

**HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1966**

ZES-EN-NEGENTIGSTE JAARGANG

I

**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE**

I N H O U D

Prae-advies van Mr. S. Gerbandy

	blz.
Inleiding	1
 I FRANKRIJK	
1. Verkoop	1
2. Inbreng in gemeenschap of vennootschap	5
3. Verpanding (nantissement)	6
4. Verhuur	10
5. Handelshuur	12
6. Vruchtgebruik	14
 II BELGIË	
1. Handelshuur	14
2. Verkoop	16
3. Verhuur	18
4. Vruchtgebruik	19
5. Verpanding	19
 III NEDERLAND	
1. Verkoop	21
2. Inbreng in gemeenschap; scheiding en deling	26
3. Huur en Verhuur	27
4. Huurkoop	28
5. Zekerheidsrechten	30
6. Vruchtgebruik	31
7. De identiteit van de onderneming	33
8. Executie	36
 IV DE ALGEMEENHEID VAN GOEDEREN	
1. De kenmerken van de algemeenheid	37
2. Bezwaren tegen de algemeenheid	40
 V CONCLUSIES	
A. Verpanding	
1. Inleidende opmerkingen	40
2. Vragen en bezwaren	41
3. Slotsom	43
B. Vruchtgebruik	44
C. Koop en Verkoop	45
D. Huurkoop	46
E. Handelshuur	48

INHOUDSOPGAVE

Prae-advies van Mr. Dr. J. J. G. van Roosmalen

§ 1. Inleiding	53
§ 2. De onderneming van de wetgeving uit	60
a. De ondernemingsbestanddelen	60
b. De rechtsbetrekkingen in verband met de ondernemingsbestanddelen	63
c. De onderneming en betrekkingen tot een rechtssubject	67
d. Het drijven als algemene karakteristiek voor de betrekking van een rechtssubject tot de onderneming	69
e. Slot	71
§ 3. De onderneming van het verschijnsel uit	73
a. Waarneembaarheid	75
b. Winst	77
c. Goodwill	78
d. Het drijven	81
§ 4. De onderneming en het privaatrecht in het algemeen	82
a. De vrijheid om een onderneming te drijven	83
b. Het vermogensrechtelijke aspect	86
c. Slot	90
§ 5. De onderneming als voorwerp van rechtshandelingen	91
a. Mogelijkheden tot juridisch-technische uitwerking van ondernemingsverschijnselen	92
b. Mogelijkheden en behoefte aan wettelijke ge-regelde voorwerp constructie bij rechtshandelingen ter zake van een onderneming	96
c. Slot	105

Dient de wet regelen te geven betreffende de onderneming als voorwerp van rechtshandelingen?

Praeadvies Prof. Mr. S. Gerbrandy

Inleiding

Voor wie zich iets grondiger verdiepen wil in ons onderwerp – de Nederlandse burgerlijke wetgever heeft zich tot dusver van regeling onthouden – schijnt vergelijking met buitenlandse rechtsstelsels die zodanige regeling wel kennen de aangewezen weg. Zo worden dan de wetgevingen van Frankrijk en België uitvoerig besproken. Ook Oostenrijk scheen interessant omdat daar het begrip „Gesamtsache” daar in de wet voorkomt (302; 427). Dat leverde echter weinig op. En zo is de lezer er dan voor gespaard om nog een derde rijstebrijberg te moeten doorkruipen voordat hij komt aan wat hem eigenlijk interesseert: Nederland.

Deze overstelping van de lezer met wetenswaardigheden van buiten onze landsgrenzen die slechts zeer ten dele aantrekkelijke voorbeelden opleveren, diende te worden gecompenseerd. Daarom is hier en daar in de marge de letter *W* geplaatst, hetgeen betekent: hier staat nu iets over mogelijk toekomstige wettelijke regelingen. De haastige lezer kan zodoende vrij spoedig zien, welke punten ons van belang voorkomen en waarom de conclusies luiden zoals zij luiden.

Te dezer plaatse zij nog dank gebracht aan Mevrouw Mr. M. C. Oosterhuis-Smits, zonder wier vermoeieloze medewerking het rechtsvergelijkend deel van deze studie niet gereed ware gekomen.

FRANKRIJK

1. *Verkoop* van een fonds de commerce is geregeld bij de wet van 17 maart 1909, gewijzigd 1913, 1924, 1949, 20 mei 1955, 26 juli 1955. De wet van 29 juni 1935 bevat mede bepalingen die van essentieel gewicht zijn voor de verkoop van ondernemingen. Deze tweede wet is gewijzigd twee maal in 1936 en twee maal in 1937. Een derde complex wetten betreft de openbare bekendmaking van verkopen (wetten van 11 maart 1949, 9 april 1949, 26 juli 1955).

Reeds hieruit ziet men dat Frankrijk legislatief moeilijk als voorbeeld kan gelden. Wij zoeken naar een klein aantal heldere bepalingen, op te nemen in het Burgerlijk Wetboek en/of het Wetboek van Koophandel en eventueel enkele fiscale wetten. De Franse wetgeving is gecompliceerd en gedetailleerd.

Daar komt nog iets anders bij. Op het punt dat ons speciaal zou interesseren zwijgt de wet. Zij bepaalt niet dat, resp. hoe de verkoop dient plaats te hebben opdat door de rechtshandeling van de verkoop de eigendom overgaat. Dat komt omdat de wet is opgezet met de bedoeling om verkoop en verpanding beide te regelen, waarbij de verpanding eigenlijk vooropstaat. De wet gaat er van uit dat een fonds de commerce een vermogensbestanddeel is dat zekerheid biedt en zij beoogt niet allereerst om door bepalingen van dwingend en regelend recht de verkoop zelve zo deugdelijk mogelijk te regelen, maar veeleer om zekerheden te scheppen voor de crediteuren. Voor ons is derhalve interessant om de jurisprudentie te bezien die zich bezighoudt met vragen als deze: Wat behoort de verkoper (minimaal) te verkopen? Of ook: Heeft de verkoper aan zijn verplichting voldaan om „de zaak” te verkopen nu hij b.v. het recht op de huur of de hele handelsvoorraad of octrooien en handelsnaam heeft overgedaan?

Daarbij geldt als regel dat de koop de eigendom doet overgaan (Cass. 20 nov. 1962, D. 1963, 3).

Men kan niet zeggen dat de rechtspraak hier weifelend of verdeeld is, maar wel dat zij van geval tot geval nu eens dit dan weer dat „element” als het wezenlijke beschouwt waarom het gaat bij die bepaalde handelszaak waarover het geding loopt.

Zo zijn als essentieel beschouwd: (a) het beschikkingsrecht over de bedrijfsruimte, zo speciaal bij zaken die het van de toeloop uit de buurt moeten hebben (Cour de Paris 12 juni 1928, D. 1929, 2, 33 m.n. Mazeaud; Cour de Dijon 14 okt. 1953, Gaz. Pal. 1953, 2, 379, Req. 9 nov. 1963, Gaz. Pal. 1963, 2, 1913); zo onder meer voor een garage, Req. 9 nov. 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, 913; en voor een bioscoop (Cour de Rennes, 28 mrt. 1943, D. 1946, 408). Maar onder omstandigheden kan ook essentieel zijn (b) de inventaris (Cass. Com. 2 aug. 1949, D. 1950, 775, S. 1950, I, 81 m.n. A. Cohen). Ook is wel als beslissend beschouwd (c) de vergun-

ning voor autovervoer langs de weg (Cass. Com. 24 okt. 1949, D. 1949, 550 enz.); ook (d) (overigens in een geschil over verhuur, zie sub. 4): het toegewezen contingent van te verwerken materiaal (Cass. 11 febr. 1963, D. 1963, 388).

Wij noemen slechts deze voorbeelden. De jurisprudentie op dit punt is zo uitvoerig dat wij moeten volstaan met voor het overige te verwijzen naar Ripert-Roblot, *Droit Commercial*, 1963, nos. 526-537.

Een vaste jurisprudentie sluit onroerende goederen uit van het fonds de commerce. Zij maken er geen deel van uit en de verkoper die zijn zaak verkoopt wordt niet geacht het gebouw te hebben verkocht waarin die zaak wordt gedreven noch ook dit aan de koper van de zaak te hebben verhuurd. (Cass. 21 juli 1937, D. 1940, 1, 17 m.n. Voirin, enz.). Bij buurtzaken zal men het er voor moeten houden dat de zaak in het geheel niet verkocht is (Ripert-Roblot no. 466).

Een non-concurrentie-clausule wordt geacht in het koopcontract begrepen te zijn, ook al zou de verkoper zich dienaangaande niet uitdrukkelijk hebben verbonden. Hoe langdurig die verplichting is en hoever ze zich geografisch uitstrekt, is naar omstandigheden te beoordelen (Req. 31 okt. 1933, S. 1934, 1, 27). Beslist werd dat tijdelijke sluiting van de verkochte zaak aan deze verbintenis niet haar kracht ontnemt (Hof Rouen, 29 mrt. 1963, D. 1964, 16).

Men schijnt het vanzelfsprekend te achten dat deze stilzwijgend aanvaarde verbintenis niet werkt tegen derde-verkrijgers. De verbintenis wordt nl. afgeleid uit de in de wet genoemde verplichtingen des verkopers en met name uit die om de zaak te leveren (ons art. 1510 B.W.).

Anders staat het met uitdrukkelijk gemaakte non-concurrentie-bedingen. Sommige rechterlijke uitspraken nemen aan dat de daad van het zich wederom vestigen van de oorspronkelijke koper een vorm van oneerlijke concurrentie is tegenover de latere verkrijger nu uit de eenmaal aangegane verplichting jegens de eerste verkrijger kan blijken van het opzet tot benadeling. Zie Ripert-Roblot no. 605.

Overgang van schulden heeft bij de verkoop van een onderneming niet plaats. Dit is een zo vanzelfsprekende zaak dat de handboeken er slechts terloops over spreken. Aangenomen moet worden dat partijen zodanige overgang wel kunnen overeenkomen en dat de koper eveneens door publi-

catie tegenover derden te kennen kan geven dat hij zich tot betaling der schulden gebonden acht. In de praktijk schijnt het weinig voor te komen.

Vormen en formaliteiten. Het boven geresumeerde jurisprudentierecht behelst het belangrijkste over de civielrechtelijke regeling van de koop. Gelijk wij reeds opmerkten: de wet heeft het oog op die aspecten van de overgang die op de bescherming van derden het oog hebben. Wij moeten daarover kort zijn en noemen het volgende.

(a) De op zichzelf niet verplichte maar in de praktijk nooit achterwege gelaten acte van verkoop moet bevatten, behalve de gebruikelijke en onontbeerlijke gegevens ook een splitsing van de koopprijs naar de onlichamelijke elementen, de inventaris, de handelsvoorraad; omzetcijfers over de laatste 3 jaren; winstcijfers over dezelfde periode; naam van de verhuurder en duur van de huur; de overdrachtsprijs als grondslag voor registratierecht.

(b) Een drievoudige publicatie is verplicht en de concurrente crediteuren van de verkoper hebben een recht van oppositie. De publicatie betreft uiteraard geen winst- en omzetcijfers. De oppositie heeft tot gevolg dat de koper de koopprijs niet mag betalen en dat compensatie tussen koper en verkoper uitgesloten is. Gemelde schuldeisers hebben de bevoegdheid, de zaak in openbare verkoop te verkopen.

(c) De rechten der schuldeisers zijn onzeker indien iemand de zaak koopt zonder publicatie en indien hij deze legaal weer doorverkoopt.

Voorrecht van de verkoper. Voorzover de verkoper nog niet geheel betaling heeft ontvangen is hij krachtens de wet bevoorrecht op de onderneming. Mits hij de inschrijving verricht binnen de wettelijke termijnen neemt deze rang vanaf de dag van verkoop, zelfs ondanks tussentijds intredend faillissement van de schuldenaar (art. 2 van de wet van 1909). Het voorrecht is afzonderlijk gevestigd ten behoeve van de prijs voor de handelsvoorraad, de inventaris en de onstoffelijke goederen; de afbetaling wordt geacht op die drie elementen in genoemde volgorde betrekking te hebben, zulks met het oog op de werking van art. 2279 C.C. (= 2014 B.W.). Over het voorwerp van het recht zie onder verpanding.

Ontbinding wegens wanprestatie. De verkoper heeft deze actie slechts in geval hij zijn recht doet inschrijven. De terugwerkende kracht van de ontbinding geeft wel moeilijkheden. De koper moet geacht worden de zaak te hebben gedreven voor rekening van de verkoper die dus zijnerzijds recht heeft op de inmiddels gemaakte winsten maar de restituerende koper een beheersloon naar redelijkheid moet toekennen (Le Havre 27 febr. 1934, Gaz. Pal. 1934, 1, 764).

Conflict tussen twee verkrijgers. Mensen hebben hun zwakheden en ook in Frankrijk komt het voor dat iemand één fonds de commerce verkoopt aan twee kopers. De publiciteit (die in de eerste plaats op drie verschillende data plaats vindt en bovendien slechts voor concurrente schuldeisers geldt) kan hier geen oplossing bieden. Uitgemaakt is dat de datum van de koop beslissend is, zodat de eerste koper verkrijger is. Daarbij heeft de overweging medegewerkt dat de handelszaak een onlichamelijke roerende zaak is (Civ. 17 juli 1930, D. 1932, 1, 112; S. 1931, 1, 297 m.n. Hubert). Art. 2279 C.C. (=2014 B.W.) speelt dus geen rol en bezit kan niet beslissend zijn, evenmin als goede trouw.

2. *Inbreng in gemeenschap of vennootschap.* Sinds de wijziging in 1949 van de wet van 1909 gelden voor inbreng in een bestaande of op te richten vennootschap dezelfde vereisten van publiciteit als voor verkoop. Het rechtsgevolg is een ander. Alle schuldeisers van de inbrenger, concurrente en bevoorrechte, zaaks-crediteuren en privé-crediteuren (handelsrb. Mulhouse 16 mrt. 1951, S. 1952, 2, 161 m.n. Cohen) kunnen hun vordering doen inschrijven ter griffie van de bevoegde rechtbank. De vennootschap wordt hoofdelijk medeverbonden borg. De vennoten kunnen echter ook vorderen dat hetzij de vennootschap ontbonden worde, hetzij de inbreng tenietgedaan.

Aangezien de onderneming een onlichamelijk roerend goed is, valt zij, bij gebreke van huwelijksvoorwaarden, in de gemeenschap (Cass. 4 mrt. 1903, D. 1905, 1, 33)¹

Men neemt aan dat de regelen over het beheer van gemeenschapsgoederen doorkruist worden door de regel dat

¹ De motivering dat de fonds de commerce een roerende onlichamelijke zaak is wordt wel aan dit arrest toegeschreven, maar is er niet in te vinden.

de exploitant van de zaak deze exploitatie blijft voortzetten. Art. 224 (1) en (2) C.G. hebben tot gevolg dat datgene wat de vrouw verdient met deze exploitatie onder haar beheer staat.

Hebben de echtelieden in gemeen overleg een tot de gemeenschap behorend bedrijf uitgeoefend in het privé-goed van één hunner, dan kan bij ontbinding der gemeenschap degene die dit bedrijf krijgt toegescheiden niet stellen dat er een huurverhouding bestond, noch ook eisen dat de andere echtgenoot hem als huurder aanvaardt (Cass. 25 nov. 1957, Gaz. Pal. 1958, 1, 44; D. 1958, 389).

Het omgekeerde kan ook voorkomen: een onderneming, behorende tot het privé-vermogen van één der echtgenoten, kan geëxploiteerd worden in een pand, behorende tot de gemeenschap. Zie daarover Hof Orléans, 4 dec. 1956, Gaz. Pal. 1957, 1, 42, een beslissing die o.i. niet te rijmen is met laatstgeciteerde uitspraak van het Hof van Cassatie.

Nu het fonds de commerce beschouwd wordt als roerend onlichamelijk goed, heeft Frankrijk uiteraard geen enkele moeilijkheid om te aanvaarden dat dit goed in de te scheiden en te delen gemeenschap valt. Diverse clausules in huwelijksvoorwaarden zijn usantieel geworden m.b.t. de vraag wat bij scheiding en deling geschieden zal.

Indien het f.d.c. buiten de gemeenschap valt, beschouwt de rechtspraak de opneming in de huwelijksvoorwaarden van een recht op overname aan de overlevende echtgenoot als een beding over een niet opengevallen nalatenschap (Cass. 11 jan. 1933, D. 1933, 1, 10 met noot Capitant).

3. *Verpanding (nantissement)*. Tegen 1870 werd geheel Europa, maar werden vooral de wijngaarden van Frankrijk en Algerije, geteisterd door een insectenplag. De oorzaak werd onderkend en met succes bestreden. Een tijd van overproductie van wijn volgde. De grossiers zaten met hun voorraden en grepen naar het middel van kunstmatige vestiging van verkopers en détail die op eigen risico handel dreven en die, als zekerheid voor de voorgeschoten vestigingskosten en de ingekochte wijn, hun fonds de commerce in pand gaven. De wet bood voor deze vorm van zekerheidsstelling geen grondslag en de rechtspraak verzette zich tegen bezitloos pand. Inmiddels hadden echter zowel de groothandels als de kleinen de smaak te pakken gekregen en de methode

werd gevonden van terhandstelling, door de zekerheidgever aan zijn schuldeiser, van de vergunning tot verkoop van wijn en détail. De rechtspraak liet dat toe, mits de verhuurder van de schuldenaar in kennis werd gesteld van de transactie.

Dit systeem modderde zo een beetje voort totdat de wet van 1909 regels te dezer zake stelde. Over het instituut van de nantissement wordt zeer verschillend gedacht. Escarra (*Manuel de Droit commercial*, 1947, nos. 278 en 279) ziet het instituut als een ondeugdelijke vorm van zekerheid waar de serieuze credietinstellingen zich niet mee inlaten. Ripert-Roblot verklaart daarentegen dat „le nantissement des fonds de commerce a bien réussi” (no. 621), hoewel hij niet blind is voor het gevaar „qu’une mauvaise exploitation peut en ruiner la valeur”.

De verpanding is dus de oudste rechtshandeling betreffende de onderneming als geheel; tevens de eerste aan welker wettelijke regeling de praktijk behoefte gevoelde. Wij hebben gezien resp. zullen nog zien dat zowel de verkoop (zie sub. 1) als de verhuur (zie sub. 4) een klap van deze molen hebben gekregen: zowel bij de ene als bij de andere rechtshandeling staat voorop – zowel voor het gevoel van de praktijkmensen als in de wettelijke regeling – dat de fonds de commerce een object van waarde is, geschikt om als zekerheid voor crediteuren te dienen.

Het was naar ons oordeel niet zonder belang, deze maatschappelijke achtergrond van de Franse regelingen even in het licht te stellen.

Hoe wordt pand gevestigd? Bij acte, in te schrijven in een speciaal register en ter griffie. De inschrijving – welke binnen 15 dagen moet geschieden – kan niet meer geschieden met het gewilde rechtsgevolg na faillissement van de pandgever.

Wat is het voorwerp van het pandrecht? De onderneming als roerende onlichamelijke zaak. Dus (a) de handelsnaam, (b) het recht op de huur (zie sub. 5), (c) de beklanting. Voorts twee typische fransrechtelijke elementen: (d) enseigne (de feitelijk gebruikte naam in de vorm waarin deze zichtbaar aan de gevel is aangebracht) en (e) „achalandage”, dat is de door de in feite bestaande omstandigheden (gunstige ligging, vaste afname- of toeleveringscontracten,

ruime keuze van artikelen — los van de stoffelijke handelsvoorraad zelve —) bepaalde mogelijkheid om winst te maken. Zie voor „achalandage” Escarra, *Manuel* no. 237. Hetzelfde als hier gezegd geldt ook voor het voorrecht van de verkoper.

