalistische belgische recht.

In Frankrijk worden de mogelijkheden van de gerechtsdeurwaarder ook enigszins vergroot door de nieuwe regels van het executierecht (W. van 9 juli 1991). Zo kan de gerechtsdeurwaarder het parket verzoeken opzoeken te doen om het adres van de schuldenaar, dat van zijn werkgever en dat van al zijn (bank)rekeningen te weten te komen, en het parket is verplicht daarbij te helpen (zie art. 39 van genoemde wet).

Voor de inwerkingtreding daarvan had het Hof van cassatie overigens reeds een arrest verboden dat geweigerd had in te gaan op het verzoek van een schuldeiser, die elk spoor van adres van zijn schuldenaar kwijt was, om de werkgever van die schuldenaar te veroordelen (op straffe van een dwangsom) om het adres van die schuldenaar mee te delen. Het Hof van cassatie oordeelde dat het recht om zijn woonplaats verborgen te houden en derden te verbieden die mee te delen niet geldt wanneer die verberging ertoe strekt te ontsnappen aan nakoming van zijn verbintenissen en de rechten van zijn schuldeisers te dwarsbomen⁹⁶.

Er is geen reden waarom deze regel niet ook in België zou gelden. Wat overigens in ieder geval kan, is het leggen van een derdenbeslag, waardoor de derde-beslagene verplicht is een nauwkeurige schuldenaarsverklaring af te leggen (zie art. 1452 Ger.W.)⁹⁷ op straffe van mogelijkheid tot

⁹⁵ Hoge Raad 20-9-1991, *RvdW* nr. 201, *NJB*, 1991, 1434.

⁹⁶ Cass. civ., 1re, *D.* 1991, 568 n. D. VELARDOCCHIO, *R.T.D.Civ.* 1992, 102 n. J. MESTRE.

⁹⁷ Het beroepsgeheim van b.v. de advocaat verhindert dit m.i. helemaal niet - zie i.v.m. mijn rapport in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, nr. 79-80 en 85.

gehoudenheid tot dezelfde schuld (art. 1456 Ger.W.). Doch in kort geding kan ook andere soort informatie worden gevorderd, die met een derdenbeslag niet kan worden bekomen, b.v. ter opsporing van verduisterde goederen (vgl. hoger randnr. 10 en noot 21).

(39. POSTKONTRAKTUELE INFORMATIEPLICHTEN) Ook na de beëindiging van de overeenkomst kunnen postkontraktuele informatieplichten blijven bestaan, b.v. ter controle van de rechtmatigheid van de beëindiging. Denken we b.v. aan het inzagerecht van de huurder die opgezegd werd voor renovatiedoeleinden of voor eigen gebruik van de eigenaar (art. 3 § 2, lid 4 en vooral art. 3 § 3, lid 5 Woninghuurwet). Aangezien de postkontraktuele verbintenissen echter reeds aan bod komen in meerdere andere rapporten, weid ik ook daarover niet uit.

E. Grenzen en modaliteiten van een algemeen opgevat kontrolerecht.

1. argumenten ter begrenzing van kontrolerechten.

(40.) Meerdere nog niet genoemde regels of figuren kunnen omgekeerd ook wijzen op de grenzen van kontrolerechten van de hier besproken aard. Vooraleer nader in te gaan op de belangrijkste, nl. de bescherming van de privacy, kan nog gewezen worden op enkele andere algemene beginselen zoals het verbod van chicanes of rechtsmisbruik en de vrijheid van handel en nijverheid.

Kontrolerechten kunnen natuurlijk misbruikt worden voor allerlei chicanes⁹⁸. Vandaar dat zij in sommige overeenkomsten worden uitgesloten, of worden onderworpen aan de voorwaarde van een voorafgaandelijke betaling of consignatie. Ook bijzondere rechtsfiguren zoals het dokumentair krediet ontwikkelde zich hieruit, en dit is goed te merken aan de uiterst terughoudende aanpak door rechtspraak en rechtsleer van het misbruik dat omgekeerd van documentaire kredieten an worden gemaakt.