Naast deze elementen welke per definitie onder het pand vallen zijn er andere die er onder *kunnen* vallen mits uitdrukkelijk in de pandacte vermeld. Dat zijn: inventaris, mits niet onroerend door bestemming, octrooien en merken, mits in de acte gespecificeerd en mits ingeschreven in de daarvoor bestemde registers. Tenslotte zijn er zekere elementen welke per se niet onder het pand vallen. Allereerst onroerend goed. Oefent dus de ondernemer-schuldenaar zijn zaak uit in eigen goed dan is de pandhouder onvoordeliger uit dan met een debiteur die zijn bedrijfspand huurt. De wetgever heeft voorts de handelsvoorraad niet onder het pand willen begrijpen; deze moet overblijven als verhaal voor de concurrente schuldeisers. Kortom: het voorrecht van het pandrecht is zo onstoffelijk als het maar kan. Anders dan bij het privilege van de verkoper vormen de gemelde elementen één geheel. De aldaar vermelde driedeling wordt niet gemaakt.

Betwist is of onder het pand ook valt de (vaak zeer belangrijke) aanspraak op vergoeding bij beëindiging van de huur door de verhuurder (Ja: Hof Rouen, 25 juli 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 2, 650; neen: Rb. Charleville 29 aug. 1951, *J. C. P.* 1952, 2, 7037).

Een (nog) niet ten aanzien van het publiek uitgeoefende onderneming is, mits voldoende identificeerbaar, vatbaar voor verpanding (Hof. Parijs 3 juli 1963, *D.* 1964, 205).

Rechtsgevolg van verpanding. De ondernemer-schuldenaar kan de zaak niet verplaatsen zonder kennisgeving aan de ingeschreven bevoorrechte en pandhoudende crediteuren en zonder hun voorafgaande toestemming. Sanctie: onmiddellijke opeisbaarheid hunner vorderingen (Hof Lyon, 25 april 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 2, 64).

Twecde rechtsgevolg. Noch de opzegging van huur door de verhuurder (art. 14) noch ontbinding van de huur in der minne (*Cass.* 25 april 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 2, 220), noch de werking van een clause van ontbinding van huur van rechtswege in geval van wanbetaling (*Cass.* 6 nov. 1961,

Gaz. Pal. 27 febr. 1962) vermogen werking te hebben anders dan één maand na betekening aan de ingeschreven crediteuren.

Derde rechtsgevolg: bevoegdheid tot executoriale verkoop. Het pandrecht volgt de zaak, in wiens handen deze zich ook bevinden moge. Dit geldt alleen voor „le fonds dans son ensemble”. Beslist werd dat bij vervreemding, door de schuldenaar, alleen van het recht van huur, in casu het pandrecht niet kan worden uitgeoefend tegen de opvolgende huurder, maar slechts op de koopprijs, door de cedent ontvangen. Cass. 5 nov. 1963, D. 1964, somm. 71.

De executoriale verkoop is iets gans anders dan wij in Nederland geneigd zouden zijn, ons voor te stellen. Het is in wezen een gewone verkoop (met name niet bij opbod) en deze wordt geregeld in Hfst. III van de wet: „Dispositions communes à la vente et au nantissement des fonds de commerce”. De verkoop geschiedt krachtens vonnis van de rechtbank en onder haar toezicht na de nodige publiciteit. Er bestaan regelen voor de verdeling van de opbrengst en voor zuivering van voorrechten die de koopprijs te boven gaan.

Openbare verkoop bij opbod komt overigens wel voor. Zie een geval van zodanige verkoop (waaronder een recht van huur dat als een toonderbiljet van hand tot hand gaat) Trib. civ. Seine 12 dec. 1959, J. C. P. 1960, 2, 11703. Dat kan dan zijn in faillissement of (minder vaak) ten verzoeken van de bevoorrechte schuldeisers. Aangezien onroerende goederen niet tot de fonds de commerce behoren is de schuldenaar die de onderneming in eigen pand uitoefent niet verplicht om de verkrijger van de zaak toe te staan, de zaak aldaar voort te zetten krachtens huur of anderszins (Hof Rouen 31 jan. 1958, D. 1958, 398).

Een andere vraag die zich kan voordoen is, of de schuldenaar genoopt kan worden, de uitoefening van zijn bedrijf na te laten indien dat – gezien de plaats van vestiging of anderszins – een daad van concurrentie voor de verkrijger zou betekenen. In het faillissementsrecht is deze vraag bevestigend beantwoord door Cass. 11 juli 1891, Journal des faill. 1891, 482. Art. 19 van de wet van 1909 geeft trouwens grondslag voor een soort mandaatsleer: als verkoper wordt beschouwd de schuldenaar en niet de executant.

Voor biezonderheden betreffende gedwongen verkoop krachtens voorrecht of pand volstaan wij met een verwijzing naar A. Cohen, *Traité des fonds de commerce* (1948), II, 1465 e.v., 1514 e.v.

De eigendom van de fonds de commerce gaat over door de „adjudication” (gerechtelijke toewijzing), hetgeen niet wegneemt dat deze „eigendom” voorshands niet anders inhoudt, dan dat de verkrijger de risico's van de zaak draagt. De huurrechten, octrooien en merken moeten worden overgedragen volgens de regelen van het burgerlijk recht. Beschouwt men de geëxecuteerde als verkoper, dan is vol te houden dat de nakoming van die regelen nog slechts nodig is voor de werking van de overgang jegens derden (artt. 20 en 21 octrooiwet 5 juli 1844, als later gewijzigd; artt. 2 en 4 wet van 26 juni 1920 betr. registers voor octrooien en merken; Cass. 5 sept. 1940, J. C. P. 1941, 1651 m.n. Roubier).

In de praktijk wordt uiteraard ook de handelsvoorraad overgenomen; de prijs wordt formeel vastgesteld door de rechter, in feite wordt de vaststelling door deze naar een deskundige verwezen.

4. *Verhuur*. Evenals bij de verpanding ziet men ook hier weer het verschijnsel dat er blijkbaar behoefte bestaat aan deze figuur: een kapitaalkrchtig persoon wil zijn geld veilig stellen door belegging in (bij verpanding: zekerheid op) een kleine onderneming die gedreven wordt door een ander, welke laatste alle risico's van de exploitatie draagt. Het instituut van de „gérance-location” is geregeld bij de wet van 20 maart 1956.

Tot verhuren zijn slechts bevoegd degenen die in totaal 7 jaar koopman geweest zijn en gedurende 2 jaar de verhuurde zaak hebben gedreven; zulks behoudens noodgevallen (verkrijging uit erfenis; militaire dienst) en behoudens voor soorten van ondernemingen waarin de location-gérance de gebruikelijke vorm van exploitatie is (o.m. musichalls). Dit ter beperking van het opkopen van kleine zaken door kapitalisten. Sanctie: nietigheid, ook in te roepen door derden-belanghebbenden.

Openbaarmaking van aanvang en beëindiging van de huur is verplicht.

Art. 37 van het decreet van 30 sept. 1953 bepaalt dat de huurder van een onderneming die tevens huurder is van het

gebouw waarin deze geëxploiteerd wordt, recht heeft op meerwaardevergoeding indien de verhuur van de onderneming beëindigd wordt en de eigenaar van de handelszaak de exploitatie weer in eigen hand neemt. Dat deze meerwaardevergoeding uitsluitend toekomt aan de locataire-gérant die tevens huurder van het pand is, vindt zijn verklaring in het feit dat hij, ware hij eigenaar van de onderneming en huurder van het pand, recht zou hebben op huurverlenging of op schadevergoeding. Zie sub. 5.

Handelsnaam, merken, enz. worden geen eigendom van de huurder. De handelsvoorraad pleegt hij bij de aanvang over te nemen en bij het einde over te dragen. De verhuurder wordt geacht een non-concurrentie-verplichting te hebben (Hof Colmar 11 mei 1926, Gaz. Pal. 1926, 2, 303).

Of bij verkoop van de zaak de huurder zijn rechten aan de verkrijger kan tegenwerpen is betwist. Wel staat vast dat verhuur van de zaak zonder goedvinden van de eigenaar van het pand contractueel kan worden uitgesloten (Cass. 2 dec. 1954, D. 1955, Somm. 52). De verhuur kan dan niet aan de eigenaar van het gebouw worden tegengeworpen. Verhuur van de onderneming welke in een gehuurd pand wordt uitgeoefend is geen onderhuur Cass. 9 maart 1953, D. 1953, 324.

Aansprakelijkheid voor schulden. De doctrine en de rechtspraak zijn eenstemmig op dit punt dat de fonds de commerce niet heeft „un actif et un passif propres”. Dat wil dus zeggen: activa komen toe aan degene die deze heeft verworven en schulden drukken op hem die ze aangaat, ongeacht of die activa en passiva behoren bij een handelszaak die inmiddels in andere handen is overgegaan.

De wet van 20 mrt. 1956 maakt nu een gezonde driedeling.

(1) Schulden ontstaan in de persoon van de verhuurder vóór het aangaan van de verhuur. Deze blijven voor zijn rekening.

(2) Schulden ontstaan in de persoon van de huurder na het aangaan van de huur en vóór de publicatie: De verhuurder is hoofdelijk medeverbonden.

(3) Schulden als voormeld, aangegaan na de publicatie: De verhuurder is hoofdelijk medeverbonden tot op 6 maanden na de publicatie.

De wet behelst nog de kwalijke (dwingende) bepaling dat

bij het eindigen van de huur de schulden, aangegaan door de huurder, terstond opeisbaar worden.

5. *Handelshuur*. Het decreet van 30 sept. 1953 (nadien tot op heden 9 maal gewijzigd)¹⁾ geeft speciale bepalingen voor de huur en verhuur van bedrijfsruimten. Dit stuk wetgeving is op het politieke vlak sterk omstreden: de belangen van eigenaars-beleggers botsen met die van de kleine handelsstand. Dit onderwerp, waaraan het beknopte handboek over handelsrecht van Ripert-Roblot alleen al 18 blzz. wijdt, willen wij trachten zo kort mogelijk samen te vatten.

Overdracht van de huur (dat is: van de rechten en verplichtingen uit de huur voortvloeiende, wordt mogelijk gemaakt, krachtens een bepaling van dwingend recht, aan de huurder die zijn onderneming als geheel overdraagt. Betwist is, welk effect contractsbepalingen, strekkende tot beperking van die bevoegdheid kunnen hebben. Zie Ripert-Roblot nos. 390. Bepalingen tot bescherming van de verhuurder tegen niet-credietwaardige nieuwe huurders ontbreken.

De duur van de huur is minimaal 9 jaren. Per 3 jaren is herziening van de huurvoorwaarden mogelijk, waarbij de verhuurder beperkt is in zijn bevoegdheid, de huurprijs te verhogen.

Pas de porte. Het is gebruik geworden dat de inhurende ondernemer aan de eigenaar bij het begin van de huur een stevig sommetje extra betaalt. Wij zouden het sleutelgeld noemen en onverplicht betaald achten, de Fransen noemen het „pas de porte” en achten het in constante rechtspraak een geoorloofd beding. De rechtspraak is overigens sterk verdeeld over de rechtsgrond van de betaling (Ripert-Roblot, no. 402). Eenmaal betaald zijnde kan de pas de porte een actief uitmaken in de vorm van „recht op het huurrecht”; dit actief is overdraagbaar en kan onder omstandigheden het hele actief van een onderneming (seul élément essentiel du fonds) uitmaken. Hof Dijon 14 oct. 1953, J. C. P. 1954, 2, 8044 m.n. Cohen.

Propriété commerciale is een praktijkbenaming voor iets dat hetzelfde beoogt als onze huurbescherming: het recht op verlenging van de huur en, bij gebreke daarvan, op een

¹⁾ Zie laatstelijk Dalloz 1965, 162-164 en Dalloz 1966, Législation 48-67 (commentaar).

schadeloosstelling, evenredig aan de schade door niet-verlenging. De mogelijk te betalen schadeloosstelling werkt prohibitief tegen opzegging. De verhuurder die tot deze betaling veroordeeld wordt heeft overigens een „droit de repentir” (art. 32): hij kan terugkomen op de opzegging en alsnog de eieren van de huurverlenging boven het geld van de schadeloosstelling verkrijgen.

Bij gebreke van overeenstemming over de condities van een nieuwe huur beslist de President in référé, eventueel na deskundigenbericht.

Opzegging zonder schadeloosstelling is mogelijk (a) ingeval van „motif grave et légitime à l'encontre du locataire” en (b) voor algehele sloop en herbouw van het pand. In geval van herstel, vernieuwing of uitbreiding is de schadeloosstelling wel verschuldigd. Dringende behoefte voor eigen gebruik kan slechts een rol spelen bij de woonruimten, behorend bij de bedrijfsruimte, ook dan nog kan afweging van belangen plaats hebben. De vaststelling van het bedrag van de schadeloosstelling is niet geheel aan de rechter naar billijkheid overgelaten. Zij bestaat uit: de waarde van de handelszaak plus de kosten van verhuizing en wederinrichting plus de kosten en rechten van overgang in fiscale zin. De opzeggende verhuurder kan bewijzen dat de schade geringer is.

Is het reeds betwistbaar dat de wetgever aan de rechter voorschrijft hoe hij de schade moet berekenen, nog meer betwistbaar is, dat de waarde van de handelszaak zelve grondslag voor die berekening is, een handelszaak die geenszins steeds tenietgaat bij verlies van het bedrijfspand.

De rechter schijnt geneigd, de feitelijke waarde van de onderneming in gevallen als deze hoger aan te slaan dan de potentiële: een slecht renderende zaak in een gunstig gelegen bedrijfspand wordt naar het slechte rendement gewaardeerd (Trib. civ. Seine 11 febr. 1959 en, daarmee te vergelijken, Hof Parijs, 6 jan. 1959, beide J. C. P. 1960, 2, 11462 met noot Boccara alsmede Cour de Paris 29 mei 1965 en Trib. Seine 13 mei 1965, beide in D. 1965, 750. Dit wil dan niet anders zeggen dan dat de rechter de naar Franse begrippen zo essentiële „achalandage” er „af kapt” bij deze waardering. De hier bedoelde „propriété commerciale” komt aan de huurder bij schriftelijk contract slechts toe als hij 2, aan de huurder bij mondeling contract slechts als hij 4 jaar als huurder

zijn bedrijf in het gehuurde heeft uitgeoefend. Zie voor verdere rechtsvergelijking H. Cohen Jehoram *Goodwillrecht* (1963) blz. 101-107.

6. *Vruchtgebruik* van een onderneming komt in Frankrijk, evenals ten onzent, speciaal voor krachtens testament. Wettelijke bepalingen ontbreken en de jurisprudentie is schaars.

De doctrine is geneigd, hier van eigenlijk vruchtgebruik op een onlichamelijke roerende zaak te spreken. Op de handelsvoorraad past men daarentegen wel eens de regel toe van het oneigenlijk vruchtgebruik (vgl. Req. 30 mrt. 1926, Gaz. Pal. 1926, 2, 51); bij het einde van het vruchtgebruik rijst dan de vraag: wat nu? Ripert-Roblot stelt ijskoud dat de vruchtgebruiker gelijke geldswaarde moet teruggeven, dus gelijk tegenwoordig, bij sterke stijging van goederenprijzen, kan volstaan met een kleinere hoeveelheid te restituëren. Waar hij de regel vandaan haalt, ontgaat ons.

Litteratuur: Ripert-Roblot, *Droit commercial* (1963), nos. 387-430 en 516-640.

Escarra, *Manuel de droit commercial* (1947) nos. 226 e.v.

A. Cohen, *Traité des fonds de commerce* (1948), 2 dln.

BELGIË

1. *Handelshuur*. Deze wordt vooropgesteld omdat zij het onderwerp is van de jongste wettelijke regeling. Bij wet van 30 april 1951 is in het Burgerlijk Wetboek, na de Afdeling over huishuur een Afdeling II bis ingevoegd, houdende „Regels betreffende de handelshuur in het bijzonder”. De bepalingen zijn laatstelijk gewijzigd 29 juni 1955. Deze afdeling heeft betrekking op de huur van onroerende goederen of gedeelten daarvan die hetzij door de huurder zelf hetzij door een onderhuurder in hoofdzaak gebruikt worden voor het uitoefenen van een kleinhandel of voor het bedrijf van een ambachtsman die rechtstreeks in contact staat met het publiek.

De wet bevat bepalingen over de minimumduur van deze huur (artt. 3-5; deze is negen jaren), over de herziening van de huur in geval van gewijzigde omstandigheden (art. 6); over door de verhuurder-eigenaar voorgenomen verbouwingen (artt. 7-9), over overdracht van huur en onderhuur (10-11); over overdracht van het gehuurde goed door

de eigenaar (12); over recht op hernieuwing van de huur – bepalingen die grotendeels dezelfde strekking hebben als onze huurbescherming – (13-24); over vergoeding wegens uitzetting (25-28) en verder bepalingen over rechtspleging wegens overgangrecht.

Hoe interessant het merendeel van deze bepalingen ook wezen moge – het geldt hier een zorgvuldig voorbereid stuk wetgeving; er is vanaf 1946 aan de wet gewerkt en wat er van het ontwerp overbleef na meer dan honderd amendementen is grondig herzien en omgewerkt – wij moeten ons beperken tot de bepalingen betreffende overdracht van huur. Wij hebben immers te maken met de overdracht van een onderneming als geheel, daaronder begrepen de rechten, voortvloeiende uit de huur van het pand waarin de exploitatie plaats vindt. Zie voor commentaar op de wet: W. Paternostre, *Baux Commerciaux et protection du fonds de commerce*.

Art. 10 van de wet bepaalt dat een verbod om de huur over te dragen en een verbod van onderhuur niet beletten de overdracht van de huur of een onderverhuring „die samen geschiedt met de overdracht of de verhuring van de handelszaak en slaat op de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder”.

Er volgen dan verder een uitzonderingsbepaling voor het geval de verhuurder of zijn familie het goed bewoont en bepalingen van formele aard over vormvereisten en procedureregelen.

Art. 11 bepaalt dan allereerst dat bij overdracht van de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder, alsmede bij volledige onderverhuring, samengaande met overdracht van de handelszaak, de overnemer rechtstreekse huurder wordt van de verhuurder.

Het artikel handelt verder over volledige of gedeeltelijke onderverhuring die samen met de huur van een handelszaak geschiedt, en met name over de aanspraak op huurverlenging van de onderhuurder in dat geval. Op bijzonderheden gaan wij niet in.

Het derde lid citeren wij volledig:

De oorspronkelijke huurder blijft hoofdelijk gebonden tot alle uit de aanvankelijke huur voortvloeiende verplichtingen.

De bedoeling is niet dat deze hoofdelijke gebondenheid te allen tijde voortduurt: wordt er een nieuwe huur tussen de opvolgende huurder en de eigenaar gesloten, dan is de „aanvankelijke” huur beëindigd.

Op overdracht van huurrechten zijn toepasselijk de artt. 1689 en 1690 (vgl. ons art. 668) B.W. Verbr. 22 febr. 1952, Pas. I, 367.

Voor de toepasselijkheid van de betreffende bepalingen worden vrij strenge eisen gesteld. Van handelshuur is slechts sprake als het goed in overwegende mate voor bedrijfsuitoefening bestemd is (Verbr. 13 mrt. 1953, Pas. 1953, I, 534) en degene die zich op de wet beroept eigenaar of huurder van de handelszaak is en deze ook daawerkelijk exploiteert (Verbr. 3 april 1953, Pas. 1953, I, 670; 20 mei 1954, Pas. 1954, I, 815; 3 juni 1955, Pas. 1955, I, 1081). Winstoogmerk en uitoefening t.a.v. het publiek zijn vereist (Verbr. 25 oct. 1957, Pas. 1958, I, 182). Onder kleinhandel is ook te verstaan: het verlenen van diensten (Rb. Luik 4 okt. 1962, Pas. 1962, III, 101).

Aanvankelijk is de rechtspraak over deze wet (met name over de artt. 13-28, vergelijkbaar met onze huurbescherming) zeer overvloedig geweest. De stroom is wat gedund, vermoedelijk door de meerdere ruimte op de Belgische huizenmarkt. De Belgische wet kent vergoedingen toe van één tot drie jaar huur, al naar gelang van omstandigheden, waarbij vooral het opgegeven motief voor de beëindiging van de huur van belang is.

2. *Verkoop*. Hierbij, meer dan enige rechtshandeling, doet zich de vraag voor *wat tot de onderneming behoort*. Aangezien in België evenals in Frankrijk, de verkoop consensueel is en tevens zakenrechtelijk effect heeft, is de vraag aldus te stellen: Gegeven dat, na de verkoop, de verkrijger eigenaar is van de gehele onderneming, tot „*délivrance*” (feitelijke inbezitting) van welke elementen is de verkoper nu verplicht? Een wettelijke regeling bestaat niet.

Om te beginnen: het hangt van omstandigheden af, wat tot een bepaalde individuele onderneming behoort. Alles wat benodigd en geschikt is om de exploitatie voort te zetten en de afnemers te behouden. Mitsdien: de handelsnaam, het recht op de huur, lopende contracten. De Belgische doctrine is veel minder dan de Franse geneigd om „clien-

tèle" en „achalandage" als elementen van de onderneming te beschouwen; deze zijn veeleer eigenschappen van de zaak, welke kunnen overgaan wanneer en doordat voormelde constitutieve elementen worden geleverd. Zie Van Rijn, *Principes de droit commercial* I, no. 253 en 246 (1954). Eigenaardig is in dit verband een uitspraak van Rb. Luik 7 mrt. 1925 dat de handelsnaam door de verkrijger slechts gebruikt mag worden zolang als dat nodig is om de klandizie te verwerven en te behouden; dat mitsdien deze naam door de verkrijger niet wederom, tezamen met de zaak, aan een derde kan worden overgedragen (Jur. Liège, 142). Wij betwijfelen of dit als geldend recht mag worden beschouwd (pro: Van Rijn, no. 258; contra: Frédéricq, II, no. 27). Schulden en vorderingen gaan slechts over in geval van uitdrukkelijk beding (Hof. Gent, 2 april 1950, Journ. Trib. 1950, 708). Of een onroerend goed tot een handelszaak kan behoren, is betwist. Gezaghebbende auteurs als Van Rijn en Frédéricq, *Traité de droit commercial belge*, II, nos 6 en 22 zijn geneigd aan te nemen dat onroerend goed er wel onder kan vallen. Verkoop van de zaak zou dan betekenen dat de vervreemder, die deze zaak tot dusver in eigen pand had gedreven, gebonden zou zijn om aan de verkrijger een recht van huur toe te kennen indien zonder zodanig recht de exploitatie niet of minder goed mogelijk zou zijn (Van Rijn, no. 258). De stoffelijke bestanddelen, tot de bedrijfsuitoefening dienende, plegen onder de zaak te worden begrepen: inventaris en handelsvoorraad, de boekhouding.

Rechtsgevolgen van de verkoop.

De verkoop werkt van rechtswege tussen partijen. Niettemin moeten merken, octrooien, schulden en vorderingen worden overgedragen volgens de op dit stuk bestaande bepalingen teneinde de overdracht tegenover derden werke. Eveneens is tot datzelfde rechtsgevolg vereist de inschrijving van de overdracht van de zaak zelve in het handelsregister.

Indien en voorzover een essentieel element van de onderneming niet of ondeugdelijk geleverd is, staat aan de koper het recht op ontbinding ten dienste. Dit is enige malen uitgemaakt als bleek dat het huurrecht niet aan de verhuurder kon worden tegengeworpen en de koper dus de plaats van vestiging moest verlaten (o.m. handelsrb. Brussel 25 mrt. 1933, Jur. comm. Brux. 1933, 131).

Rechtspraak en doctrine zijn het er over eens dat de verkoper, ook zonder uitdrukkelijk beding, zich heeft te onthouden van concurrentie. Naar plaats en tijd is deze verbintenis beperkt in dier voege dat beslissend is of de koper voldoende gelegenheid heeft, een vaste klantenkring te behouden of te verkrijgen (hrb. Brussel 3 juli 1952, Jur. comm. Brux. 1952, 318; hrb. Antwerpen 17 mrt. 1950, Rechtsk. weekbl. 1950/1951, 1662, Hof Gent 4 jan. 1950, Rev. crit. jur. belge 1950, 273 met noot; Verbr. 2 juni 1959, Pas. 1959, 1004). De verbintenis gaat over op de erfgenamen (Hof Gent, a.b.) en geldt, naar algemeen wordt aangenomen, tegen opvolgende verkrijgers van de onderneming (Hrb. Antwerpen 17 mrt. 1950, R.W. 1950/51, 1662). Er is echter niet alleen sprake van non-concurrentie doch van het zich onthouden van al wat het rendement van de overgedragen zaak kan schaden (Verbr. 7 juli 1956, Pas. 1956, I, 254). Voorzover dat laatste mocht kunnen plaats grijpen is zelfs het indiensttreden bij een concurrerende onderneming verboden (hrb. Brussel 3 juli 1952, Jur. comm. Brux. 1952, 318).

Het voorrecht van de onbetaalde verkoper rust, krachtens het gemene recht, op de handelszaak als geheel. Van Rijn leidt daaruit af dat de koper gehouden is, de exploitatie tot op volledige afbetaling voort te zetten. Onzekerheid bestaat over des verkopers recht in geval van weder-verkoop van de onderneming. Vanzelfsprekend kunnen derden verhaal zoeken op bestanddelen van de onderneming alsmede op deze zelf, maar dan zal de bevoorrechte schuldeiser van de ondernemer zijn recht kunnen doen gelden op de opbrengst (Vgl. Rb. Yperen 20 nov. 1957, Pas. 1958, III, 89). In dit verband verdient, terzijde, nog opmerking dat de verkoper van nog onbetaalde machines en bedrijfsuitrusting zijn voorrecht behoudt als het geleverde onroerend wordt door bestemming en dat hij dan boven de hypotheekhouder gaat (art. 20 sub. 5 van de hypotheekwet als gewijzigd 29 juli 1957).

3. *Verhuur*. Deze wordt, bij gebreke van derogerende bepalingen, geregeerd door de wettelijke teksten betreffende huur en verhuur van roerende zaken. Daaronder begrepen de regel van gebruik als goed huisvader en die van de goede trouw. Zo zal de verhuurder aan de huurder geen concu-

rentie mogen aandoen (Van Rijn, no. 265); omgekeerd zal de huurder de zaak (de handelszaak als geheel dus) in behoorlijke staat moeten teruggeven en met name alles moeten vermijden waardoor klanten naar elders zouden gaan (hrb. Luik 19 jan. 1952, Jur. Liège, 1951/52, 180; impl. Verbr. 22 mei 1947, Rev. Crit. Jur. belge 1950, 93). Ook is wel aangenomen dat de exploitatie van de handelszaak moet voortduren tot het einde van de huur van het gebouw waarin de exploitatie plaats vindt (Vrederechter Eupen, 23 dec. 1955, Pas. 1956, III, 92). Beslist is dat het verhuren van een gebouw aan iemand die daar vervolgens zijn bedrijf in gaat uitoefenen iets anders is dan verkoop van een handelszaak onder gelijktijdige en daarmee samenhangende verhuur van het gebouw waarin de verkoper deze tot dusver exploiteerde (Verbr. 28 april 1949 vgl. met id. 16 sept. 1948, Rev. Crit. Jur. belge 95 e.v. m.n. Limpens).

4. *Vruchtgebruik* van een onderneming is in de handboeken niet behandeld en wij kunnen om die reden geen aandacht aan dit onderwerp besteden.

5. *Verpanding*. De verpanding heeft krachtens de wet van 25 okt. 1919, gewijzigd 30 mrt. 1936, plaats bij authentieke of onderhandse acte. Door de acte is tussen partijen het pand gevestigd. De voorgeschreven openbaarheid dient voor de werking tegen derden. Wat rechtens is ingeval van faillissement van de schuldenaar na de akte en vóór de inschrijving, is niet uitdrukkelijk geregeld en voorzover wij in de gepubliceerde rechtspraak konden nagaan heeft nog geen Belgische ingezetene het bestaan om op juist dit tijdstip failliet te gaan. De openbaarmaking heeft plaats in de hypotheekregisters.

Het voorwerp van het pand is „het geheel der waarden, die de handelszaak uitmaken, met name de klandizie, het uithangbord, de handelsinrichting, de merken, het recht op de huurceel, het mobiliair van het magazijn en het gereedschap; dat alles behoudens tegenstrijdig beding” (art. 2). De handelsvoorraad mag tot een maximum van 50% van de waarde in het pand begrepen worden. Zowel ten aanzien van deze voorraad als ten aanzien van inventaris en werktuigen neemt men gemakkelijk zaaksvervanging aan.

Pandhouder kunnen uitsluitend zijn „banken of krediet-inrichtingen, door de Regering toegelaten” en voorts zich onderwerpende aan de van harentwege gestelde voorwaarden.

Rechtsgevolg van de inpandgeving is allereerst dat de schuldenaar van rechtswege bewaarder is van de handelszaak voor de schuldeiser. Vervreemding en verplaatsing van de handelszaak of haar bestanddelen is strafbaar. In de tweede plaats heeft de pandhouder een recht van teruggeving van grondstoffen, inventaris en werktuigen die in strijd met zijn recht naar elders zijn overgebracht. Dit recht, hetwelk gedurende zes maanden na de strijdige daad geldig is, wordt grotendeels illusoir gemaakt doordat art. 2279 (ons art. 2014) niet buiten werking is gesteld.

Tenslotte is een punt geregeld betreffende samenloop van rechtsuitoefening door concurrente crediteuren en de pandhouder. Eerstgemelden kunnen zich verhalen (a) op individuele goederen tot de handelszaak behorende en (b) op de handelszaak zelve omdat ook deze als een vermogensobject wordt aangezien. De wet, bepalende dat de pandhouder geen verzet behoeft te doen tegen de verkoop als voorzien in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, impliceert daarmee dat ingeval van executoriale verkoop door een concurrent crediteur de koopprijs van rechtswege bij voorrang aan de pandhouder toekomt. Niettemin kan de pandhouder schade lijden doordat afzonderlijke elementen, verkocht zonder andere waarmee zij tezamen de handelszaak uitmaken, relatief minder waard kunnen zijn (Rb. Brussel 11 mei 1935, Pas. 1936, III, 136, Rb. Yperen 20 nov. 1957, Pas. 1958, III, 89).

Executie van het pand is aan zekere formaliteiten onderworpen die wij hier niet behoeven te onderzoeken. Het is mogelijk om het pand niet in het openbaar maar uit de hand te verkopen.

Rang van het pand. Aangezien de wet geen uitdrukkelijke regel behelst gaan rechtspraak en handboeken uit van de stelling dat het oudste recht voorrang heeft. Met name dus de verhuurder en de onbetaalde koper (wel te verstaan: van de handelszaak als geheel) zullen kunnen voorgaan boven de pandhouder als bewezen wordt dat hun recht ouder

is (vgl. Rb. Brussel 13 juli 1955, Journ. Trib. 1955, 697).

Eigenaardig is dat er ook concurrentie kan ontstaan tussen pandhouder op de handelszaak en hypotheekhouder op het gebouw waarin de zaak wordt uitgeoefend, inclusief de zaken welke door bestemming onroerend zijn geworden. Executeert de pandhouder laatstgemelde goederen, dan zal de hypotheekhouder met goed gevolg de opbrengst voor zich kunnen opeisen (Hof Brussel 30 nov. 1955, Revue de la Banque 1955, 838, m.n. Léon Dabin; Hrb. Brussel 24 april 1958, Jur. com. Brux. 1958, 222). Toch werd anderzijds beslist dat machines, gekocht met geld, gelend van de pandhouder op de gehele onderneming, onder diens pandrecht vielen zodra de schuldenaar ze in die onderneming in ontvangst nam; en dat een daarna optredende bestemming van de machines om te dienen tot blijvend gebruik van het fabrieksgebouw aan het recht van de pandhouder niet meer kan afdoen (Rb. Brussel 21 maart 1956, Annales du Notariat 1956, 284; Journ. Trib. 1957, 57).

Litteratuur: Louis Frédéricq, *Traité de droit commercial belge*, dl. II, blz. 1 e.v. (1947);

Louis Frédéricq, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, I, (1962), nos. 133 e.v., 471 e.v.

Paternostre, *Baux commerciaux et fonds de commerce* (1952).

Van Rijn, *Principes de droit commercial I* (1954) nos. 245 e.v.

N E D E R L A N D

Bij de beschouwing van het Nederlandse recht willen wij ook weer figuren als koop, huur, vruchtgebruik behandelen alvorens tot meer algemene conclusies te komen. Wij gaan er daarbij van uit dat de stand van rechtspraak en litteratuur tot een vrij recent tijdstip te vinden is in het Praeadvies van Offerhaus, in het *Jaarboek I* (1947) van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland en in het proefschrift *Goodwillrecht* van Mr. H. Cohen Jehoram (1963).

1. Verkoop

Noch het B.W. noch het W. v. K. bevat bepalingen over koop en verkoop van ondernemingen. Artikel 20 van de

Merkenwet onderstelde echter reeds in 1893 de mogelijkheid dat „fabrieken of handelsinrichtingen” aan een ander zijn „overgegaan”. De Handelsnaamwet verklaart dat de handelsnaam vatbaar is voor overdracht „in verbinding met de zaak die onder die naam wordt gedreven”, welke zaak dus blijkbaar ook voor zodanige overdracht vatbaar is.

Kortom (om van oudere en thans niet meer in werking zijnde teksten te zwijgen) men kan zeggen dat van oude tijden af kooplieden hun zaak hebben „verkocht”, „overgedaan” of dgl. en dat de wetgever, in teksten die thans reeds meer dan 70 jaar gelden zodanige transacties heeft erkend zonder nochtans het karakter van die transacties nader te bepalen of ze nader te reglementeren. Het komt mitsdien aan op de rechtspraak. Deze kan als volgt worden samengevat.

a) Partijen komen terzake van de overdracht overcen hetgeen hun goëddunkt. Handelsnaam, merken, octrooien, goodwill, inventaris, voorraden, vorderingen, schulden — men kan zich verbinden om het één over te dragen zonder zich te verbinden om tegelijk het ander over te dragen. De vrijheid om dienaangaande overeenkomsten te treffen is „onbeperkt” (H.R. 29 juni 1916, N.J. 866). Hier zijn beslissend de bevoordingen van iedere individuele overeenkomst, mitsgaders de aard dier overeenkomst, de billijkheid en het gebruik (art. 1375 B. W.); voorts de bepalingen van regeland wettenrecht.

b) Maar welke bepalingen van wettenrecht? Men behoeft hier niet halt te houden bij de bepalingen over koop en verkoop, hoewel men er een eind mee komt. Meestal immers zullen stellig zekere stoffelijke en onstoffelijke goederen (mee) verkocht zijn. In zodanig geval kan men op de verkoop daarvan de artt. 1493 e.v. B.W. toepassen en voor het meerdere aannemen dat krachtens artikel 1374 (3) en artikel 1375 B.W. het gebruik en de goede trouw tevens meebrengen b.v. dat de verkoper de koper niet beconcurrereert, hem bij afnemers introduceert, enz. H.R. 15 juni 1928, N.J. 1447 m.n. P.S. is hier van belang. Het Hof heeft, aldus de H.R., terecht een eiser ontvankelijk geacht die in de dagvaarding sprak van koop en verkoop van een zaak, maar heeft (evenzeer terecht, zo zal men het arrest moeten begrijpen) een „echte” koop in de zin van art. 1493 B.W. niet aanwezig geacht. Het Hof had aangenomen dat gedaagde zich verbonden had (a) om roerende en onroerende goederen te

leveren en bovendien (b) om te zorgen dat eiser „in het genot kan treden van al wat nodig is om de zaak te drijven”.

Men kan, met de H.R., aannemen dat deze transactie in haar geheel niet is een koop (maar blijkbaar een overeenkomst „sui generis” waarop de bepalingen van koop slechts bij analogie van toepassing zijn). Men kan ook, met Scholten in zijn zeer kritische noot, oordelen dat er wél koop is maar (hij cursiveert) „met een *eigen* karakter, gevolg van de aard van het object dat verhandeld is”. Men kan tenslotte, met Offerhaus (praeadvies sub 6) en Kamphuisen (Asser III, 3, blz. 32) oordelen dat er een complexe overeenkomst is die, naast elementen van koop, tevens elementen van andere overeenkomsten bevat (o.i.: mits men dan maar in het oog houdt dat de transactie één geheel vormt en dat haar delen onverbrekelijk samenhangen). De toepassing van de ene dan wel van de andere leer zal naar Nederlands positief recht geen groot verschil maken, met dien verstande evenwel dat de leer der gemengde contracten enkele voetangels en klemmen verbergt (Kamphuisen t.a.p. blz. 3-7).

Naar geldend recht is de regel op te stellen: de bepalingen over koop toepassen met inachtneming van het eigensoortig karakter van de overeenkomst. Dit eigensoortig karakter kan onder omstandigheden meebrengen dat het „koop”-karakter verre op de achtergrond treedt.

c) Een wederkerige overeenkomst is hier in ieder geval aanwezig. Ontbinding wegens wanprestatie zal dus mogelijk moeten zijn. Het is soms moeilijk, partijen terug te brengen in de vorige toestand (Rb. Utrecht 21 okt. 1925, N.J. 1927, 30; Hof 's-Hage 24 juni 1943, N.J. 1944, 460). Maar dan behoort dat resultaat benaderd te worden; zie H.R. 28 mrt. 1940, N.J. 681 m.n. E.M.M. en Rutten bij Asser III, 2, bl. 380. De moeilijkheid is groot wanneer, gelijk in gemelde gevallen, het de verkoper is die de ontbinding vraagt en deze terug wil in een bedrijfspand op basis van huur. Zie nader sub f.

d) Voor het geval partijen niet anders overeenkomen neemt men aan dat verkoop een verbintenis doet ontstaan tot overdracht van de handelsnaam (Offerhaus *praeadv.* sub 8; Molengraaff I, bl. 73, enz.); van het merk (Rb. Amsterdam 17 juni 1942, B.I.E. 1943, blz. 27. m.n. V. d. M.); c.q. ook octrooien (zie gemelde noot en Offerhaus t.a.p.).

e) Krachtens vaste rechtspraak brengt verkoop de ver-

bintenis mede om alles te doen opdat de koper de onderneming gelijk zij tot dusver gedreven is, kan voortzetten; Rb. Amsterdam 13 juni 1919, N.J. 1921, 1153; id. 8 dec. 1924, W. 11413; Hof 's-Hage 31 okt. 1927, N.J. 1928, 135; H.R. 15 juni 1928, N.J. 1447 m.n. P.S. Dit betekent dat de verkoper, ook zonder dat zulks uitdrukkelijk is overeengekomen, aan de koper geen concurrentie mag aandoen; Pres. Groningen 21 okt. 1955, N.J. 1956, 405. Zeer de vraag is echter, of dat concurrentiebeding (het zou eventuele krachten 1354 B.W. moeten) ook overgaat op derden-verkrijgers. Bevestigend antwoordt Hof Arnhem 22 mrt. 1955, N.J. 599; anders: Hof 's-Gravenhage 22 febr. 1952, N.J. 1953, 288.

W Wettelijke regeling ware hier gewenst.

f) Over overdracht van de bedrijfsruimte een tweetal opmerkingen.

Primo. Gelijk reeds opgemerkt onder *a* zal men van geval tot geval moeten beslissen of uit de overeenkomst voortvloeit een verbintenis om de bedrijfsruimte ter beschikking te stellen dan wel er voor in te staan dat een derde (b.v. de verhuurder) deze ter beschikking stelt. De vraag of de zaak op buurtklandizie drijft, zal van belang zijn. Een voorbeeld waarbij de koper teleurgesteld werd vindt men bij Rb. Dordrecht 20 juni 1962, N.J. 1963, 178: de koper kon (slechts) als onderhuurder en (slechts) op hem niet schikkende condities de beschikking over het café-lokaal c.a. krijgen. De rechtbank gaat hier zo ver van in vrij algemene termen aan te nemen dat bij huurruimten de koper zelf vóóraf attent moet zijn op bewilling van de verhuurder en dat dit naast het koopcontract met de verkoper staat.