Een te verregaand kontrolerecht bedongen door b.v. een kredietverlener of franchisor zou men ook kunnen bestrijden met een beroep op de vrijheid van handel en nijverheid. Doch het gaat om kontraktueel overeengekomen verplichtingen, zodat de gecontroleerde zich hierop maar zal kunnen beroepen indien de beperkingen die hij ondergaat in strijd komen met het mededingingsrecht, vraagstuk waarop we hier niet nader ingaan. Weliswaar kan het zijn dat de kontrolerende partij in zijn controles zo ver gaat dat hij zal beschouwd worden als een feitelijk bestuurder van de gecontroleerde firma, doch dit is geen vraagstuk van geldigheid van die kontrolerechten, maar veeleer van (neven)gevolgen ervan.

⁹⁸ Zie b.v. voor de individuele onderzoeksbevoegdheid van de vennoot K. GEENS, "Over de uitgestrektheid van de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoot", *TRV*, 1989, (224) 225; Vz. kh. Brussel (k.g.) 20-12-1988, *TRV*, 1990, 571 noot P. VANDEPITTE & J.M. GOLLIER.

(41. PRIVACY) De belangrijkste opwerping tegen en begrenzing van kontrolerechten ligt natuurlijk in de bescherming van het privéleven. Krachtens art. 8 E.V.R.M. is géén inmenging van enig openbaar gezag toegestaan met betrekking tot de uitoefening van het recht op privéleven, dan voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is voor o.m. de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Aangezien de kontrolerechten waarover deze bijdrage handelt, in beginsel bedoeld zijn voor de bescherming van derden, met name de wederpartij, komt het erop aan na te gaan of de controle 1° een inmenging vormt in het privéleven, 2° bij wet is voorzien en 3° proportioneel is aan noodzaak van bescherming van die rechten van derden.

Wat het tweede vereiste betreft is de rechtspraak van het E.H.R.M. vrij streng : weliswaar eist het geen wet in de formele zin van het woord, doch wel een regel met een bijzondere precisie wat betreft de toegestane inmenging⁹⁹. M.i. beantwoorden de regels van art. 877 v. Ger.W. aan art. 21 v. WvK aan dit vereiste : hoewel deze regels niet precies alle gevallen opsommen waarin een inzagerecht moet worden verleend, zijn ze toch vrij precies wat de inmenging zelf betreft : het gaat steeds om welbepaalde stukken (art. 877 ger.W.) of om een welbepaald geheel van stukken (de boekhouding e.d.m.). Bovendien is er een voorafgaande rechterlijke controle. Dit laatste is niet het geval bij bijzondere kontraktuele bedingen, doch ook dan wordt de gecontroleerde niet zomaar met een kontrolerecht overvallen, maar vloeit het voort uit een rechtsverhouding, meer bepaald een overeenkomst, waartoe hij togetreden is. Wel zouden ook kontraktuele bepalingen in zekere mate moeten aangeven welke stukken of welk geheel van stukken aan inzage wordt onderworpen.

Het derde vereiste wordt traditioneel ontleed in termen van "relevantie" en "proportionaliteit" : de "inmenging" in het privé-leven moet relevant zijn en proportioneel aan de bescherming van de rechten van derden die ermee wordt nagestreefd. Het evenredigheidsbeginsel maakt m.i. dat het eerste en het derde vereiste tesamen kunnen en moeten worden behandeld. In navolging van vele anderen meen ik namelijk dat het privéleven geen zwart-wit concept is, maar gradaties kent. Men kan niet stellen dat alle aspecten die onder de privacy kunnen vallen even sterk moeten worden beschermd. Zo maakt men vaak een onderscheid tussen de "Intimsphäre" en de privésfeer in een ruimere betekenis. Enkel de eerste verdient een absolute bescherming, en dan denken we aan de problemen van het onderbewuste, de foltering, de vrijheid van geweten en godsdienst, de intimiteit tussen man en vrouw¹⁰⁰. De vragen die ons bezighouden daarentegen hebben omzeggens steeds

⁹⁹ Zie m.b. de arresten *Malone t. verenigd Koninkrijk*, 2-8-1984 en *Huvig & Kruslin t. Frankrijk*, 24-4-1990, becommentarieerd door o.m. P. LAMBERT, "Les écoutes téléphoniques", *J.T.* 1990, 749-750.