Secundo. Naar Nederlands recht is het een uitgemaakte zaak dat het wel mogelijk is de *rechten* uit een huurovereenkomst over te doen, (H.R. 15 mrt. 1940, N.J. 848 m.n. E.M.M. en Hof Amsterdam 23 febr. 1939, N.J. 879), maar niet de verplichtingen. Overdracht van de contractuële relatie is mitsdien, anders dan in Frankrijk en België, niet mogelijk. De verhuurder van een bedrijfspand kan door niet-bewilling veelal de verkoop van een zaak vrijdelen. Vgl. H.R. 6 jan. 1938, N.J. 525 m.n. E.M.M. Een wettelijke

W voorziening is hier vereist.

g) Of vergunningen, concessies, toewijzingen van contin-

genten e. dgl. overdraagbaar zijn, hangt af van de voorwaarden waaronder de verlener de vergunning etc. heeft uitgegeven. Vgl. H.R. 27 febr. 1942, N.J. 350 (teelt-vergunning: wel; Hof 's-Gravenhage 1 nov. 1961, N.J. 1962, 511, W.P. N.R. 1963 no. 4773 (vergunning autovervoer: wel); H.R. 3 juni 1954, N. J. 380 (drankvergunning: niet). Uit de eerste twee uitspraken kan men zien dat de verbintenis tot „overdracht” vaak meer is een verbintenis om te doen dan ene om te geven. Veelal zal hier nodig zijn het richten van een verzoek tot de verlenende instantie, het invullen van formulieren, enz. Vaak is het dan zo dat die instantie degene is die de rechtshandeling verricht krachtens welke de verkrijger houder van de vergunning, concessie of toewijzing wordt.

h) De handelszaak heeft geen eigen actief en passief. De schulden, terzake van het bedrijf aangegaan, zijn verhaalbaar op het gehele vermogen van de (natuurlijke of rechts-) persoon die in de uitoefening van het bedrijf de schulden aanging of die daarvoor medeaansprakelijk is (mede-vennoot). Overgang van bedrijfsmiddelen, handelsnaam enz., gepaard gaande met voortzetting van het bedrijf door de opvolger, heeft op deze situatie geen invloed. De oorspronkelijke exploitant van het bedrijf blijft aansprakelijk voor zijn eigen schulden. Het komt voor dat de voortzetter a) tegenover zijn voorganger zich sterk maakt voor betaling van schulden en b) in het Handelsregister of anderszins openlijk te kennen geeft dat hij zich daarvoor aansprakelijk stelt.

i) Dat de levering behoort te geschieden voor ieder der over te dragen goederen afzonderlijk op de bij de wet bepaalde wijze, is een stelling die geen tegenspraak ontmoet. Vgl. ook Hof Amsterdam 12 mrt. 1936, N.J. 1937, 120.

Samenvattend kan men zeggen dat de rechtspraak over verkoop van ondernemingen vrij eenstemmig is, hoewel sterk aan de afzonderlijke feitelijke en contractssituaties gebonden. Deze dusgenaamde verkoop is zonder uitzondering een overeenkomst waarbij men zich behalve tot een geven óók tot een handelen en tot een nalaten verplicht. Moeilijkheden zijn blijven bestaan m.b.t. de werking van het concurrentiebeding jegens derden-verkrijgers en m.b.t. de beschikking over de bedrijfsruimte zowel bij de overeenkomst zelf als bij eventuele ontbinding of vernietiging daarvan.

2. *Inbreng in gemeenschap; scheiding en deling*

Het woord „inbreng” is dubbelzinnig. Het kan in de eerste plaats betekenen overdracht in eigendom aan meerdere, een gemeenschap vormende, personen gezamenlijk of aan een rechtspersoon. In dezelfde betekenis kan men „inbreng” gebruiken wanneer men overdraagt aan een natuurlijk persoon ten behoeve van het door hem uitgeoefende bedrijf. Aangezien een bedrijf geen eigen actief en passief heeft, zal men moeten aannemen dat het ingebrachte eigendom wordt van degene te wiens behoeve de inbreng geschiedt, ongeacht of deze de bedrijfsuitoefening voortzet en ongeacht of hij het ingebrachte (in eigendom verkregene) tot de bedrijfsuitoefening gebruikt dan wel voor andere doeleinden.

Voorzover men de inbreng beschouwt als hier vermeld kan men de overeenkomst die tot inbreng verplicht geheel vergelijken met een koopovereenkomst en de inbreng zelf is dan een leveringshandeling (eigendomsoverdracht). Het hiervoor gestelde is onverminderd van toepassing. Vgl. m.n. voor de vereisten tot de geldigheid van de overdracht Hof Amsterdam 12 mrt. 1936, N.J. 1937, 120 (inbreng van een merk dient te voldoen aan de vereisten van art. 668 B.W. en art. 20 Merkenwet).

„Inbreng” kan echter in de tweede plaats betekenen dat enig goed economisch ter beschikking gesteld wordt van een gemeenschap van personen, een rechtspersoon of een natuurlijk persoon ter wille van diens bedrijfsuitoefening (H.R. 29 okt. 1952, N.J. 1953, 557 m.n. PH.A.N.H. en 7 dec. 1955, N.J. 1956, 163). In dergelijke gevallen hangt het geheel van het individuele contract af welke aanspraken de verkrijger verwerft. In gemeld arrest Hof Amsterdam van 1936 ging het om het toestaan van het gebruik van een merk zolang als H. directeur was van de naamloze vennootschap N.

Het kan ook zijn dat in een gemeenschap (het ligt voor de hand bij een huwelijksgemeenschap) de toestand ontstaat dat de ene deelgenoot een bedrijf uitoefent met goederen die van de ander zijn of met gemeenschapsgoederen waarover de ander het bestuur heeft. De eigendom of het bestuursrecht van de ander wettigt niet diens ingrijpen in de bedrijfsvoering (H.R. 9 mei 1958, N.J. 392 inz. hotel Rijnzicht). Of het onttrekken van die zaken aan de bedrijfsvoering, indien die onttrekking geschiedt door de eigenaar of bestuursgerechtigde, onrechtmatig is, zal zeer veel van om-

standigheden afhangen, terwijl in huwelijksgemeenschappen medebepalend zal zijn, wat tussen echtgenoten betaamt (vgl. H.R. 23 dec. 1960, N.J. 1961, 86).

De scheiding en deling is een gans andere zaak dan levering, al is het alleen maar omdat zij vormloos is (1115 en 628 B.W. en H.R. 9 dec. 1921, N.J. 1922, 219). Over deze scheiding en deling nu kan men allereerst opmerken dat, ondanks de zwakke punten die de annotator terecht in het arrest heeft aangewezen, de uitspraak van H.R. 9 mrt. 1951, N.J. 1952, 46 m.n. Ph.A.N.H. (damesmodebedrijf) tot het goede resultaat geleid heeft dat de feitelijke voordelen die één der partijen verkrijgt doordat hij een onderneming kan voortzetten, bij de scheiding in aanmerking worden genomen.

Dat een onderneming tot een nalatenschap behoort, betekent dat alles wat rechtens aan de erflater toekwam en van belang was (en is) voor de normale bedrijfsuitoefening, aan de erfgenamen gezamenlijk toekomt. Had de erflater alleen de feitelijke beschikking over de bedrijfsruimte omdat zijn buiten gemeenschap ghuwde echtgenote deze ter beschikking stelde zonder enige contractuële verplichting daartoe, dan kunnen de erven niet stellen dat bij de handelszaak zou zijn inbegrepen een rechtens geldend te maken aanspraak jegens de weduwe om het perceel als bedrijfsruimte te gebruiken (H.R. 27 apr. 1951, N.J. 1952, 63 inz. bloemenmagazijn Roza; vgl. Cass. 25 nov. 1957, D. 1958, 389, hierboven vermeld bij Frankrijk, 2). Tot dusver is niet gebleken dat te dezer zake moeilijkheden bestaan die slechts door de wetgever kunnen worden opgelost.

3. *Huur en verhuur*

Uit een aantal beslissingen van de laatste tijd blijkt, dat huur en verhuur van ondernemingen wel voorkomt. Het duidelijkst zijn in dit verband de uitspraken van H.R. 26 jan. 1955, B.N.B. 55/216 en 26 okt. 1955, B.N.B. 56/55. De situatie was daar duidelijk. Er gebeurde wat de H.R. in laatstgemeld arrest aldus omschreef: „dat een verandering optreedt in de vorm der bedrijfsuitoefening, in die zin dat voor den in de huurovereenkomst bepaalde tijd de exploitatie van het bedrijf wordt overgelaten aan een ander en voor den oorspronkelijken ondernemer aldus een meestal vaste huursom als bedrijfsinkomst in de plaats treedt van de

totdusver wisselende ontvangsten der eigen exploitatie”.

Zo netjes als de Hoge Raad zeggen partijen het in de regel niet. Integendeel treft men onder allerlei benamingen contracten aan waarbij de ene partij een onroerend goed verhuurt en (al of niet in de huurprijs verwerkt) nog een bedrag boven de „naakte” huurprijs aan de ander in rekening brengt. Soms is dan de bedoeling dat door die extra betalingen de „huurder” uiteindelijk het bedrijf inclusief goodwill voor zichzelf verkrijgt, soms wordt van „verhuur van goodwill” gesproken en wordt daar vrij zeker mee bedoeld: tijdelijke terbeschikkingstelling der bedrijfsmiddelen op basis als boven door de Hoge Raad omschreven. Voorbeelden van onhelderheid ten aanzien van de feitelijke verhoudingen: Kgr. Haarlem 26 nov. 1957, N.J. 1958, 362; H.R. 26 juni 1959, N.J. 577; Hof Leeuwarden 8 jan. 1958, N.J. 513; Kgr. Haarlem 7 sept. 1962, N.J. 1963, 111.

Bij arrest H.R. 8 nov. 1963, N.J. 527 werd beslist dat, indien een onroerend goed verhuurd is en tevens de goodwill van het daarin uitgeoefende bedrijf, de vaststelling van de huurprijs behoort tot de bevoegdheid van de Kantonrechter. Wat nu met „verhuur van goodwill” in casu was bedoeld, is uit de gepubliceerde stukken niet af te leiden. Met name dat de onderneming met inbegrip van goodwill (verhuurd was en) bij het einde van de huur weer opgeleverd moest worden, blijkt niet.

W Overziet men de rechtspraak, dan blijkt huur en verhuur van ondernemingen wel voor te komen. De figuur is echter vrij zeldzaam en specifieke huurproblemen (zie Frankrijk onder verhuur, blz. 10) hebben zich niet voorgedaan. De vraag of de wetgever hier regelend moet ingrijpen wegens gebleken moeilijkheden in de praktijk, kan niet bevestigend worden beantwoord.

4. Huurkoop

De zaken, beslist bij Kgr. Apeldoorn 5 aug. 1953, N.J. 1954, 418; Kgr. Delft 3 febr. 1955, N.J. 559; Rb. Zutphen 24 mrt. 1955, N.J. 672; Kgr. Leiden 7 mrt. 1956, R.A. no. 435; Rb. Breda 14 mei 1962, N.J. 1964, 476 schijnen betrekking te hebben op rechtsverhoudingen die wij gevoeglijk huurkoop van een onderneming kunnen noemen. Dat was stellig ook het geval bij Kgr. Amsterdam 11 sept. 1964, R.A. no. 181, waarin de Amsterdamse Kantonrechter besliste dat

huurkoop van een onderneming niet mogelijk is omdat deze niet is een zaak in de zin van art. 555 B.W., vernietigd door Rb. Amsterdam 1 juni 1965, R.A. no. 251. Ten aanzien van een onderneming zonder materiaal en materieel werd hetzelfde beslist door Kgr. Amsterdam 16 dec. 1958, N.J. 1959, 421 „omdat de eigendom van een klantenkring en zeker van een goodwill niet kunnen worden voorbehouden”. Wel mogelijk werd zodanige overeenkomst geacht door Hof 's-Hertogenbosch 12 mrt. 1929, N.J. 1930, 330.

Van Zalinge kocht in 1946 een kruidenierszaak in huurkoop van Mul. Vóóordat was afbetaald liet hij zich in het Handelsregister als eigenaar inschrijven. Mul, stellende nog eigenaar te zijn, kwam daar tegen op, doch de H.R. (25 mrt. 1948, N.J. 280) besliste dat „eigenaar” resp. „degene aan wie de zaak behoort” in de zin der Handelsregisterwet is: „degene die de zaak drijft en het daarin vervatte bedrijf uitoefent”. Daarbij bleef het niet; de H.R. voegde er uitdrukkelijk aan toe dat in dit geval „de huurkoper... als „eigenaar” in de zin der wet is te beschouwen”. Hoewel de mogelijkheid rechtens van huurkoop van een onderneming niet betwist was, zou het voor de hand gelegen hebben dat de H.R. zich gereserveerder had uitgedrukt als hij de overeenkomst tussen partijen niet of slecht verenigbaar had geacht met het B.W.

In het geval, beslist bij arr. H.R. 21 mei 1956, N.J. 375 betrof het ontwijfelbaar huurkoop van een onderneming. Beide partijen beschuldigten elkaar van wanprestatie en de verkoper nam roerende zaken, behorende tot het verkochte complex, tot zich terug. Het debat liep over de noodzaak van voorafgaande ingebrekestelling, waarbij overigens bijzonderheden, ondernemingen als zodanig betreffende, buiten beschouwing moesten blijven.

Uit het vorenstaande blijkt, dat er een vrij levendige huurkoophandel in ondernemingen gedreven wordt. Dat de onderneming geen „zaak” is in de zin van art. 555 B.W. kan daarbij evenmin een bezwaar zijn als de onmogelijkheid van overgave of teruggave van beklanting. Beide bezwaren doen zich ook voor bij de koop en verkoop, die reeds lang erkend zijn²). Het betreft hier (zowel als bij koop) een eigensoortig

² Het kan zeer goed zijn dat in Kgr. Amsterdam 16 dec. 1958, N.J. 1959, 421 de Kantonrechter bedoelde te beslissen dat in casu de dusgenaamde goodwill geen reële en praktische betekenis had.

contract waarbij men aan woorden als verkoop en levering de betekenis moet toekennen die strookt met de bedoeling in concreto van partijen, zonder die geheel in de artt. 1493 en 667 e.v. B.W. in te passen. Het beding dat „de verkochte bekanting niet door enkele overdracht in eigendom van de koper overgaat” zal nooit in deze bewoordingen worden gemaakt. Wel echter zijn mogelijk bedingen die de strekking hebben om de verkoper te machtigen tot het nemen van zodanige maatregelen in geval van wanbetaling door de koper, dat deze laatste de feitelijke mogelijkheid tot voortzetting der bedrijfsuitoefening verliest en de verkoper haar feitelijk en rechtens herkrijgt.

Aangezien wij van oordeel zijn dat de huurkoop van ondernemingen is erkend bij arr. H.R. 25 mrt. 1948, N.J. 280 en aangezien wij voorts menen dat begrippen als „overdracht”, „eigendomsvoorbehoud” en „rustig genot” zekere détailvragen oproepen die wettelijke voorziening behoeven komen wij op deze zaak terug bij de Conclusies, blz. 46.

5. Zekerheidsrechten

Verpanding van ondernemingen moet naar geldend recht uitgesloten worden geacht. De vraag of te dezer zake een wettelijke voorziening getroffen moet worden, laten wij rusten tot bij de bespreking van het Ontwerp Meijers. Zie hieronder blz. 37 e.v. en 40 e.v.

In de praktijk vindt vaak *fiduciaire overdracht* tot zekerheid plaats van bedrijfsactiva, vorderingen daaronder begrepen. Ook over dit punt zal ter zelfder plaatse nader worden gesproken.

W Het voorrecht van de verkoper neemt in Frankrijk een belangrijke plaats in. Rechtstheoretisch is dat daar gemakkelijk omdat men de onderneming beschouwt als een roerend onlichamelijk goed, in tegenstelling tot Nederland waar juist op het samengestelde karakter van de onderneming de meeste nadruk gelegd wordt. Wil men dit voorrecht in de wet erkennen, dan zal men eveneens, gelijk in Frankrijk, een publiciteitssysteem moeten invoeren. Gezien de vele rompslomp die dat meebrengt en gezien de mogelijkheid voor de verkoper om andere zekerheden te bedingen, menen wij een wettelijke regeling te dezer zake te moeten ontraden.

6. *Vruchtgebruik*

In een geschil tussen de Fiscus en een belastingplichtige die een onderneming in vruchtgebruik had, stelde de Fiscus dat belanghebbende niet mocht afschrijven op de in vruchtgebruik bezeten zaken „aangezien de waardevermindering van die zaken niet komt te haren laste doch ten laste van de blote eigenaar”.

De Hoge Raad overwoog (15 jan. 1941, N.J. 908):

dat de burgerlijke wetgeving omtrent vruchtgebruik van onderneming geen bijzondere regeling bevat, doch aannemelijk is dat de vruchtgebruiker, die ingevolge het bepaalde in artikel 803 B.W. bij de uitoefening van zijn recht moet zorgen, dat de in vruchtgebruik bezeten zaak in stand blijft, geen aanspraak heeft op de bruto opbrengst van het bedrijf, maar slechts op de zuivere winst daarvan met inachtneming van afschrijving overeenkomstig goed koopmansgebruik op de door hem in vruchtgebruik bezeten en in het bedrijf aangewende zaken.

Anders dan Hollander in zijn noot onder H.R. 5 dec. 1956, B.N.B. 1957/26 zijn wij van oordeel dat de H.R. in dat arrest niet teruggekomen is op de leer van 1941. Het lag in 1956 echter blijkbaar voor de hand om te veronderstellen dat partijen, vader en zoon, beiden boer, te dezer zake een regeling hadden getroffen. Over wat gelden zou bij gebreke van zodanige regeling laat de H.R. zich niet uit.

Over het arrest 1941 de volgende opmerkingen:

(a) De aanhef is onjuist: de artt. 817 en 818 handelen over boomkwekerij als onderneming.

W (b) Met „de in vruchtgebruik bezeten zaak” (enkelvoud), moet, gezien het gezinsverband, bedoeld zijn de onderneming als geheel. Deze moet door de vruchtgebruiker in stand gehouden worden. Hoe? Verschillende mogelijkheden van conflict doen zich voor.

— Een vruchtgebruiker die ver vooruitziet, kan van oordeel zijn dat bepaalde machines technisch of economisch verouderd zijn en vervangen dienen te worden; bij gebreke daarvan vreest hij teruglopen van de winst; de eigenaar echter wenst geen grote investeringen te doen.

— Of de eigenaar is de vooruitstrevende man die voort-

durend bedacht is op aanschaffing van het meest moderne. Maar grote investeringen drukken de winst en de vruchtgebruiker is er dus tegen.

— Trouwens, er zijn gevallen waarin financiering van investeringen naar goed koopmansgebruik zou dienen te geschieden uit de reserves of met geleend geld; er zijn andere waar financiering uit de winst normaal zou zijn. Mag de vruchtgebruiker zeggen: die winst is van mij en daar blijft jij, eigenaar, af?

Dit is het *eerste en centrale probleem* als wij spreken over wetgeving betr. vruchtgebruik. „Vanoudsher staat vruchtgebruik . . . te boek als een zakelijk recht. In waarheid is het dit sinds ongeveer twee millennia slechts in bepaalde gevallen” (J. C. van Oven, W.P.N.R. 1959, no. 4595). Wil men het uit wisselende bestanddelen bestaande complex waaruit de „vruchten”, de winst, voortkomt, zo goed mogelijk in stand houden, dan moet men te rade gaan bij de aard van dat complex (i.c. de onderneming). Rechtstheoretisch hebben bloot-eigenaar en vruchtgebruiker ieder hun zaken-rechtelijke vrije sfeer. Hun belangen zijn echter zo (quasi contractueel) verstrengd, dat het rechtstheoretisch beginsel doorbroken moet worden. Hoewel uitsluitend de vruchtgebruiker ondernemer is zal het nodig zijn dat de eigenaar, soms in zijn eigen belang, soms in dat van de vruchtgebruiker, een ogenblik op de ondernemersstoel gaat zitten. Een afzwakking van bepaalde vermogensrechten met absoluut karakter als hier geboden is aan de wetgever voorbehouden. Het Ontwerp gaat ons hierin niet ver genoeg. Zie voor literatuur en rechtspraak Beekhuis, Zakenrecht II, 372 e.v. en Lubbers, Praeadv. Cand. Not. 1959, i.h.b. blz. 88 e.v.

Een *tweede vraagstuk* is de bevoegdheid tot het innen van bedrijfsvorderingen. Komt deze bevoegdheid toe aan de vruchtgebruiker, aan de eigenaar, of slechts aan beide tezamen. Alle drie standpunten zijn in de rechtspraak vertegenwoordigd. Bij zo grote onzekerheid dient de wetgever in te grijpen. Zie daarover 3.8.8. Ontwerp.

Een *derde moeilijkheid* is de betaling van schulden. Hiervoor is art. 3.8.20 ontworpen.

W Een *vierde punt* vormen de verliezen, wel te onderscheiden van schulden. Deze laatste gaat de vruchtgebruiker-

ondernemer zelf aan en hij is daarvoor krachtens art. 1177 B.W. aansprakelijk in eigen vermogen, het vruchtgebruiksrecht daaronder begrepen. Een verlies echter is een vermogensvermindering. (Wellicht) anders dan Beekhuis en Lubbers menen wij dat bij het einde de vruchtgebruiker daarvoor jegens de eigenaar niet aansprakelijk is. Het is echter niet wenselijk om dat op een presenteerblaadje voor hem in de wet te zetten. Bovendien betoogt Lubbers terecht dat het optreden van verliezen partijen noopt tot een compromis of zelfs tot het scheppen van geheel nieuwe verhoudingen. Hun belangen lopen dan parallel.

W In de *vijfde plaats* treden ter zake van de teruggaveplicht van de vruchtgebruiker complicaties op die art. 3.8.22 niet voetstoots oplost.

(a) Is uit de reserves een nieuw bedrijfsmiddel aangeschaft, met verwijdering van het oude, dan doet zich nauwelijks een probleem voor. Krachtens 3.8.11 jo. 22 is de vruchtgebruiker gehouden tot restitutie en de meerwaarde valt aan de eigenaar toe.

(b) Doet de vruchtgebruiker eigenmachtig en buiten de grenzen van zijn bevoegdheid een zaak weg, dan zou volgens H.R. 16 jan. 1959, N.J. 355, A.A. 1959/60 bl. 42 m.n. J.H.B. (boedel Swierenga) slechts van schadevergoeding sprake zijn: zaak A viel onder het vruchtgebruik, zaak A moet dus terugkomen. Het is de vraag of de H.R., mede gezien art. 3.8.11 (zaaksvervanging), in de toekomst, als het over een onderneming gaat, zonder meer net zo zou oordelen.

(c) Het beginsel van de eenheid van de onderneming kan men niet handhaven als de vruchtgebruiker onverplicht uit eigen middelen machines aanschafft en deze in de onderneming plaatst. Er is dan niet vervangen of verbeterd maar er is sprake van benutting van vrij eigendom en vruchtgebruiksgoed tezamen voor één feitelijk doel: bedrijfsvoering. De punten *b* en *c* kunnen gevoeglijk aan de boedelrechter worden overgelaten. Wetsbepalingen schijnen ons niet nodig.

7. De identiteit van de onderneming

Het arrest H.R. 25 mrt. 1948, N.J. 280 waarschuwt ons om niet aan Handelsnaamwet en Handelsregisterwet een argument te ontleen voor de erkenning door onze wetgever

van de onderneming als eenheid. Het woord „eigenaar” van de onderneming heeft in laatstgemelde wet de betekenis van: de man die haar drijft, exploiteert, ongeacht of die burgerrechtelijk ook „eigenaar” is.

In een nalatenschap kan een onderneming worden toegescheiden aan de ene erfgenaam, de bedrijfsruimte waarin die tot dusver werd gedreven aan de ander; van rechtswege komt dan geen aanspraak op gebruik dier ruimte toe aan de één tegenover de ander (H.R. 27 apr. 1951, N.J. 1952, 63).

Er moet (zie H.R. 15 jan. 1941, N.J. 908) een onderscheid gemaakt worden tussen „de zaak” (de onderneming) en „de zaken” (individuele bedrijfsmiddelen, tot de exploitatie van de onderneming dienende).

Dit samengesteld-zijn van de onderneming uit verschillende factoren die al naar omstandigheden niet (zie gemeld arrest van 1951 of wel (H.R. 9 mrt. 1951, N.J. 1952, 46; damesmodebedrijf) als eenheid rechtens beschouwd worden met het oog op een bepaalde rechtshandeling, speelt een grote rol in de rechtspraak.

Dit komt bijvoorbeeld goed uit in de zaak Steffens/Bos, H.R. 4 juni 1954, N.J. 385. Bos was na de oorlog onder beheer gesteld en moest, bij opheffing van het beheer, vaststellen dat Steffens, die als beheerder in zijn bakkerij gesteld was, begonnen was, deze zaak op eigen naam te drijven en ook als huurder van het bedrijfspand fungeerde. De voorzichtig gestelde dagvaarding van Bos verdient de aandacht; het petitum luidt (I) tot verklaring voor recht dat Steffens zich zonder recht of titel bevindt in a) het bedrijfspand en b) „het genot van de daarin gedreven brood- en banketbakkerij”; voorts (II) tot ontruiming van het perceel op straffe van dwangsom. Dat Bos de zaak won, is in belangrijke mate te danken aan het feit dat hij niet „de bakkerij” revindiceerde. Het (op zichzelf blijkbaar juiste) verweer van Steffens was nl. dat hij van een bij de aanvang van het beheer onbeduidend zaakje een goed renderende bakkerij gemaakt had. 's Hofs toewijzende beslissing wordt door de H.R. zo gelezen dat van het begin van het beheer tot het einde daarvan (tevens het begin van Steffens' eigenmachtige bedrijfsvoering) „het bedrijf, omdat het door Steffens voor het beheersinstituut, en dus onmiddellijk voor Bos, werd gevoerd, het bedrijf van Bos is gebleven”; waarop dan volgt:

„dat daarom met 's Hofs voormelde beslissing enkel kan zijn bedoeld, dat de vermogensbestanddelen, welke reeds bij het einde van het bedrijfsleiderschap van Stefens tot dat bedrijf behoorden en thans nog daarin aanwezig zijn . . . aan Bos, als zijnde diens eigendom, moeten worden afgestaan.”

Opmerkelijk is ook hier weer de reeds eerder gesignaleerde onderscheiding tussen „de onderneming” of „het bedrijf” (dat in zoverre wel degelijk als eenheid wordt beschouwd) en de bedrijfsmiddelen, „in het bedrijf aangewende zaken”, „vermogensbestanddelen” (vgl. arr. 1941, 908; boven sub. 6 onder *b*). Voorts ook is opmerkelijk dat noch het Hof noch de H.R. de onderhavige broodbakkerij na het ogenblik waarop Steffens, naar 's Hofs woord „zich van dat bedrijf meester maakte” de onderneming nog betitelen als „het bedrijf van Bos”. Ook hier geldt blijkbaar weer de regel: de onderneming is van wie haar drijft, exploiteert (vgl. H.R. 25 mrt. 1948, N.J. 280).

W De P.G. Mr. Langemeijer concludeerde in de zaak Stefens/Bos, dat, wat er moge zijn van een mogelijk toekomstige ontwikkeling in de richting van het begrip „onderneming” als eenheid, die ontwikkeling met name nog niet zover is voltooid dat die eenheid „in verband van welke rechtsverhouding ook” alles zou omvatten wat er naar spraakgebruik bij behoort. Een handelszaak op te vatten als een onder wisselende omstandigheden identiek rechtsobject, vatbaar voor opvordering, is onaanvaardbaar. „Zo ver gaat dan ook bij mijn weten geen enkele schrijver en geen enkele rechterlijke beslissing voor ons recht . . .”.

Het is vanuit deze situatie dat wij hebben te beslissen over wijziging in de wetgeving. Ons standpunt daarbij is dat deze rechtstoestand stellig zijn „jammere” kanten heeft, met name zo vaak als partijen bij een contract of een erflater bij testament, handelend naar spraakgebruik, die eenheid wel eens wat erg eenvoudig opvatten, waardoor dan later moeilijkheden ontstaan. Daar staat dan echter tegenover dat deze situatie aan ons recht ook een soepelheid verleent die aantrekkelijk is: men kan van één en dezelfde onderneming, al naar gelang van de wet die men toepast, nu eens de één,

dan weer de ander als „eigenaar” aanmerken (H.R. 1948, 280); men kan al naar de rechtsverhouding tussen de betrokkenen, in het éne geval een bestanddeel wèl, in het andere datzelfde bestanddeel niet tot de onderneming rekenen. Zie H.R. 1952, 63 (Roza; bedrijfsruimte vóór en na overlijden erflater); en vgl. H.R. 1952, 46 (damesmodebedrijf) H.R. 1954, 385 (Steffens/Bos): „goodwill” de ene maal wel, de andere maal niet in „de zaak” begrepen.

Daar komt nog iets bij. Met name de *passiva* zullen de ene maal wel een ander maal niet in „de onderneming” zijn begrepen. Bij scheiding en deling en bij de oplegging aanslag vermogensbelasting uiteraard stellig en steeds. Bij koop worden als regel verbintenissen uit arbeidsovereenkomst „overgenomen”, de andere verbintenissen meestal óf allemaal wèl, óf geen van allen. Bij huur zullen, als het goed is, overgangsregelingen getroffen worden.

En tenslotte. De onderneming bestaat nimmer alleen uit activa, maar ook nimmer alleen uit activa min passiva, kortom niet alleen uit vermogensbestanddelen, maar óók en vooral uit *ondernemersactiviteit*. Zij kan b.v. met het overlijden van de ondernemer tenietgaan. Wat bij het leven van de ondernemer (b.v. na echtscheiding) als bate zou zijn aangemerkt, wordt dan na dode niet als zodanig opgevoerd. Contracten, testamenten en rechterlijke beslissingen passen zich bij deze steeds wisselende situatie aan.

Deze betrekkelijke aanvaardbaarheid van de huidige rechts-situatie dient naar ons oordeel bij de voorbereiding van de nieuwe burgerlijke wetgeving te worden genomen als richtsnoer, temeer nu de vrijheid om te dezer zaak overeenkomsten te treffen „onbeperkt” is (H.R. 29 juni 1916, N.J. 868). Het introduceren van een geforceerde eenheid van de onderneming die thans noch door schrijvers noch door rechtspraak aanvaard wordt, zou een noviteit wezen die niet strookt met de opzet van de herzieningsarbeid (MEIJERS, Verz. Priv. Opst. I 174 e.v.). Wij meenden goed te doen, ons algemeen uitgangspunt hier weer te geven.

8. *Executie*

Het kan voor een individuele schuldeiser lastig wezen dat hij slechts verhaal kan zoeken op separate vermogensbe-

standdelen van de schuldenaar, in of buiten de onderneming, terwijl deze onderneming als levend bedrijf een veel grotere waarde en opbrengst zou kunnen hebben. Uit Frankrijk kennen wij echter de bezwaren van executie ener onderneming. Noodzakelijk zouden zijn: regeling van de openbaarheid; van de formaliteiten bij verkoop; van de rangregeling; van de beschikking over bedrijfsruimte. Wanneer men daar tegenover stelt dat credietgevers het crediet kunnen beperken tot de grens van hun wettelijke of contractuele zekerheden, dan schijnt een executieregeling noch noodzakelijk, noch gewenst. De mogelijkheid van verkoop in faillissement is erkend: H.R. 31 dec. 1925, N.J. 1926, 374; 27 aug. 1937, N.J. 1938, 9 en 27 febr. 1942, N.J. 350 (het ging over een vergunning, maar daarmee stond en viel de mogelijkheid van bedrijfsuitoefening; vgl. het vervolg van de zaak bij H.R. 7 jan. 1944, N.J. 383). Maar het valt op dat moeilijkheden niet licht te achten zijn: H.R. 20 juli 1925, N.J. 1121.

De moeilijkheid is en blijft hier dat de curator de gefail-
W leerde niet kan binden a) om alles te doen opdat de koper de „gekochte” klandizie verworft en behoudt en b) om alles na te laten wat schade aan het debiet van de koper zou kunnen toebrengen. Althans, het is zeer betwist en ook is wel aangenomen dat concurrentie, mits niet ontaardend in oneerlijke mededinging, mogelijk moet zijn (Pres. 's-Hage 30 juli 1951, N.J. 1955, 131, waar het overigens ging over voormalige werknemers van de gefailleerde). Een wettelijke voorziening zou hier zinvol kunnen wezen.

DE ALGEMEENHEID VAN GOEDEREN

Ons onderwerp is beperkt tot de onderneming „als voorwerp van rechtshandelingen”. Derhalve beperken wij ons tot de vraag of de introductie van het hier te bespreken rechtsbegrip ons van dienst is bij beantwoording van de vraag naar vorm of rechtsgevolg van rechtshandelingen.

1. *De kenmerken van de algemeenheid*

a) Het beginsel der zaakvervanging.

Het moge waar zijn (gelijk de Toelichting op 3.1.1.11 zegt) dat bij wisseling der bestanddelen van een algemeen-

heid (en dus ook van een onderneming) de onderneming dezelfde blijft, dit beginsel van de continuïteit wordt door-kruist door dat van de identiteit. In de zaak Steffens/Bos (H.R. 1954, 385, zie boven blz. 34) heeft het Hof niet aan-genomen dat er na de usurpatie van de bakkerij door Stef-fens nog sprake was van „het bedrijf van Bos” en de for-mulering van de Hoge Raad doet vermoeden dat cassatie gevolgd zou zijn als anders beslist ware. Zelfs indien men dus zou aannemen dat bij wisseling der bestanddelen (b.v. aanschaf van een nieuwe bakkersoven door Steffens en ver-koop voor de schroot van de oude van Bos) „de onderne-ming” dezelfde ware gebleven, dan nog zou de vraag rijzen: tot welk tijdstip blijft de onderhavige bakkerij „de onder-neming” van Bos?

Bij het voortduren van de continuïteit is dus een ophou-den van de identiteit mogelijk en omgekeerd. Het beginsel der zaaksvervanging gaat dus slechts op als de identiteit eerst vaststaat.

Er is meer. Stel dat een vruchtgebruiker vervanging van machines door modernere wil en de eigenaar niet meewerkt. De eerste zet nu de oude machine op zolder en schaft uit eigen vermogen een nieuwe aan die hij in het bedrijf ge-buikt. Wat bedoelt men nu als men spreekt van de onder-neming en „haar bestanddelen”?

Wij komen tot de slotsom dat het beginsel der zaaksver-vanging enerzijds weinig zeggend is voor de onderneming en anderzijds niet ten volle toepasselijk.

b) De kenmerkende bestanddelen.

Voor de leveringsplicht en de vrijwaringsplicht van een algemeenheid van goederen is volgens de Toelichting beslis-send of de „kenmerkende bestanddelen” geleverd zijn. Zo ja, dan is gepresteerd, zij het wellicht (door het ontbreken van niet-kenmerkende bestanddelen) niet geheel volgens con-tract. Zo neen, dan is er niet geleverd. Dit onderscheid zal men óók maken zonder dat de wet „algemeenheid van goe-deren” kent. En indien men, gelijk blz. 171 van de Toelich-ting suggereert, aan het overgaan van „de onderneming”, dat is: van de „kenmerkende bestanddelen”, het „overgaan” van bepaalde contractuële relaties zou koppelen, dan is daar-voor meer nodig dan het enkele begrip „algemeenheid van

goederen". Het tweede kenmerk heeft dus, toegepast op de onderneming, te weinig welomschreven rechtsgevolgen.

c) Deelgerechtigheid en haar gevolgen.

De eigenaardige verhouding van de Afdelingen 1 en 2 van Titel 3.7; in het bijzonder de verhouding van 3.7.2.1, lid 1 en 2 en 3.7.2.2; de verhouding van dit alles tot het specifieke vennootschapsrecht roept zodanige problemen op dat wij volstaan met te dezer zake te verwijzen naar Van der Grinten in R.M.Th. 1960, 119 e.v. i.h.b. 141-144 en naar de Ruiter, *prft.* 1963, bl. 64-73.

d) Universitatis petitio.

„De onderneming" kan als eenheid worden opgevorderd, aldus de Toelichting, bl. 171.

Bos zal zijn raadsman dankbaar wezen dat hij in de zaak tegen Steffens dit nu juist niet gedaan heeft (zie het petitiem, boven, blz. 34). Maar moet het dan in de toekomst zo worden? Wij betwijfelen of het ooit zou kunnen. Een onderneming wordt gedreven, geëxploiteerd. Zonder de activiteit van de ondernemer bestaat zij niet (Houwing, *Goodwill* blz. 17). Zij is dus altijd iets meer dan een algemeenheid van goederen (en c.q. schulden). Zij wordt primair bepaald door wat de (rechtmatig of onrechtmatig) als ondernemer optredende persoon *doet*. Gebruikt deze onrechtmatig bepaalde bedrijfsmiddelen en richt hij zich onrechtmatig tot een bepaalde klantenkring, dan moet staking van dit onrechtmatig gedrag verboden kunnen worden. Op dat woord „bepaalde" komt het aan. De bepaalbaarheid van de daad bepaalt haar verbodbaarheid. Zie H.R. 3 jan. 1964, N.J. 1964, 445 m.n. G.J.S.

De onderneming te zien als een bijeenbehorend complex van activa (en c.q. passiva) kan wel eens gemakkelijk en ook geoorloofd wezen, de onderneming is en blijft méér dan „goederen", nl. bovendien nog menselijke activiteit. Beschouwt men de onderneming steeds en zonder uitzondering als een algemeenheid van goederen, dan heeft men op een gegeven ogenblik óf teveel óf te weinig. Voorbeeld van teveel: men revindiceert de onderneming zoals die reilt en zeilt, maar er bevinden zich zaken onder van een derde, op wiens arbeidsprestatie men geen recht heeft (de vruchtgebruiker of de onrechtmatige occupant heeft uit eigen mid-

delen activa gefinancierd). Voorbeeld van te weinig: Men verkoopt alle activa doch vergeet dat de verkoper zichzelf „mee verkoopt” en dus een concurrentiebeding moet tekenen, resp. zijn opvolger bij relaties moet introduceren.

2. *Bezwaren tegen de algemeenheid*

a) op de door Mr. J. de Ruiter in zijn proefschrift over dit onderwerp aangevoerde gronden verenigen wij ons met diens zienswijze dat de wettelijke regeling van rechtshandelingen, de onderneming betreffende beter niet kan plaats hebben op basis van het begrip algemeenheid van goederen. Onder dit begrip worden gebracht enkele *figuren die al te weinig gemeen hebben* dan dat vereniging onder één hoofd zinvol zou zijn. Dat er allerlei overgangsvormen van vermogenscomplexen zijn „tussen niets en rechtspersoonlijkheid” pleit er volgens J. M. Polak (R.M.Th. 1960, 165) voor, „de ontwikkeling van deze overgangsvormen zoveel mogelijk vrij te laten”, zonder dat „de wetgever er geheel het zwijgen toe doet”.

Best, maar als de wetgever dan spreekt, zal hij ook een begrip moeten invoeren waar al de overgangsvormen in passen. Bij de onderneming is dat al niet het geval.

b) Wanneer De Ruiter het ontleedmes steekt in het begrip algemeenheid, dan zet hij de kritiek in op hetzelfde punt waarop Alexandre Papp rond 30 jaar eerder de kritiek opende op de Franse leer: *wat betekent het dat hier is een algemeenheid van goederen en schulden?* Zeker niet dat er een „afgescheiden vermogen” is als bij de vennootschap onder firma. Maar wat dan wel? Het is zeer onhelder. Zie ook de artt. 3.7.2.1. en 3.7.2.2. en De Ruiter, 64 e.v.

CONCLUSIES

A. *Verpanding*

1. *Inleidende opmerkingen*

Zelden heeft een wetsontwerper zich harder vergalopeerd dan de Nederlandse toen hij meede met het onnozele 3.9.3.1, lid 4 Regerings Ontwerp een onderwerp – verpanding van ondernemingen – te kunnen afdoen waar de Fransen tientallen wetsartikelen aan wijden en de Belgen 13.

Pas na vermorsing van veel inkt en energie is ons duidelijk geworden dat een gemotiveerd, zelfs uiterst summier overzicht van de moeilijkheden die hier schuilen omstreeks 10 bladzijden van dit praeadvies zou vergen. Wij moeten ons korthedshalve beperken tot opmerkingen en vragen.