¹⁰⁰ Vgl. voor een verdediging van dit onderscheid i.v.m. de behandeling van onrechtmatig verkregen bewijs W. HABSCHEID, "Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht", in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Springer Heidelberg 1967, p. (840) 845-846; -, "Das Recht auf Beweis", 96. *ZZP* 1983, p. (306) 332-333. Vgl. Cass. 7-3-1975, *Arr.*, 764 n. E. KRINGS, *R.W.*, 1974-75, 2335 en de kommentaar van P. LEMMENS, P.

te maken met de vermogenstoestand van een persoon, welke voor haar bescherming in principe juist wel aan een zekere "publiciteit" is onderworpen (denken we in het bijzonder aan de hypothekaire inrichting, aan de publiciteit betreffende de vermogensrechtelijke aspecten van schuldvorderingen via de persoon van de schuldenaar, e.d.m.¹⁰¹). In kontraktuele verhoudingen, die ons bezighouden, gaat het bijna steeds om inzage in de vermogensrechten van de wederpartij en dit ter bescherming van de eigen vermogensrechten (in sommige gevallen kan dit veeleer uitgedrukt worden in termen van konkurrente, namelijk wanneer het om vertrouwelijke bedrijfsinformatie gaat); het gaat dus om belangen met in beginsel gelijke waarde. De inzage kan dan ook niet principieel verboden zijn op grond van art. 8 EVRM, maar moet proportioneel blijven met de bescherming die men ermee wil en kan bekomen.

Nu is het in sommige gevallen ook wel zo dat aspecten van het echte privé-leven ter sprake komen bij kontrolerechten. Zo vermeldt art. 10, 2 W. Konsumentenkrediet gegevens waarnaar niet mag worden gevraagd bij onderhandelingen over kredietverlening : ras, etnische afstamming, seksueel gedrag, gezondheid, overtuigingen of activiteiten op politiek, levensbeschouwelijk of godsdienstig gebied of lidmaatschap van een vakbond of ziekenfonds. Doch gaat het hier om gegevens die krachtens de wet als vertrouwelijk én niet relevant moeten worden beschouwd ? Het gaat niet zozeer om gegevens die noodzakelijkerwijze vertrouwelijk zijn : bepaalde daarvan zijn bijna in essentie publiek bekend; bovendien zijn ze voor de kredietverlener vaak maar relevant in de mate waarin ze precies enige publiciteit en weerslag hebben buiten het strikte privéleven om ! Het gaat hier veeleer om gegevens die niet mogen meespelen bij de beslissingen van kredietgevers over kredieten (i.h.b. acceptatiebeleid), en betreft dus een diskriminatievraagstuk dat men m.i. ten onrechte heeft ingekleed als een informatie- en privacyprobleem.

Het belangrijkste criterium blijft dan ook de proportionaliteit van de inmenging : ze mag niet verder gaan dan nodig is om de wederpartij toe te laten haar rechten te bewaren, uit te oefenen en te beschermen. Omwille van die proportionaliteit is het nuttig te kijken naar de verschillende wijzen waarop kontrolerechten kunnen worden uitgeoefend, om na te gaan of de controle niet dient te worden uitgeoefend op de wijze die, met hetzelfde resultaat, de kleinste schending van het privéleven oplevert, of anders gezegd, de grootste bescherming van de vertrouwelijkheid van de informatie van de wederpartij waarvan inzage wordt gevraagd. Zo zijn er verschillende mogelijkheden waarbij controle kan worden uitgeoefend zonder dat de wederpartij zelf inzage krijgt in vertrouwelijke informatie waarvan de kennis niet noodzakelijk is voor de bescherming van zijn rechten. Deze komen in het volgende aan bod.

2. Modaliteiten en procedures voor de bescherming van de belangen van de gecontroleerde bij de uitoefening van het kontrolerecht.

LEMMENS, "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Story Brussel 1991, 659 v.

¹⁰¹ Zie daarover mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, nr. 49 e.v.

(42. DESKUNDIGENONDERZOEK) Het belangrijkste middel om dat te bereiken bestaat er natuurlijk in de controle te laten verrichten door een derde persoon, die enkel de noodzakelijke informatie, of liever nog : de resultaten van zijn onderzoek, mag doorspelen aan de controlegerechtigde. Dergelijke procedure is natuurlijk geen probleem indien de betrokken partijen ermee instemmen. Het probleem rijst echter precies wanneer partijen het daarover niet eens geraken. Naar gemeen recht komt de zaak dan voor de rechter, in een geding dat in beginsel openbaar is, in ieder geval voor de wederpartij (controlegerechtigde).

Nu zou de rechter natuurlijk een deskundige kunnen aanstellen. Doch daarmee geraakt ons probleem niet opgelost. Ook daar geldt het beginsel van de tegenspraak : in beginsel moeten alle stukken die aan de deskundige worden meegedeeld ook aan de wederpartij meegedeeld worden, en mag de deskundige geen gebruik maken van stukken die niet aan de wederpartij zijn meegedeeld¹⁰².

Verskillende oplossingen worden dan ook voorgesteld.

De Vz. van de Rechtbank van koophandel te Nijvel heeft in het kort geding in de PAGE-zaak waarin derdenverzet was aangetekend tegen de openbaarmaking van gegevens over voorafgaandelijke aandelentransakties een originele oplossing gevonden, al kunnen daarbij wel enkele vraagtekens worden geplaatst : na te hebben geoordeeld dat hij om genoemde reden geen deskundigenonderzoek kon bevelen, beval hij de bieder een omstandig advies voor te leggen van de Kommissie voor het Bank- en Financiewezen m.b.t. de relevantie en de volledigheid van de wel vrijgegeven informatie¹⁰³. De Kommissie is echter niet verplicht dergelijk advies te geven. Ook is deze oplossing natuurlijk niet algemeen bruikbaar, maar slechts in bijzondere gevallen.

M.i. komt het erop aan het beginsel van tegenspraak bij een deskundigenonderzoek tot zijn juiste proporties te herleiden. Uit de wetsbepalingen betreffende de inzage van de boekhouding (art. 22 v. WvK) volgt m.i. dat de deskundige de hele boekhouding mag inzien en de controlegerechtigde slechts inzage krijgt in de resultaten van dit onderzoek en de specifieke relevante informatie. dergelijke oplossing is ook verdedigbaar voor andere aspecten van deskundige onderzoeken dan de inzage in boekhouding. De expert kan dusdanig gekozen worden dat hij inderdaad gehouden is door een beroepsgeheim wat de rest van de informatie betreft¹⁰⁴.

Deze oplossing is overigens in harmonie met het systeem dat de wetgever op poten heeft gezet in een aantal bijzondere rechtsverhoudingen.

¹⁰² Zie b.v. Hof Brussel, 1-3-1974, *J.T.*, 316.

¹⁰³ Vz. kh. Nijvel (k.g.) 2-10-1991, *TRV*, 1992, 474.

¹⁰⁴ A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 suiv.) 275 verdedigen dezelfde oplossing voor de inzage van een medisch dossier.

(43. HET REVISORAAT EN AANVERWANTE INSTELLINGEN) Zo bestaat in het vennootschapsrecht, zoals reeds gezegd, de mogelijkheid om het individueel kontrolerecht van de vennoten sterk te beperken door de aanstelling van een kommissaris-revisor (zie hoger randnr. 11). Deze kommissaris-revisor heeft een uitgebreide onderzoeksbevoegdheid (zoals overigens ook de vennoot in geval er geen kommissaris-revisor is aangesteld), doch anderzijds ook een zwijgplicht tegenover de personen voor wiens rekening hij de controle uitvoert (weliswaar kan men zeggen dat de kommissaris-revisor optreedt in het algemeen belang, maar dat belet niet dat hij ook optreedt voor rekening van de aandeelhouders). De aandeelhouders krijgen enkel een omstandig schriftelijk verslag (zie art. 65 Venn.W.).

Zo kan het beroepsgeheim van derden dus een oplossing bieden voor het konflikt tussen recht op informatie van de ene partij en recht op geheimhouding van de andere partij. Een evenwichtige afweging van beiden kan er nl. in bestaan dat de vertrouwelijke informatie moet worden meegeedeeld, niet aan de schuldeiser zelf, doch aan een derde die door zijn beroepsgeheim is gehouden en daaruit enkel mag nemen wat relevant is voor het geschil.

(44. BESLAG INZAKE NAMAAK) Een andere beschermingstechniek vinden we in art. 1488, lid 1 Ger.W. m.b.t. de beschrijving verkregen door een beslag inzake namaak. In dat geval mogen de door het onderzoek verkregen stukken (beschrijving) niet gebruikt worden noch openbaar gemaakt worden zo men niet ten gronde dagvaardt. In geval van dagvaarding ten gronde kan nog verbod worden opgelegd ze te gebruiken of te openbaren.