2. Vragen en bezwaren

a) Art. 3.9.3.1, lid 4 stelt niet buiten twijfel of *uitsluitend* registerpand kan worden gevestigd, dan wel eveneens de in de Toelichting op 3.9.3 als mogelijk onderstelde bezitloze inpandgeving.

b) De situatie waarvan wij thans moeten uitgaan is deze, dat het R.O. aansluit bij het Ontwerp Meijers, doch dat het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer (1958/'59, 3770, no. 4) diens systeem niet gunstig ontvangt en eigenlijk voorliefde toont voor de door hem verafschuwde eigendoms-overdracht tot zekerheid. Alles staat momenteel op losse schroeven.

Wat omvat het pand?

c) Art. 3.9.3.1, lid 4 sluit van verpanding de „register-goederen" uit. Daarbij is over het hoofd gezien dat in de woordkeus van het ontwerp schepen en octrooien óók registergoederen zijn evenals, krachtens de nog in te voeren eenvormige Benelux wetten op de warenmerken en op de tekeningen en modellen van nijverheid, de op die wetten berustende rechten.

d) Bedoelt de wetgever (stoffelijke) *onroerende zaken* van de verpanding uit te sluiten? Ook dan is de bepaling uiterst ongelukkig, want de *bedrijfsruimte is vaak het meest essentiële van de onderneming*. Is de ondernemer-schuldenaar eigenaar van het bedrijfspand, dan moet mogelijk zijn een beding dat hij, bij executie van de handelszaak, het bedrijfspand (inclusief woning?) vrij oplevert ten gunste van de koper bij executie. Is hij huurder, dan moet een wettelijke mogelijkheid van executie der huurrechten getroffen worden.

e) *Bedrijfsvorderingen* kunnen krachtens 3.4.2.2, lid 3 (uitsluiting van zekerheidsoverdrachten) en 3.9.2.3 jo. 3.4.2.7, lid 2 (beperking van verpanding van vorderingen zonder kennisgeving aan de debiteur tot gevallen waarin een crediet-

instelling pandnemer is) nauwelijks anders dan aan credietinstellingen verpand worden. Wij zijn daar sterk vóór. Deze ingewikkelde transactie blijve voorbehouden aan instellingen met een goed uitgeruste juridische afdeling.

f) Moeten *rechten uit huurkoop* executabel zijn? Zo neen, dan kan men beter verpanding van ondernemingen uitsluiten. Moderne apparatuur is zelden contant betaalbaar en toch onmisbaar. Zo ja, dan is een wettelijke regeling nodig.

g) *Administratie en boekhouding* verdienen aan apart statuut. De pandhouder die wil executeren, worde verplicht, een waarheidsgetrouwe opgave te doen van de bedrijfsresultaten en andere voor gegadigden belangrijke gegevens.

h) *De bedrijfsvoorraad* kan onder het pand vallen, mits, conform het voorstel van een deel van de Vaste Commissie, het voorrecht van de onbetaalde verkoper gedurende 6 maanden na levering rang neemt vóór het pand op de onderneming.

i) De overgang van *passieve verbintenissen* (arbeidscontracten; lopende orders) vereist afzonderlijke regeling.

j) Een verplichting van *niet concurrentie* zal ex lege op de geëxecuteerde ondernemer moeten rusten tegenover de verkrijger bij verkoop en latere verkrijgers. Omschrijving naar plaats en inhoud kan in de wet slechts vaag geschieden. Naar tijd zou men zich een periode van één jaar kunnen denken.

k) De wetgever zal zich moeten uitspreken over de vraag of de pandhouder op de onderneming verplicht is om bij executie *de onderneming als geheel* te verkopen.

Een bevestigend antwoord schijnt ons gewenst. De meerwaarde van de onderneming boven separate bestanddelen dient gerealiseerd. Vgl. H.R. 20 dec. 1940, N.J. 1941, 365. Verkoop van afzonderlijke ondernemingsactiva zal slechts na vonnis geoorloofd zijn.

l) De pandgever zal verplicht zijn, de onderneming *voort te zetten en haar niet te verplaatsen* zonder toestemming van de pandhouder.

Voor *k* en *l* zie hierboven sub 8, slot (blz. 37).

Samenloop

m) De Vaste Commissie heeft zich bezig gehouden met de samenloop tussen pand op de onderneming en sommige bijzondere voorrechten. Zij schijnt zich niet gerealiseerd te

hebben dat de rechten van hypotheekhouders kunnen botsen met die van pandhouders op de onderneming. Ook de huurverkopers zijn buiten beschouwing gelaten.

n) Zal een in de registers ingeschreven verbod aan de ondernemer-schuldenaar om het hem in eigendom toebehorende bedrijfspand te bezwaren werking hebben tegen de *latere verkrijger van een hypotheek* op dat pand?

Zo neen, dan is verpanding van ondernemingen vaak zinloos omdat executie van het bedrijfspand de ondergang van de onderneming kan betekenen.

o) De positie van machines enz., onroerend door bestemming, moet geregeld worden.

p) Is de pandhouder tevens hypotheekhouder op het bedrijfspand van de schuldenaar, dan zou de wet moeten bepalen dat de koper bij executie die ondernemer *als huurder moet aanvaarden*.

q) De mogelijkheid dient onder ogen gezien dat de ondernemer-schuldenaar zijn bedrijfspand bezwaart ten gunste van de pandhouder op de onderneming en tevens (in hogere of lagere rang) ten gunste van een derde.

r) Is een *verhuurd bedrijfspand met hypotheek bezwaard*, dan moet de wetgever beslissen of een beding dat niet zonder toestemming van de hypotheekhouder aan een ander verhuurd kan worden, werking zal hebben tegenover de eigenaar en de gegadigde tot koop van de daarin geëxploiteerde onderneming.

Executie

s) Wij treden niet te veel in biezonderheden. Gevraagd worde slechts: Dient vóór de executie een openbare kennisgeving van het voornemen daartoe plaats te hebben? Zal de verkoop vrij uit de hand kunnen plaats hebben of slechts ten overstaan van een notaris dan wel van de rechtbank en in het openbaar? Dienen niet aparte regelen voor de rangregeling te worden gesteld? Zijn de artt. 3.9.2. 10 en volgende, die toch in hoofdzaak geschreven zijn voor roerende lichamelijke zaken, wel voldoende?

3. Slotsom

Het staat buiten twijfel dat de wetgever, door aanvaarding van vraagpunt 6 (zie de samenvatting bij De Ruiter, bladzijde 128 e.v.; Hand: II 1952/53. (2705 e.v.) destijds

zich uitgesproken heeft vóór verpanding van ondernemingen in de vorm van registerpand. Die conclusie is bij de latere behandeling op losse schroeven gezet. Gezegd moet worden dat de aanvaarding van punt 6 getuigt van grotere lichtvoetigheid dan die welke gemeenlijk de wetgever kenmerkt. Indien het er toe zou komen, dan dicnt, gezien het zeer bijzondere karakter van het voorwerp van deze verpanding, een aparte afdeling gemaakt te worden die noch geheel in het „gewone” pand noch geheel in het registerpand kan passen. Gezien de vele moeilijkheden en gegeven dat credietnemers en credietgevers niet bijzonder in de knel zitten noch zullen zitten, menen wij dit gedurfde stuk wetgeving te moeten ontraden.

B. *Vruchtgebruik*

Over drie dingen zijn de schrijvers het eens: dat vruchtgebruik van ondernemingen – hoe men dat ook regelt – een ongelukkige figuur is; dat het desondanks toch veel voorkomt; en dat het zeer gevaarlijk is, algemene regelen te stellen.

Aangezien wij ons verenigen met de artt. 3.8.8 en 3.8.20, evenals met de inschakeling van de boedelrechter (3.8.23), blijft over ons boven, blz. 32 aangeslipte eerste en centrale probleem, hetwelk tot spanningen kan leiden die op korte termijn moeten worden opgelost.

Naar onze mening zouden, mede op basis van het arrest N.J. 1941, 908, de volgende regelen kunnen worden gesteld:

(a) Op vordering van de vruchtgebruiker is de eigenaar verplicht tot aanschaffing van nieuwe bedrijfsmiddelen indien die aanschaffing een eis is van goed koopmanschap en indien voorts door het nalaten daarvan de rechten van de vruchtgebruiker zouden worden verkort; de vruchtgebruiker is verplicht, bedrijfsopbrengsten tot dat doel beschikbaar te stellen, voorzover aanschaffing uit die opbrengsten een eis is van goed koopmanschap.

(b) – voorzover het niet reeds uit de eis van goed koopmanschap volgt: De onder (a) bedoelde verplichting bestaat niet, indien zij onverenigbaar is met de eisen van deugdelijk beheer van het eigen vermogen van de eigenaar, de blote eigendom daaronder begrepen.

(c) Op vordering van de eigenaar is de vruchtgebruiker

verplicht, toe te laten dat de eigenaar bedrijfsmiddelen door andere vervangt indien deze vervanging een eis is van goed koopmanschap en indien voorts door het nalaten daarvan de rechten van de eigenaar zouden worden verkort. De eigenaar is gerechtigd, bedrijfsopbrengsten tot dit doel aan te wenden voorzover naar goed koopmansgebruik de aanwending van die opbrengsten tot dat doel vereist is; de vruchtgebruiker is verplicht, die opbrengsten ter beschikking te stellen.

Voor het overige zal men het er voor moeten houden dat het de vruchtgebruiker is die als ondernemer optreedt; dat dus inrichting en wijze van exploitatie der onderneming aan zijn beleid zijn voorbehouden. Zie echter 3.8.6.

C. *Koop en Verkoop*

Wij hebben boven (blz. 24) twee desiderata ontwikkeld. De eerste is de cessibiliteit van de huurverhouding. Daarover spraken wij hieronder sub E.

De tweede is deze dat de wetgever dient te bepalen dat de verkoper van een onderneming zowel tegenover de koper als tegenover derden-verkrijgers verplicht is, zich van concurrentie te onthouden gedurende een termijn van één jaar. De inhoudelijke en de geografische omlijning van deze verplichting kan in een wet slechts in vage termen worden gegeven.

In de faillissementswet zal een overeenkomstige verplichting moeten worden opgenomen t.a.v. de schuldenaar wiens onderneming door de curator wordt verkocht.

Indien men regeling van „verpanding van ondernemingen” in de wet aandurft, ware óók daar een overeenkomstige bepaling op te nemen.

De overgang van de passieve verbintenissen is niet zo urgent aan regeling toe als bij pand. Dáár heeft de koper-bij-executie te aanvaarden wat aangeboden wordt; hier rekenen partijen tezamen in alle rust uit wat zij wel en niet wensen. Aangezien de verkoper voor door hemzelf aangegane verbintenissen aansprakelijk blijft en hij een contant bedrag ontvangt, is benadeling van derden niet spoedig te verwachten.

Wat de positie van arbeiders in dienstbetrekking betreft vragen wij ons af of verkoop niet te binden ware aan voorafgaande toestemming van de ondernemingsraad indien deze

bestaat. Daarenboven zou bepaald moeten worden dat door verkoop van de onderneming de door de verkoper aangegane arbeidsovereenkomsten niet worden verbroken. De arbeiders zullen een te hunnen gunste afwijkende termijn van opzegging moeten krijgen.

D. *Huurkoop*

1. Het is nodig dat men zich een beeld vormt van de situatie na het sluiten van de overeenkomst. Om te beginnen zal men moeten aannemen dat de roerende zaken (inventaris; bedrijfsmiddelen) eigendom blijven van de verkoper.

2. Hetzelfde zal geenszins zonder uitdrukkelijk beding gelden van de voorraden. Voorzover deze worden doorverkocht en aangevuld zijn deze eigendom van de huurkoper. Daarop kan echter een bezitloos pand met uitdrukkelijk beding *de futuro* of een registerpand (3.9.3.1, lid 3) gevestigd worden.

3. Vorderingen en schulden zijn voor rekening van hem te wiens name zij staan.

4. Werkgever is de huurkoper. Verder geldt voor de arbeidscontracten het boven bij koop gezegde.

5. Octrooien, merken staan nog ten name van de verkoper. De overeenkomst verbindt de huurverkoper tot het geven van uitsluitende licenties.

6. De handelsnaam daarentegen vormt een probleem apart. Deze gaat slechts over „in verbinding met de onderneming die onder die naam wordt gedreven”. Is de onderneming nu overgegaan ja of neen? Voor wat de toepassing van de handelsnaamwet betreft menen wij van *ja*. Maar dat zal dan wel duidelijk bepaald moeten worden. Processen zal de koper op eigen naam moeten voeren. Bij ontbinding wegens wanprestatie zal de naam weder teruggegeven moeten worden. In een handelsnaamproces, door een derde aangespannen, zal deze verplicht zijn zowel de koper als de verkoper in het geding te betrekken, op straffe van niet-ontvankelijkheid.

7. De huurverkoper zal verbonden zijn, octrooien en merken niet zelf te exploiteren; de handelsnaam zal hij niet zelf mogen voeren. Anderszins concurreren mag hij ook niet. Het „rustig en vreedzaam genot” óók van de commerciële relaties zal hij moeten bevorderen (verbintenissen om te doen en na te laten).

8. In het Handelsregister laat de huurkoper zich inschrijven als eigenaar van de zaak, evenwel met uitdrukkelijke vermelding van de huurkoopverhouding.

9. Vergunningen, contingenten, toewijzingen en dgl. zullen moeten staan ten name van de huurkoper. De verlenende autoriteit zal van het huurkoopkarakter van de transactie in kennis moeten worden gesteld en zal – wil de huurkooptransactie slagen – bereid gevonden moeten worden, zich te gedragen naar hetgeen de contractsverhouding tussen partijen meebrengt. Een algemene wettelijke bepaling is hier uitgesloten omdat iedere wet die een vergunningsstelsel introduceert, een eigen systeem heeft.

10. De bedrijfsruimte. Evenmin als bij koop zal een wettelijke bepaling hier gewenst zijn. Men kan wel bepalen dat de huurverkoper er voor in moet staan dat bedrijfsruimte beschikbaar is maar hier geldt ook de aloude regel: „Augen auf, Kauf ist Kauf!” Men kan nooit ééns en voor al bepalen op welke condities de koper over die ruimte moet kunnen beschikken. Vgl. Rb. Dordrecht 20 juni 1962, N.J. 1963, 178, boven, blz. 24.

11. Het schijnt tenslotte gewenst om te bepalen, welke minimum-eisen vervuld moeten zijn voor de „overdracht” in de zin van art. 1576h, lid 1, B.W. Wel te verstaan: of de levering voltooid is, blijft altijd een zaak van gezond verstand en van (juris-)prudentie. Dat de inschrijving in het Handelsregister als constitutief minimum voor de levering gesteld worde, schijnt ons echter wel gewenst (zie sub 2, 3, 5, 6) met het oog op belangen van derden en om partijen te nopen tot helder begrip van wat zij doen.

12. Soms zit er een financieringsmaatschappij tussen. Het arrest H.R. 25 mei 1962, N.J. 256 geeft duidelijk aan hoe men dan in beginsel de verhoudingen moet zien.

13. Het schijnt ons buiten twijfel te staan dat na volledige afbetaling de koper van rechtswege bevoegd is, de nodige inschrijvingen te doen in het Handelsregister en bij het Bureau voor de Industriële Eigendom. Voor wat het Handelsregister betreft is er tevens sprake van een verplichting.

14. Al met al is er nog al wat detailwerk te doen voor de wetgever. De praktijk heeft echter getoond er behoefte aan te hebben en de regeling schijnt niet buitensporig ingewikkeld. Instituten als de „terugneming” (1576s) en de „terug-gave bij voorraad” (1576r) zullen nog wel eens een moeilijk-

heidje opleveren maar ook hier helpt het gezond verstand beter dan een abstracte regel.

E. *Handelshuur*

1. Het Belgische voorbeeld (bl. 14) betr. de regeling van huur van bedrijfspanden komt ons aantrekkelijk voor, anders dan het Franse voorbeeld (bl. 12). Wij wezen daar reeds eerder op (bl. 12). Indien de wetgever aan de ondernemer de vrijheid laat, zijn onderneming te „verkopen” (en dat doet onze wetgever), dan is het ongerijmd dat hij de ondernemer die in een gehuurd pand werkt, te dezer zake afhankelijk maakt van de vrijwillige medewerking van de verhuurder. De verkoop van de onderneming zal veelal bedrijfs-economisch of feitelijk onvermijdelijk zijn en zal dan toch kunnen stranden op onwil van de verhuurder. Er is meer. Door te weigeren kan de verhuurder zelf de goodwill van de zaak zich toeëigenen door een door hemzelf te kiezen nieuwe huurder daarvoor te laten betalen of door zelf de bedrijfsuitoefening ter hand te nemen. Wanneer wij te dezer zake enkele voorstellen doen moge de welwillende lezer bedenken dat dit geschrift een praeadvies is en geen wetsvoorstel. Beperking tot zekere richtlijnen is geboden.

2. Het schijnt (vgl. art. 2 Belgische wet) weinig zinvol om dit voorrecht voor de huurder uit te breiden tot ondernemers die op een zeer lage huur zitten en die op korte termijn huren. Daarom is aan te bevelen (a) een wettelijke minimumduur voor de huur van bedrijfspanden vast te stellen en (b) te bepalen dat noch die minimum-duur noch de overige bepalingen betr. huur van bedrijfspanden toepasselijk zijn op panden met een huurwaarde beneden zeker minimum. België heeft negen jaar als minimum, met opzeggingsbevoegdheid, onder zekere voorwaarden, voor de huurder (en voor hem alleen) tegen het einde van het 3e en het 6e jaar om ieder motief. Voor de verhuurder gelden, ook op die tijdstippen, beperkingen. Een vergelijkbare regeling zullen ook wij moeten krijgen.

3. Alvorens de overdraagbaarheid van de huurverhouding te regelen zal het dus nodig zijn dat enige vorm van huurbescherming blijft bestaan. Deze zal dan tweezijdig werken: Enerzijds zal de verhuurder per driejaarsperiode slechts kunnen opzeggen (resp. ontruiming kunnen vorderen) op

nauwkeurig in de wet omschreven gronden. Anderzijds zullen dan gelijk nu wanbetaling en overlast van de zijde van de huurder evenzeer een wettige grond opleveren als dringende behoefte voor eigen gebruik, hetgeen voor de verhuurder een verlichting betekent. De Belgische wet — in zoverre enigszins vergelijkbaar met de Nederlandse Pachtwet — voegt daar aan toe: gebruik door des eigenaars naast familieleden en echtgenoot, of door een vennootschap waarin één hunner meerderheidsmacht heeft.

Een weigering van de verhuurder om de huur te verlengen zal onderwerp van een rechtsgeschil kunnen uitmaken op gronden, in de wet te vermelden. Dit schijnt ons beter dan (à la française) de opzeggings- resp. ontruimingsbevoegdheid te koppelen aan betaling van een geldsom. Bestaat er enigerlei vorm van huurbescherming, dan wordt het systeem als volgt: of de opzegging of ontruiming geschiedt terecht, en dan hoeft de eigenaar ook niets te betalen; of zij geschiedt ten onrechte, maar wordt dan door de rechter nietgedaan.

4. Zijn aldus de rechten, voortvloeiende uit huur, resp. verhuur, gebundeld tot een stevig pakket, dan wordt het zinvol, wettelijke bepalingen te stellen m.b.t. de onderneming als geheel. Het moet dan mogelijk zijn dat de huurder het huurpand onderverhuurt of de huur rechten cedeert, dat laatste met het rechtsgevolg dat ook de verplichtingen uit huur overgaan. Het één zowel als het ander onder conditie dat de onderverhuur of de overdracht geschiedt gezamenlijk en in verband met de verkoop, de verhuring of de huurverkoop van de onderneming des huurders. De beperkingen en nadere bepalingen van de artt. 10 en 11 van de Belgische wet achten wij een goed model voor de verdere regeling van deze materie. Zie Afdeling II *bis* van Boek III, Titel VIII, Hoofdstuk II (Huur van goederen), opgenomen achter art. 1762 *bis* Belg. B.W. Onder deze bepalingen is met name van belang dat de oorspronkelijke huurder naast de nieuwe hoofdelijk gehouden blijft tot alle uit de aanvankelijke huur voortvloeiende verplichtingen.

5. Op deze wijze zal een ontwikkeling in de wetgeving zijn verkregen welke aansluit bij die in de maatschappij. Oorspronkelijk onderscheidde het B.W. huur van „huizen” en van „landerijen”. De laatste zijn, bij de steeds verder gaande verbiezondering, terecht afgesplitst naar de Pachtwet. Nu er

• een voortschrijding is van het ambachtelijke naar het industriële (waarbij ook het ambacht veel meer met apparatuur werkt) en van de handelsman-alleen naar het met personeel en materieel toegeruste handelskantoor, wordt een onderscheiding tussen woonhuizen en bedrijfspanden in de spreektaal normaal en in het recht vereist. Rechtshandelingen, de onderneming betreffende, worden door een overeenkomstige wettelijke regeling vereenvoudigd.

INHOUD

	blz.
Inleiding	1
 I FRANKRIJK	
1. Verkoop	1
2. Inbreng in gemeenschap of vennootschap	5
3. Verpanding (nantissement)	6
4. Verhuur	10
5. Handelshuur	12
6. Vruchtgebruik	14
 II BELGIE	
1. Handelshuur	14
2. Verkoop	16
3. Verhuur	18
4. Vruchtgebruik	19
5. Verpanding	19
 III NEDERLAND	
1. Verkoop	21
2. Inbreng in gemeenschap; scheiding en deling	26
3. Huur en Verhuur	27
4. Huurkoop	28
5. Zekerheidsrechten	30
6. Vruchtgebruik	31
7. De identiteit van de onderneming	33
8. Executie	36
 IV DE ALGEMEENHEID VAN GOEDEREN	
1. De kenmerken van de algemeenheid	37
2. Bezwaren tegen de algemeenheid	40
 V CONCLUSIES	
A. Verpanding	
1. Inleidende opmerkingen	40
2. Vragen en bezwaren	41
3. Slotsom	43
B. Vruchtgebruik	44
C. Koop en Verkoop	45
D. Huurkoop	46
E. Handelshuur	48

Dient de wet regelen te geven betreffende de onderneming als voorwerp van rechtshandelingen?

Prae-advies Mr. Dr. J. J. G. van Roosmalen

Car la question qu'ils (de rechtsverschijnselen) posent est de savoir ce qui, dans la révolution qui s'opère, doit être maintenu ou réformé, pour le salut des attributs essentiels de la personne humaine.

(René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1e série panorama des mutations, 3e dr., Parijs 1964, blz. 31).

§ 1

INLEIDING

Meijers heeft in zijn algemene inleiding op het eerste gedeelte van zijn ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek de daaraan voorafgaande discussies rond de wenselijkheid van een nieuw wetboek als het ware gehergroepeerd rond de codificatiegedachte. De factor of de factoren die meer in het bijzonder het aanvatten en voleinden der hercodificatie van het privaatrecht in het algemeen of in een of meer onderdelen motiveren, zijn medebepalend voor hetgeen daarvan te zijner tijd zal zijn. Zij die meer geleid worden door motieven van juridisch-technische aard zullen hun aandacht vooral richten op de systematische eenheid van het privaatrecht, waarbij het accent meer op dogmatische vraagstukken zal vallen. Anderen die meer geïnspireerd worden door de wens om het privaatrecht in overeenstemming te brengen met de maatschappelijke ontwikkeling zullen voor alles bezorgd zijn om de maatschappelijke behoeften in het wordende recht een adequate beantwoording te geven.

De Nederlandse samenleving mag zich gelukkig prijzen in haar midden juristen van grote bekwaamheid te bezitten, die in staat zijn het ingewikkelde samenstel van voor de hercodificatie van het privaatrecht relevante factoren op evenwichtige wijze gestalte te geven. Met dezen vermag ik mij niet te meten. Een beantwoording van de door het bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereniging aan de orde

gestelde vraag met inachtneming van alle relevante factoren is in dit prae-advies niet te vinden. Dit prae-advies beperkt zich tot een onderzoek van hetgeen de geldende wetgeving, en vooral de bijzondere wetten, enerzijds en de maatschappelijke werkelijkheid anderzijds te zeggen hebben over de vraag wat privaatrechtelijk recht moet zijn met betrekking tot het aan de orde gestelde probleem. Dit zij nader toegelicht.

In een rechtstheoretisch perspectief zou men de vraag van het bestuur kunnen weergeven als te luiden: wordt de intersubjectiviteit uit juridisch oogpunt gediend met een positiefrechtelijke regeling betreffende het voorwerp van intersubjectieve relaties, wanneer dit voorwerp een onderneming is en de intersubjectieve relaties rechtshandelingen zijn? Concreter uitgedrukt gaat het om de vraag of voor de gevallen waarin er sprake is van koop van . . . , huur van . . . , huurkoop van . . . , verpanding van . . . , inbreng van . . . (een onderneming) enige regeling betreffende de onderneming gewenst is. De kwestie laat zich benaderen van verschillende rechtshandelingen uit, deze benadering is door mijn mede prae-adviseur gevolgd. De kwestie laat zich ook benaderen van het voorwerp uit, deze benadering wordt door mij gevolgd.

Het voorwerpbegrip is niet gemakkelijk te definiëren. In het geldende B.W. kan men de term aantreffen in art. 555 B.W. Aanvankelijk was voorgesteld hier de term onderwerp te bezigen. Deze laatste term gebruikt het ontwerp-Kemper bij de omschrijving van het zaakbegrip. In art. 896 van dat ontwerp kan men lezen: „elk regt, aan eenen persoon toekomende, moet een bepaald onderwerp hebben. Alles, wat een zoodanig onderwerp van regt worden kan, wordt in eenen registerlijken zin *zaak* genoemd”. In het geldend B.W. vindt men de term onderwerp o.a. in art. 1356 B.W. en men vraagt zich dan af of er enig verschil is met het begrip voorwerp uit art. 555 B.W. Wij zouden geneigd zijn om met Asser-Rutten (3e deel, 2e stuk, 2e druk, blzz. 163-164) het onderwerpbegrip uit art. 1356 B.W. te verstaan als verwijzende naar de inhoudelijke zijde der rechten en plichten welke uit de overeenkomst voortvloeien (de prestaties). Het voorwerpbegrip duidt dan op hetgeen terzake waarvan die rechten en plichten bestaan, door Asser-Rutten het voorwerp

der prestatie genoemd. Aldus opgevat is het vereiste der bepaaldheid (in de rechtspraak geïnterpreteerd als bepaalbaarheid) genoemd in art. 1356 B.W. betrokken op de inhoudelijke zijde der rechten en plichten. Dit is met zoveel woorden in art. 6.5.2.10 ontwerp nw. B.W. te vinden.

Hieruit mag niet de conclusie worden getrokken dat uit de wet niet zekere vereisten voortvloeien met betrekking tot hetgeen voorwerp van verbintenissen kan zijn. Negatief volgt uit art. 1356 B.W. reeds deze eis dat slechts voorwerp kan zijn hetgeen de bepaalbaarheid der rechten en plichten naar hun inhoudelijke zijde niet verhindert, voorts bevatten de artt. 1368, 1369 en 1370 B.W. expliciete regels, welke overigens ook meer een negatief dan een positief karakter hebben (verg. H.R. 13 jan. 1938, N.J. '38/566). Om van een zaak in de zin van art. 555 B.W. te kunnen spreken wordt van het voorwerp vatbaarheid voor eigendom geëist. In de artt. 556 t/m 574 B.W. zijn verdere regels te vinden betreffende het voorwerp en de terminologie in verband daarmee. Gegeven dat voorwerp slechts kan zijn wat als voorwerp in de handel mag worden aangemerkt, kan men bij een globale typering zeggen dat het voorwerpbegrip in het zakenrecht wordt omlijnd uitgaande van inhoudelijk bepaalde rechten en plichten, terwijl in het verbintenissenrecht de begrenzing wordt gevormd door een niet beletten van de bepaalbaarheid der rechten en plichten naar hun inhoudelijke zijde. Dit verschil in benadering is begrijpelijk. In alle gevallen toch waarin men bepaalde rechten en plichten voor ogen heeft moet men er toe komen om tevens te zeggen terzake waarvan die dan kunnen bestaan. In het zakenrecht nu wordt inderdaad de inhoudelijke zijde der rechten en plichten geregeld. In het verbintenissenrecht daarentegen is dit in beginsel aan partijen overgelaten, terwijl de wet zich globaal gesproken beperkt tot aanvullende regelingen en tot regeling van de eisen waaraan moet zijn voldaan willen partijen rechtens hun creaties erkend zien. Hierbij past een doortrekken van de partijautonomie tot het voorwerp en hieraan in beginsel geen andere grens te stellen dan het niet beletten van de bepaling der rechten en plichten naar hun inhoudelijke zijde.

Wij willen op de voorwerp-problematiek als algemeen leerstuk niet te diep ingaan. In de laatste paragraaf wordt er

nog even op teruggekomen. Hier zouden wij nog voor twee punten aandacht willen vragen.

1. Er zij op gewezen dat er een zekere interdependentie bestaat tussen een bevoegdheid of een plicht en het voorwerp daarvan. De leveringsplicht terzake van een huis brengt naar haar inhoudelijke zijde de plicht mee tot medewerking aan een transportakte, welke verrichting achterwege kan blijven bij de leveringsplicht terzake van een fiets. Of een muurvlakte voorwerp kan zijn hangt mede van de bevoegdheden en plichten terzake af. Teneinde op juiste wijze de intersubjectieve betrekkingen uit juridisch oogpunt te bepalen, kan men recht of plicht en voorwerp daarvan wel onderscheiden, echter niet scheiden.

2. Het voorwerp heeft in het juridische vlak een dubbele phenomenaliteit. Vooreerst toch de phenomenaliteit welke het ontleent aan de phenomenaliteit van de norm en voorts de phenomenaliteit van de factische werkelijkheid in dubbel opzicht, n.l. onder het opzicht van de werkelijkheid zoals deze door de norm enerzijds begrepen en anderzijds gewild wordt en onder het opzicht van de werkelijkheid tout court. Dit prae-advies is niet de plaats om deze stelling nader te expliciteren. Om onze bedoeling duidelijk te maken zouden wij die met een voorbeeld willen toelichten. Indien in de wet een regel wordt aangetroffen waarin gesproken wordt over onroerend goed, dan verschijnt onroerend goed ons allereerst als bestanddeel van een norm, als een rechtscategorie, ongeacht of daaraan nog enige werkelijkheid buiten de norm beantwoordt. Voorts verschijnt onroerend goed ons als verwijzende naar een werkelijkheid buiten de norm, als verwijzende naar het stuk grond, de opstal, enz. Echter niet alleen naar deze werkelijkheid zonder meer, maar naar de in de norm op een bepaalde wijze begrepen werkelijkheid, zodat onder onroerend goed mede valt wat aan een erf of aan een gebouw aard- of nagelvast is (art. 562, lid 2, B.W.) en voorts naar wat met betrekking tot het onroerend goed zoals dat begrepen wordt, gewild wordt, zoals het geval is bij een voorschrift dat de goothoogte van een huis regelt.

De fenomenale regio's gevormd door de normen zelf en de door deze geïntendeerde werkelijkheid kunnen slechts worden onderscheiden en niet gescheiden. Zoals er interdepen-

dentie is tussen recht of plicht en het voorwerp daarvan, zo is er eveneens interdependentie tussen de bedoelde fenomenale regio's. De norm staat in functie van de factische werkelijkheid, gelijk de factische werkelijkheid doordrenkt is van wat aan de norm wordt ontleend. Ook de rechten en plichten bezitten een dubbele interdependente fenomenaliteit. De empirische economie heeft geen enkele moeilijkheid om over schulden te spreken en deze op empirische wijze te onderzoeken.

Wij menen dat deze wederkerige verwikkeling van norm en factische werkelijkheid enerzijds, van rechten of plichten en de voorwerpen daarvan anderzijds, en ook het onderling verward zijn van beide facetten, op duidelijke wijze geïmpliceerd ligt in hetgeen door de eeuwen heen als het wezenlijke der rechtvaardigheid is beschouwd. Het gaat in de rechtvaardigheid om hetgeen als iemands „zijne” moet gelden, om hetgeen op iemand als „het zijne” geordend is en om wat deze „suum”-ordening impliceert voor de intersubjectieve betrekkingen. De norm die dit wil uitdrukken en als te realiseren model voorhouden, moet zich daarbij van een op de factische werkelijkheid gebaseerd en naar die werkelijkheid verwijzend instrumentarium bedienen. De interdependentie tussen „het zijne” (voorwerp, object), de ordening (wijze van toebehoren) en de inhoudelijke zijde der intersubjectieve betrekkingen (rechten en plichten) komt duidelijk naar voren. De conclusie moet dan ook zijn dat de jure constituendo het voorwerp steeds in verband met de andere bestanddelen ener rechtsregeling moet worden gezien. Tijdsgebrek en de beschikbare plaatsruimte dwongen tot beperking. In het hierna volgende zullen wij ons in hoofdzak bezig houden met wat de factische werkelijkheid over de onderneming te zien geeft. In §2 wordt besproken hoe de onderneming in de geldende wetgeving en voornamelijk in de bijzondere wetgeving wordt begrepen, terwijl in §3 wordt getracht de onderneming van het verschijnsel uit te beschrijven. Na in §4 de onderneming en het privaatrecht in het algemeen besproken te hebben, wordt in §5 getracht op basis van het verkregen materiaal een antwoord te geven op de vraag of de privaatrechtelijke wet enige regeling betreffende de onderneming dient te bevatten in de geest van art. 556 B.W. e.v. of art. 1368 B.W. e.v.

Bij de keuze van deze opzet spelen een aantal instellingen mee welke deels bewust, deels onbewust invloed hebben. Een uitgangspunt van rechtswijsgerige aard is in het voorafgaande nader uitgewerkt. Het onderhavige geschrift wordt nog door een tweede uitgangspunt geïnspireerd, dat in algemene bewoordingen kan worden uitgedrukt als de eigen betekenis van de eenheid der rechtsorde voor de concrete gestalte van de bijzondere rechtsdelen. De rechtsnormen toch vormen tezamen een rechtssstelsel en bepalen tezamen de wijze en het niveau waarop de menselijke existentie haar bestaan uit een oogpunt van rechtvaardigheid zal beoefenen. Binnen de ene rechtsorde laten zich bijzondere delen onderscheiden, zeker, maar deze delen zijn interdependent en dat sluit de eis in om de bijzondere delen van het rechtssysteem in geest en techniek zodanig gestalte te geven dat zich deze laten inpassen in de gehele rechtsorde. Niet ten onrechte wordt van verschillende zijden gewezen op de gevaren van specialisatie en wordt bepleit dat specialisten op het gebied van bepaalde delen van het recht studies maken van andere rechtsdelen. Specialisatie is wellicht onvermijdelijk en in zekere opzichten een groot goed te noemen, maar daarnaast dienen de juristen bezorgd te zijn om wat R. Savatier (les métamorphoses, 1e serie, blz. 65) „une unité harmonieuse” genoemd heeft. Deze gezaghebbende auteur gaat zover dat hij stelt „L'ordre social dépend de l'harmonisation générale des droits spécialisés”. Hij wijst er terecht op dat voor de leek het recht onbegrijpelijk dreigt te worden als gevolg van steeds verder gaande specialisatie. Om de gevolgen daarvan te keren vraagt hij zich af of zich niet de taak opdringt om aan de bijzondere rechtsdelen te ontnemen „une sorte de synthèse intuitive, propre à donner au profane l'intelligence, sinon des spécialités juridiques, du moins de leur sens général” (blzz. 66-67). Wil een „unité harmonieuse”, een „synthèse intuitive”, tot de mogelijkheden behoren, dan is het noodzakelijk dat het wordende privaatrecht van de aanvang af mede geïnspireerd wordt door wat de eenheid der rechtsorde eist. Nu zou men zich met Lemaire (Handelingen Tweede Kamer 1952-1953, blz. 2653) op het standpunt kunnen stellen dat het nieuwe wetboek „de spil moet kunnen blijven van rechtsvorming en rechtsontwikkeling”, maar daaruit mag men nog niet de conclusie trekken dat het privaatrecht geen oog behoeft te hebben voor het-

geen in andere rechtsdelen leeft, integendeel. In dit standpunt zou van het privaatrecht de stoot moeten uitgaan tot het vinden van een coherente constructie van het ondernemingsrecht, in het vinden waarvan men, zoals Jean Savatier in *Melanges offerts à René Savatier* (Parijs 1965, blz. 863) terecht opmerkt, nog niet is geslaagd.

Van een rechtsvergelijkend onderzoek heb ik mij onthouden. Mijn mede prae-adviseur was bereid dit voor zijn rekening te nemen. Aan het recente proefschrift van H. Cohen Jehoram, *Goodwillrecht*, en dat van J. de Ruiters, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het ontwerp-burgerlijk wetboek*, beide van 1963, met hun overvloedige literatuur en jurisprudentie-vermelding heb ik de vrijheid ontleend mij hierin te beperken. Deze beperking wil natuurlijk niet zeggen dat ik niet zeer veel aan anderen te danken heb. Het wil slechts zeggen dat ik er van heb afgezien steeds nauwkeurig te vermelden waar dat het geval is. Mede om te kunnen blijven binnen het aantal pagina's, dat het bestuur mij ter beschikking stelde, is ook waar mogelijk met globale aanwijzing der vindplaatsen volstaan. Ter beperking van de omvang heb ik discussies met andere auteurs zoveel mogelijk vermeden. Gezien de reeds genoemde proefschriften was hiertoe ook minder reden.

Voor een deel is het onderhavige prae-advies gebaseerd op de uitkomsten van onderzoekingen welke in mijn proefschrift, *De binnenlandse belastingplichtigen in het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942*, zijn verwerkt. Hier kwam ook de ondernemingsproblematiek ter sprake, echter onder een andere gezichtshoek dan in het onderhavige geschrift het geval moet zijn. In mijn proefschrift heb ik getracht voor een bepaalde fiscale problematiek de jure constituto na te gaan hoe deze op zodanige wijze te verstaan dat zich die in geest en techniek laat inpassen in onze rechtsorde. Thans is een privaatrechtelijk probleem de jure constituendo aan de orde. Omdat mijn proefschrift voor de jurist die niet in het belastingrecht thuis is moeilijk toegankelijk is, leek het mij juist beschouwingen uit dat geschrift waar nodig en eventueel in gewijzigde bewoordingen te herhalen, overigens ook zonder vermelding der vindplaatsen.

DE ONDERNEMING VAN DE WETGEVING UIT

In deze paragraaf willen wij nagaan hoe in de geldende wetgeving en met name in de bijzondere wetten, de onderneming begrepen wordt. De benadering van de onderneming en de ondernemingsverschijnselen blijkt zeer gevarieerd.

a. De ondernemingsbestanddelen.