(45. RELATIVERING VAN DE TEGENSpraak VOOR DE RECHTER) In de procedure voor overlegging van stukken bepaalt art. 878 ger.W. dat zo het stuk bij een derde berust, deze zijn opmerkingen bij geschrifte of in raadkamer (d.i. achter gesloten deuren) kan voordragen. De bepaling is onder meer geschreven voor die gevallen waarin de derde zich op het beroepsgeheim wil beroepen, opdat de rechter zou oordelen of dit terecht wordt ingeroepen of niet¹⁰⁵. In dit geval is er dus géén tegensprekelijke procedure wat de andere partijen betreft.

3. Beëindiging en verwerking van de onderzoeks- of kontrolerechten.

(46.) Misbruik van onderzoeksrechten kan er ook in bestaan deze zonder bijzondere rechtvaardiging uit te oefenen in strijd met de eerdere gedraging. Een dergelijke vorm van rechtsverwerking vinden we in meerdere uitspraken¹⁰⁶, al is het bekend dat deze zwaanridder zijn

¹⁰⁵ Het is inderdaad de rechter die, op grond van de elementen die hem ter beschikking staan, moet oordelen of het beroepsgeheim al dan niet terecht wordt ingeroepen : Cass. 30-10-1978, *Pas.* 1979, I, 248; A. DUQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL, C. PIRARD, *Ann. Liège* 1970, (195 v.) 242-243.

¹⁰⁶ B.v. Vz. kh. Brussel (k.g.) 13-10-1988, *T.R.V.*, 1989, 220 met desbetreffende de noot van K. GEENS, p. (224) 225.

naam niet mag noemen¹⁰⁷. In andere gevallen bepaalt de wet termijnen waarbinnen de bevoegdheid moet worden uitgeoefend.

F. Enkele gevolgen van het gelden van kontrolerechten.

1. gevolgen voor de gecontroleerde.

Het gelden van kontrolerechten heeft voor de gecontroleerde vaak tot gevolg dat 1° hij verplicht is tot het aanmaken en bewaren van bewijsmateriaal en/of 2° dat zijn aansprakelijkheid niet kan verjaren zolang hij geen rekenschap heeft gegeven.

(47. VERPLICHTING TOT HET AANMAKEN VAN EEN BOEKHOUDING EN SOORTGELIJK BEWIJSMATERIAAL) Een verplichting tot het aanmaken en bewaren van bewijsmateriaal vinden we op de eerste plaats in de boekhoudverplichting van handelaars en ondernemingen en in de verplichting tot het opstellen van jaarrekeningen, verslagen, e.d.m. In sommige gevallen geldt er ook een publicatieplicht (jaarrekeningen van grotere ondernemingen), vaak minstens een neerleggingsplicht.

Voor partikulieren geldt verder een fiscale aangifteplicht, zodat de vraag rijst of inzage daarvan kan worden gevorderd in privaatrechtelijke geschillen.

Het bewijsmateriaal waarvan de aanmaak verplicht is, met ook gedurende zekere tijd worden bewaard. In sommige gevallen bepaalt de wet rechtstreeks een bewaarplicht van bepaalde duur, in andere gevallen kan die onrechtstreeks uit de verjaringstermijn worden afgeleid.

Zo bepaalt art. 6, lid 4 van de Boekhoud- en jaarrekeningenwet van 17 juli 1975 dat de verantwoordingsstukken 10 jaar moeten worden bewaard, in origineel of in kopie (voor stukken die niet strekken tot bewijs jegens derden beperkt tot drie jaar) en art. 9 § 2 dat de boeken zelf eveneens tien jaar moeten worden bewaard, te rekenen vanaf 1 januari van het jaar na afsluiting (zie ook art. 9 KB 12-9-1983 voor details over origineel of afschrift; verder ook andere wettelijke bepalingen waarin bepaald wordt dat bepaalde bescheiden ook in de vorm van mikrokopie e.d. mogen worden bewaard, zie b.v. art.). Ook in onze buurlanden is deze bewaarplicht uitdrukkelijk in de wet vastgelegd (zie b.v. art. 6, lid 3 K. in Nederland, art. 44a HGB in Duitsland, e.d.m.).

(48. DUUR VAN DE BEWAARPLICHT EN VERJARINGSTERMIJN) Wat de afleiding van een bewaarplicht uit verjaringstermijnen betreft, lezen we reeds in de code civil een vijfjarige verjaring van de aansprakelijkheid van rechters gegoten in de formule dat zij "niet meer verantwoordelijk zijn voor de stukken, wanneer vijf jaren zijn verlopen sinds het geding is uitgewezen" en een

¹⁰⁷ Zie daarover mijn kommentaar "Repelsteeltje, de windmolen en de zwaanridder. Of : het Hof van Cassatie en de rechtsverwerking", *Recente cassatie* 1992, nr. 21.

gelijkaardige tweejarige termijn voor gerechtsdeurwaarders (art. 2276 lid 1 c.q. lid 2 B.W.). Ook de verkorting van de verjaringstermijn voor beroepsaansprakelijkheid van advocaten tot 5 jaar wordt in art. 2276 bis B.W. gekoppeld aan het niet meer verantwoordelijk zijn voor de bewaring van de stukken. Hetzelfde kan men zeggen voor de termijn van 5 of 10 jaar waarin de deskundige verantwoordelijk is voor de bewaring van de stukken (art. 2276 ter B.W.).

(49. VERPLICHTING EEN DOSSIER AAN TE MAKEN) Dit impliceert m.i. dat een advocaat ook verplicht is een dossier bij te houden. Hetzelfde geldt overigens ook voor andere raadgevende beroepen, en in het bijzonder ook voor artsen¹⁰⁸.

Een vergelijkbare vraag rijst echter voor elkeen die professioneel producten of diensten levert waarvoor hij aansprakelijk kan zijn. Zo is elke producent in zekere mate verplicht documenten te bewaren die betrekking hebben op het productieproces en op de veiligheidsmaatregelen m.b.t. zijn producten¹⁰⁹.

In sommige gevallen wordt er zelfs toe overgegaan de stukken in bewaring te geven bij een derde. Typisch voorbeeld in dit verband is de "source code escrow", de bewaargeving aan een onpartijdige en tot geheimhouding verplicht derde van de source code van computerprogrammatuur¹¹⁰. M.i. heeft - naast een aantal gespecialiseerde firma's wat waren betreft - het notariaat hier een functie te vervullen wanneer het om documenten e.d.m. gaat.

(50. GEEN VERJARING ZONDER KONTROLEMOGELIJKHEID) Interessanter voor ons onderwerp is dat deze verjaringstermijnen maar beginnen te lopen op het ogenblik dat de betrokkenen rekenschap heeft gegeven. Zolang geen rekenschap wordt gegeven, is de verjaring opgeschort. In sommige gevallen bepaalt de wet overigens ook uitdrukkelijk op welke wijze rekenschap moet worden gegeven vooraleer de verjaring kan beginnen lopen (vgl. hoger randnr. 10). Daarmee komen we nog op een ander nevengevolg :

2. gevolgen voor de controlegerechtigde die géén of onvoldoende controle heeft gekregen.

¹⁰⁸ Art. 38 medische plichtencode, doch zeer vaag; H. NIJS, *Geneeskunde, recht en medisch handelen*, Story Brussel 1991, nr. 1007-1008; J. LAFFINEUR, "Dossier médical et droits du patient", *DCCR*, 1991 of 1992, 966, met in voetnoot 4 een lange lijst van uiteenlopende en verspreide wettelijke bepalingen dienaangaande.

¹⁰⁹ Zie voor een reactie daarop in de Verenigde Staten K.H. JANDER, "Erstellung und Aufbewahrung von innerbetrieblichen Akten im Prozeß- und Produkthaftungspflichtrecht in den USA", *RIW* 1992, 105 v. Zie ook nog FERRARI, "Die Informationspflicht im Rahmen der Produkthaftung - ein Vergleich", in *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1991*, Boorberg Stuttgart 1992.

¹¹⁰ Zie daarover o.m. A.M.Ch. KEMNA, *Source code depot. Softwaregeheimen en faillissement*, Tjeenk Willink Zwolle 1988; H. STRUIK, "Source code escrow" in *Lezingenbundel Informaticarecht* (red. E. Visinescu-Voskamp), Kluwer Antwerpen 1989, 25 v.; A.H. BUTH e.a., *Werken met source code escrow*, Kluwer Antwerpen 1990.

(51. NADERE VEREISTEN AAN DE KONTROLE VOORALEER KWIJTING KAN WORDEN VERLEEND) Er kan in beginsel geen geldige kwijting worden gegeven, die kan slechts "en connaissance de cause" worden gegeven, en dat veronderstelt dat er voldoende "rekening en verantwoording" wordt gegeven door de wederpartij. Nadere vereisten worden daaraan gesteld voor b.v. de kwijting van bestuurders van vennootschappen (o.m. art. 77 en 79, lid 3 Venn.W.), de voogd (art. 472 B.W.). Daarbij wordt ook soms een minimumtermijn bepaald die voor de inzage moet worden gegund (b.v. art. 472 B.W., art. 77, lid 7 en 78 Venn.W.). Vergelijkbaar is ook de "specificatie" die vereist is voor een kwijting voor saldo van rekening in arbeidsovereenkomsten (art. 42 Arbeidsovereenkomstenwet) en verzekeringsovereenkomsten (art. 84 W. Verzekeringsovereenkomst 1992). Is er voldoende rekening en verantwoording of informatie gegeven aan de schuldeiser, dan kan die zich niet meer op zijn eigen nalatigheid beroepen (zie hieronder).

(52. GEVOLGEN VAN EEN UITDRUKKELIJKE WEIGERING KONTROLE TOE TE STAAN) Is er evenwel onvoldoende informatie gegeven of controle toegestaan en had de wederpartij dat dienen te beseffen, dan zal die wederpartij - controlegerechtigde - eventueel wel zijn besluiten moeten trekken uit een weigering van controle of onvoldoende controlemogelijkheid.

Dit geldt reeds in prekontraaktuele verhoudingen. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Beukinga - Van der Linde*¹¹¹ dat de koper van een cafetaria, leek in boekhouding, doch bijgestaan door zijn accountant, die van de lasthebber van de verkoper te horen gekregen dat met het bedrijf wel f 20.000 per jaar te verdienen was, wat geheel niet mogelijk bleek, geen beroep op dwaling kon doen nu hij uitdrukkelijk inzage had gevraagd van de boekhouding en dit hem geweigerd werd : hij had de transactie dan maar niet moeten laten doorgaan zonder die controle. In contraaktuele verhoudingen moet men waar mogelijk ook zijn besluiten trekken en b.v. de samenwerking opschorten of stopzetten (door gebruik te maken van opschortings- of ontbindingsrechten). Iets vergelijkbaars vonden we reeds in de regel van de regel van art. 26 § 2 verzekeringwet 1992 dat de verzekeraar binnen één maand na kennisname van een risikoverzwaarig zijn beslissing dienaangaande moet nemen.

De prekontraaktuele regels inzake dwaling en bedrog en de afweging van informatie- en onderzoeksplichten die daarbij geschiedt, zijn ook van toepassing bij het aangaan van dadingen, het geven van kwijtingen en het stellen van andere rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten. Aangezien twee medesprekers daar evenwel op ingaan, weid ik daarover hier niet verder uit¹¹².

¹¹¹ HR 2-5-1969, *Beukinga t. Van der Linde*, *NJ*, 344 noot G.J. SCHOLTEN, 19. AA, 31 noot W.C.L. van der GRINTEN.

¹¹² Zie D. FRERIKS, "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, nr. 4; D. PHILIPPE & M.E. STORME, "De goede trouw bij de tottandkoming van

3. gevolgen voor de controlegerechtigde die voldoende controlemogelijkheid heeft gekregen.

(53. RECHTSVERWERKING DOOR GEBREK AAN KONTROLE) Kontrolerecht betekent dat men bij de beoordeling van zijn bewijsmogelijkheden ook zal beoordeeld worden rekening houdende met die controlemogelijkheid. In sommige gevallen kan de controlegerechtigde die de mogelijkheid had controle uit te oefenen en dit niet heeft gedaan, nadien niet meer komen klagen. Aangezien het hier gaat om de "stilzwijgende goedkeuring" waarachter zich vaak rechtsverwerking verbergt, wil ik ook hierbij verwijzen naar het onderwerp van konfrater Foriers, op een enkele opmerking na.

Een kontrolerecht houdt namelijk in dat men bij nalatigheid te controleren geen beroep meer kan doen op zijn eigen onwetendheid. Nu is het vaak zo dat de kennis van de wanprestatie van de wederpartij tot een zekere reactie verplicht, op straffe van verwerking¹¹³. Doch met kennis wordt vaak de onkennis ten gevolge van eigen nalatigheid gelijkgesteld. Behalve in specifieke gevallen is de leek volgens de rechtspraak in beginsel niét verplicht zich van deskundige bijstand te voorzien, doch indien hij door een deskundige wordt bijgestaan, zal zijn onwetendheid strenger beoordeeld worden¹¹⁴.

Deze verwerking door onkennis ten gevolge van eigen nalatigheid kan evenwel maar intreden zolang de wederpartij niet te kwader trouw is of bedrieglijk handelt. Dit volgt uit de algemene regel over de verhouding tussen dwaling en bedrog uit het Gentse Dok- en Scheepsbouwwerven-arrest¹¹⁵: de bedrieger kan zich niet op nalatigheid van de bedrogene beroepen.

(54. KONTROLEPLICHT ?) Men kan hieruit natuurlijk geen algemene "kontroleplicht" afleiden in de verhouding tot de wederpartij, doch enkel een "last" (Obliegenheit, charge), waarvan de niet-nakoming door beperking van eigen rechten kan worden gesanktionéerd.

Een echte controleplicht vinden we in regel niet tussen kontraktspartijen, maar soms wel ten aanzien van derden. Dit is b.v. het geval bij de reeds besproken (hoger randnr. 31) aansprakelijkheid van de kredietverlener¹¹⁶. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal het onrechtmatig zijn tegenover de wederpartij om geen controle uit te oefenen op diens prestatie, of hem krediet te blijven geven hoewel men diende te weten dat hij dat niet zal kunnen terugbetalen.

overeenkomsten naar belgisch en nederlands recht", *TPR* 1993; J.B.M. VRANKEN, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Tjeenk Willink Zwolle 1989.

¹¹³ Zie mijn *De invloed van de goede trouw op kontratuéle schuldvorderingen*, nr. 384 e.v. en nrs. 461-491.

¹¹⁴ Zie voor beide stellingen D. FRERIKS, *TPR* 1992 dl. 4, randnr. 48-49 met verww.; zie ook mijn *De invloed van de goede trouw op kontratuéle schuldvorderingen*, nr. 471 en 478.

¹¹⁵ Cass. 23-9-1977, iz. Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo, de Hemptinne, P. van Mallegem q.q. e.a.

¹¹⁶ Zie b.v. Hof Gent 25-4-1974, *R.W.*, 1974-75, 426.

(55. TE VERREGAANDE KONTROLE) Het is ten slotte niet uitgesloten dat de controlerende partij zijn controles zover drijft dat hij als feitelijk bestuurder van de gecontroleerde onderneming kan worden beschouwd, of soortgelijke aansprakelijkheden oploopt.

4. het ontstaan van een informatieplicht in hoofde van derden.

(56.) Een laatste soort gevolg dat kan afgeleid worden uit het bestaan kontrolerechten is een informatie- of mededelingsplicht van derden. Aangezien meerdere voorbeelden hiervan reeds hoger ter sprake kwamen (zie b.v. de randnr. 18 en 38), ga ik daarop niet meer nader in.

G. SLOTWOORD.

Ik heb deze tekst reeds aangekondigd als een zoektocht. Ik weet niet of ik daarbij de ruimst mogelijke onderzoeksbevoegdheid had, doch ik meen wel heel wat interessante sporen te hebben ontdekt. U zal gemerkt hebben dat ik geneigd ben in alle kontraktuele verhoudingen kontrolerechten te (h)erkennen, zij het wat de precieze modaliteiten betreft, telkens proportioneel aan de noden van elk soort overeenkomst en situatie. Misschien zal U vinden dat mijn stelling te ver gaat, dat ik het materiaal onkritisch heb behandeld, kortom dat ik mijn kontrolerecht - of controleplicht ? - onvoldoende heb uitgeoefend. Doch deze bijdrage strekte er enkel toe een voorlopige audit te ondernemen in dit domein, waarvan in ons land slechts enkele kleine, specifieke perceeltjes ontgonnen zijn. Ik hoop dan ook uw aandacht niet te hebben verwerkt. U hebt inzage gekregen in mijn boeken en ik hoop dan ook inzage te krijgen in uw wetenschap om het onderzoek in dit boeiende onderwerp te kunnen verderzetten.