Daar waar de wet handelt over ondernemingsarbeid spreekt zij van arbeid „in” (een onderneming). Het komt nogal eens voor dat de toepasselijkheid van een wet of een wetsregel mede afhankelijk is gemaakt van het verrichten van arbeid „in” een onderneming, al dan niet in combinatie met andere vereisten. Art. 6 Zondagswet spreekt in het algemeen van arbeid in beroep of bedrijf. Art. 1 Veiligheidswet 1934 verstaat onder arbeid alle „werkzaamheden in een onderneming, behalve werkzaamheden verricht door het hoofd of de bestuurder of diens echtgenote”, zich hiermee nagenoeg aansluitend aan de Arbeidswet 1919. Art. 54, lid 3, Wet inkomstenbelasting 1964 handelt juist wel over werkzaamheden welke de echtgenote van een belastingplichtige in de door deze gedreven onderneming verricht. In art. 2, lid 2, Ongevallenwet 1921 gaat het niet over werkzaamheden in een onderneming zonder meer, maar om werkzaamheden in dienst van de werkgever in de onderneming van de werkgever tegen loon verricht. Een geval waarbij tevens de aard van de werkzaamheden een rol speelt kan men aantreffen in art. 2 Wet op het algemeen verbindend of onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, medebrengende dat collectieve arbeidsovereenkomsten, die voor een belangrijke meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden, algemeen verbindend kunnen worden verklaard en dan ook verbindend zijn voor arbeidsovereenkomsten „die naar de aard van de arbeid waarop zij betrekking hebben onder de collectieve arbeidsovereenkomsten vallen of zouden vallen”. Het is niet verwonderlijk dat de rechter bij herhaling geroepen werd om zijn oordeel te geven over kwesties in verband met de vraag wanneer er sprake was van arbeid „in” een onderneming of de vraag naar de juiste betekenis van de nader bij de wet specifiek bepaalde werkzaamheden in een onderne-

ming. Het proefschrift van T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer* (prf. 1962), tracht enige orde te brengen in de moeilijk toegankelijke materie der sociale verzekeringswetten op dit punt. Bij Koopmans (blzz. 303-337) en andere schrijvers over de sociale verzekeringswetten wordt met name uitvoerig aandacht besteed aan de vraag wanneer er sprake is van arbeid „in” een onderneming. Bij Koopmans (blzz. 323 e.v.) wordt dit punt onderzocht als een probleem betreffende het geldingsgebied der arbeidsnormen. Bij deze auteur is er sprake van een functioneel criterium, ook weergegeven als het criterium der „Betriebszugehörigkeit”. Onder dit laatste wordt verstaan: „de organisatorische band tussen de werknemer en de onderneming. De werknemer is zugehörig, omdat hij in de onderneming is opgenomen, ingeschakeld is in het geheel van de in de onderneming werkzame arbeidskrachten. Deze inschakeling moet worden opgevat in feitelijke zin: de omstandigheid dat de werknemer zich verplicht tot arbeid in de onderneming is niet voldoende om tot het bestaan van de organisatorische band te besluiten”. Hij verwerpt overigens dit criterium zowel als maatstaf voor het toepassingsgebied van het arbeidsrecht in het algemeen, als voor de sociale verzekeringen in het bijzonder. Stellig is niet steeds de toepasselijkheid van arbeidsrechtelijke voorschriften afhankelijk van het „in”-zijn van de arbeid in een onderneming. Het kan echter niet worden betwist dat bij herhaling dit „in”-zijn wel van belang is voor de intersubjectieve betrekkingen uit juridisch oogpunt.

De arresten H.R. 27 mei 1929, N.J. '29/1408 en 7 nov. 1932, N.J. '33/151, geven bedoeld „in” weer met de woorden „ten behoeve van”. Zo wil ook het ontwerp Invoeringswet Boek 1 nieuw B.W. dat in de toekomst art. 164a, lid 1, sub c, B.W. (1.6.7a, lid 1, sub c, nw. B.W.) zal gaan luiden. In de fiscale literatuur rond art. 54, lid 3, Wet inkomstenbelasting 1964 (oud art. 45a Besl. Inkomstenbelasting 1941, waarover laatstelijk in een arrest van de H.R. 26 juni 1965, B.N.B. '65/121) meent men dat het woordje „in” minder ruim is dan het woordje „voor”. Wij menen dat „ten behoeve van” beter kan dienen voor het weergeven van het woordje „voor” dan voor het woordje „in”. Men kan zeer wel „voor” of „ten behoeve van” een onderneming werkzaam

zijn zonder „in” die onderneming werkzaam te zijn. De zelfstandig gevestigd advocaat die een geding voert over een ondernemingsaangelegenheid, is zonder twijfel voor of ten behoeve van die onderneming werkzaam, „in” die onderneming is de bedrijfsjurist werkzaam in overleg waarmee de betrokken advocaat de processtukken opstelt.

Wij menen dat met het woordje „in” de gedachte aan samenhang wordt opgeroepen, welke met de woorden „behoren tot . . .” kan worden uitgedrukt. Dit is de terminologie welke de wetgever bezigt wanneer hij een zekere samenhang tussen zaken en een onderneming op het oog heeft. Zo vindt men in art. 21 Successiewet gesproken worden van „zaken behorende tot een beroeps- of bedrijfsvermogen”; in art. 182 B.W. van „de gereedschappen behorende tot het beroep van een der echtgenoten” (volgens art. 1.7.3.5. nw. B.W. zal straks gesproken worden van beroeps- en bedrijfsmiddelen); in art. 447, onder 5°, Rv. van „gereedschappen . . . tot hun persoonlijk bedrijf behorende”. (Wij vragen ons af of de ontwerper van in invoeringswet Boek 1 nw. B.W. er wel goed aan heeft gedaan in het nieuwe 2e lid van art. 1.7.2.1 te spreken van een goed . . . dienstbaar aan een beroep of bedrijf.) Een wat andere verwoording van de samenhang-gedachte vindt men in art. 8, lid 2, Wet vermogensbelasting 1964, waar gesproken wordt van bezittingen die deel uitmaken van het vermogen van een onderneming. In al deze gevallen blijft onuitgesproken een nadere specificatie van dat „behoren tot . . .” of „deel uitmaken van . . .”. Art. 10, lid 1, Wet inkomstenbelasting 1964, geeft wel een nadere inhoudsbepaling nu daar wordt gehandeld over „zaken, welke voor het drijven van een onderneming worden gebruikt (bedrijfsmiddelen)”.

Het behoren tot een onderneming van zaken en arbeid laat zich ons inziens op geen andere wijze uitdrukken dan met behulp van een functioneel criterium. Met behulp van het functionele criterium kan niet zonder meer worden bepaald, aldus terecht Koopmans (blz. 333), op welk rechtssubject de rechten en plichten uit enige wet voortvloeiend rusten, kan dan ook niet zonder meer worden vastgesteld wie premieplichtig is of wie voor de naleving van veiligheidsvoorschriften moet zorgen, maar dat sluit niet uit aan het functionele te toetsen of arbeid of zaken tot een onderneming

behoren. Naar onze mening is het inderdaad zo dat de wetgever de onderneming als een in het licht van concrete omstandigheden te beoordelen functioneel verband begrijpt. Men ziet dan ook H.R. 27 okt. 1959, N.J. '60/48 een nauwkeurige analyse verlangen van alle omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beslissing tot welk functioneel verband arbeidsverrichtingen moeten geacht worden te behoren. Wij menen dat het functionele criterium niet in de eerste plaats moet worden gezien als maatstaf voor het werkingsgebied van arbeidsrechtelijke normen, hetzij in het algemeen, hetzij voor bijzondere onderdelen, maar als een criterium ter bepaling van het behoren tot het met de term onderneming aangeduid functioneel eenheidsverband. Als een criterium dus voor het antwoord op de vraag of een arbeidsverrichting, dan wel een concrete zaak, behoort tot het bestemmingsverband dat de onderneming is.

Hieraan doet niet af dat de wetgever soms het behoren tot (een onderneming) voor verschillende wetten op verschillende wijzen uitwerkt. In de inkomstenbelasting b.v. staat het de belastingplichtige soms vrij te zijner keuze een zaak al of niet tot het ondernemingsverband te rekenen met de daaraan voor de heffing van inkomstenbelasting verbonden gevolgen. In de vennootschapsbelasting daarentegen bestaat deze vrijheid van keuze voor een aantal belastingplichtigen niet. Evenmin is van belang dat het begrip arbeid of het begrip zaak niet voor alle delen van het recht gelijk is. Uit deze omstandigheden moet wel worden afgeleid dat het ondernemingsbegrip naar inhoud en omvang niet voor alle delen van het recht of de bijzondere wetsartikelen gelijk is. En zo moet men er toe komen om een generiek ondernemingsbegrip te aanvaarden waardoor onverschillig welke zaken of onverschillig welke arbeid worden omvat, naast een specifiek ondernemingsbegrip voor onderdelen van het recht de mogelijke bestanddelen variërend.

b. De rechtsbetrekkingen in verband met de ondernemingsbestanddelen.

Het voorgaande betrof de bestanddelen van de onderneming, daargelaten de vraag naar de rechtsbetrekkingen in verband met die bestanddelen. Wat laat de geldende wetgeving op dit punt zien? Heeft voor de vraag of arbeid dan

wel een zaak bestanddeel van de onderneming kan zijn de rechtsbetrekking in verband daarmee belang en heeft omgekeerd het bestanddeel zijn van een onderneming belang voor de rechtsbetrekking? Vrijwel alle sociale verzekeringswetten kennen het begrip werkgever. Art. 9 Ziektewet verstaat onder dat begrip „ieder natuurlijk of rechtspersoon die een of meer arbeiders bij een onderneming in dienst heeft. Een soortgelijke regel vindt men in art. 2, lid 1, Ongevallenwet 1921. Men mag uit deze bewoordingen niet afleiden dat de rechtsbetrekkingen in verband met arbeid in een onderneming uitsluitend het karakter kunnen hebben van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a B.W. Naar de regelen van het B.W. kan het verrichten van arbeid ook gebaseerd zijn op aanneming van werk of op een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Voor de sociale verzekeringswetten is naar de opvatting van Koopmans (blz. 62) de arbeidsovereenkomst de kern ter bepaling van de relevante rechtsbetrekkingen, naast in voorkomende gevallen het vereiste dat de arbeid in de onderneming moet worden verricht. Ook als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a B.W. ontbreekt, kan er sprake zijn van arbeid in een onderneming, aldus ook Koopmans. Zo vindt men in art. 2 Ziektewet mede als arbeider aangemerkt worden „degene, die persoonlijk in aangenomen werk arbeid verricht . . . enz.”. Arbeid kan dan ook tot een onderneming behoren zonder dat de rechtsbetrekking in verband daarmee van enig belang is. Dat neemt niet weg dat de wet in omstandigheden zou kunnen bepalen dat alleen die arbeid ondernemingsarbeid kan zijn welke krachtens een bepaalde rechtsbetrekking in de onderneming geschiedt. Zo zou men zich kunnen afvragen of dit niet inderdaad het geval is voor art. 10, lid 2, Wet op de Ondernemingsraden, regeland de kiesgerechtigdheid, en daarmee te kennen geven dat voor de toepassing van dat artikel vereist is een werkzaam zijn en gedurende tenminste een jaar onafgebroken werkzaam geweest zijn in de onderneming krachtens arbeidsovereenkomst. Koopmans (blz. 60) meent dat hier, als in andere wetten op het gebied van het sociaal recht, een ruim begrip werknemer beoogd is en daarmee zegt hij tevens dat de aard van de rechtsbetrekking niet relevant is voor de kiesgerechtigdheid als bedoeld in art. 10, lid 2, Wet op de Ondernemingsraden.

Hetzelfde geldt voor zaken. In het algemeen is geen bepaalde rechtsbetrekking in verband met een zaak vereist, wil een zaak tot een onderneming kunnen behoren. De Woonruimtetwet 1947 is hiervan een voorbeeld. Zodra de in art. 1, lid 6, dier wet bedoelde verklaring is afgegeven, inhoudende wat van gebouwd onroerend goed als bedrijfsruimte nodig is voor hem aan wie de verklaring is afgegeven, dan geldt te zijnen aanzien het verbod uit het 1e lid voor die bedrijfsruimte en enige aanhorigheden niet langer. Het is daarbij onverschillig of deze persoon over de ruimte beschikken kan als eigenaar, vruchtgebruiker, huurder of anderszins.

Hiermee wil niet tevens gezegd zijn dat in bijzondere gevallen de aard van de zaak (het recht of het stoffelijk voorwerp of anderszins) dan wel de rechtsverhouding niet kan beletten hetzij in het algemeen hetzij voor bijzondere wetten of bijzondere rechtsverhoudingen een zodanige zaak tot een onderneming te rekenen. In zijn arrest van 29 juni 1916, N.J. '16/806 heeft de H.R. geoordeeld „dat de naam van een persoon niet is een voorwerp van eigendom en alzo niet is een voor verkoop en levering vatbare zaak”. Meijers rekent het recht op de geslachtsnaam onder de persoonlijkheidsrechten (Algemene begrippen, blz. 266) en in boek 1, titel 2, nw. B.W. is thans, anders dan in het geldende B.W., een uitdrukkelijke regeling van het recht op de naam te vinden. Een geslachtsnaam kan zich echter ontwikkelen tot handelsnaam, dit is volgens art. 1 Hnw., tot een naam waaronder een onderneming wordt gedreven en alsdan kan deze met de onderneming worden overgedragen (art. 2 Hnw.). In dit geval gaat de naam behoren tot de onderneming. Maar is dat nu ook mogelijk als de gehuwde vrouw, aan wie in art. 1.2.6a nw. B.W. het recht wordt verleend om de geslachtsnaam van de man te voeren, onder deze naam een onderneming gaat drijven. Indien de vrouw uit het schoonheidssalonarrest (H.R. 26 apr. 1963, N.J. '63/332, noot J.H.B.) zich bij de exploitatie van haar salon van de geslachtsnaam van de man had bediend, zou deze dan ook tot handelsnaam kunnen worden tegen de wil van de man in en daarmee tot de onderneming gaan behoren en in de zin van de Handelsnaamwet met de onderneming voor overdracht door de vrouw vatbaar zijn? Men zou deze consequentie kunnen ontgaan als men stelt dat in dit geval de naam zich niet tot handelsnaam kan ontwikkelen,

derhalve niet tot de onderneming gaat behoren, en ook, als men, onder erkenning van de ontwikkeling tot handelsnaam, stelt dat zulks niet tot gevolg heeft dat de vrouw deze tegen de wil van de man kan overdragen. In de gedachtengang van de toelichting op art. 3.4.2.9. (blz. 224) zou alsdan de vrouw haar onderneming niet kunnen overdoen in geval de man zijn toestemming tot overdracht van de naam zou weigeren.

Zowel met betrekking tot het bestanddeel arbeid als met betrekking tot het bestanddeel zaken mag worden gezegd dat in de geldende wetgeving geen bepaalde rechtsbetrekking in verband met de arbeid of de zaken vereist wordt om deze te kenmerken als behorende tot het functionele verband dat een onderneming is, maar dat de rechtsbetrekkingen wel een rol spelen om de vraag naar het behoren tot een onderneming te kunnen beantwoorden.

Dat het bestanddeel zijn van een onderneming van belang is voor de rechtsbetrekkingen is impliciet uit het voorgaande gebleken. Er bleek van rechtsgevolgen in het publiek-rechtelijke vlak en in het gemengd publiek-/privaatrechtelijke vlak. Ook op het zuiver privaatrechtelijke terrein worden rechtsgevolgen teweeg gebracht door het behoren tot een onderneming. Ter illustratie zij gewezen op art. 1639b B.W. ingevolge welk artikel de goede orde in de onderneming mede bepalend is voor de verplichtingen van de arbeider, en op art. 1596 B.W. ingevolge welk artikel het gebruik voor ondernemingsdoeleinden zich laat toetsen op de vraag of dit al dan niet in overeenstemming is met de bestemming welke uit de huurovereenkomst voortvloeit.

Hiermede hebben wij de vraagstelling, aan het begin van dit onderdeel geformuleerd, besproken. Daarvan moet onderscheiden worden de technisch-juridische verwerking van hetgeen tot de onderneming behoort. In technisch-juridische zin blijkt soms de arbeid zelf of een stoffelijk voorwerp tot de onderneming te behoren, in andere gevallen het recht op de arbeid of het recht op het stoffelijk voorwerp. Dit kan worden geïllustreerd door tegenover elkaar te stellen enerzijds de Woonruimtetwet 1947, waar evenals in de Huurwet en de Wet van 8 dec. 1961, S 425, houdende voorlopige regeling in verband met de schadeloosstelling van huurders in geval van onteigening, ervan wordt

uitgegaan dat het gebouwde onroerend goed zelve tot de onderneming behoort en anderzijds op de arresten van de H.R. van 23 jan. 1957 (B.N.B. '57/68 noot Hollander) en 6 mrt. 1957 (B.N.B. '57/123) gewezen in verband met de artt. 8 en 8a van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 (thans artt. 10 en 11 Wet inkomstenbelasting 1964) waar het huurrecht werd beschouwd als zaak waarop voor de winstberekening mag worden afgeschreven.

c. De onderneming en betrekkingen tot een rechtssubject.

De wetgever blijkt vragen betreffende aangelegenheden behorende tot een onderneming uit een oogpunt van het rechtssubject dat deze rechtens aangaat te beantwoorden met behulp van in de wet nader omschreven relaties tot de onderneming. De wetgever die met de Veiligheidswet 1934 binnen de onderneming de naleving van zekere veiligheidsvoorschriften wil, legt in art. 19, jo. art. 5, sub c, op het hoofd of de bestuurder van de onderneming voor deze aangelegenheid een zorgverplichting. Een soortgelijke regel vindt men in art. 2 Wet op de Ondernemingsraden. De rechtsbetrekking welke overigens de arbeid in de onderneming beheerst of de aanwending van de bijzondere zaken in het ondernemingsverband speelt daarbij geen rol. Het doet er dan ook niet toe of het hoofd of de bestuurder zelf ook gerechtigde of verplichte is met betrekking tot de tot de onderneming behorende arbeid of bijzondere zaken. Enigszins tweeslachtig is art. 1, lid 1, sub e Pensioen- en Spaarfondsenwet geformuleerd. Daar wordt het begrip werkgever gedefinieerd en met dat woord wordt de rechtsbetrekking in verband met arbeid opgeroepen. De gegeven omschrijving echter lijkt daarmee niet in overeenstemming, gezegd wordt immers dat onder werkgever wordt verstaan „het hoofd van een onderneming of, zo deze een rechtspersoon is, die rechtspersoon zelve”. Koopmans (blz. 303, noot 2) neemt blijkbaar aan dat het woordje „deze” op de onderneming ziet en dat aldus van de tekst de suggestie uit zou gaan dat de onderneming zelve als rechtspersoon wordt beschouwd. Naar ons gevoelen slaat het woordje „deze” terug op „het hoofd” van een onderneming. Alsdan gaat het ook in deze wet, evenals in de Veiligheidswet 1934 en de Wet op de Ondernemingsraden, om een relatie tot de onderneming als geheel. Zo gezien wordt het

werkgeversbegrip voor de Pensioen- en Spaarfondsenwet, hoewel van huis uit meer gerelateerd op de rechtsbetrekking in verband met arbeid, betrokken op een relatie tot de onderneming als geheel.

Voor de aangelegenheid der registratie van ondernemingen als bedoeld in de Handelsregisterwet 1918 richt art. 3 dier wet zich tot de eigenaren. De aangelegenheid der registratie van ondernemingen als bedoeld in art. 93, lid 2, sub c, Wet op de Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie, kan bij verordening geregeld worden en deze richt zich ingevolge art. 102 onder meer tot de natuurlijke of rechtspersonen die de onderneming drijven. Art. 1, lid 1, Wet Economische Mededinging spreekt weer van eigenaren van ondernemingen. De winst der onderneming laat art. 6 Wet inkomstenbelasting 1964 als winst uit onderneming onder meer opkomen aan hem „voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven”. Nog andere wijzen van benadering der relatie tot de onderneming als geheel kan men aantreffen in de Vestigingswet Bedrijven 1954, waar art. 1, lid 1, een bepaling geeft van de begrippen „beheerder” en „bedrijfsleider”.

Naast zoëven genoemde gevallen waarin de wetgever zich duidelijk bewust is van een onderscheid tussen de onderneming enerzijds en het rechtssubject dat ondernemingsaangelegenheden rechtens aangaat anderzijds, kan men in het geldende recht bewoordingen aantreffen die doen denken aan een beschouwing van de onderneming zelve als rechtssubject. De Europese verdragen op het gebied der economische samenwerking zijn rijk aan voorbeelden op dit punt. Zo verbiedt art. 85, lid 3, E.E.G.-verdrag onder meer alle overeenkomsten tussen ondernemingen, terwijl dit artikel is geplaatst in een afdeling met als opschrift „Regels voor ondernemingen”. Deze personifiërende suggestie gaat ook uit van de tekst van een der onderwerpen van het 21e Congres van de Union Internationale des Advocats te Arnhem in 1965 gehouden. Men sprak van „Les Voies de recours ouvertes aux entreprises...” enz. Het algemeen rapport van N. Catalano (opgenomen in S.E.W. sept. '65, 13e jrg. no. 9, blzz. 525 e.v.) droeg echter als titel „Les voies de recours ouvertes aux personnes physiques ou mora-

les . . ." enz. Het ondernemingsbegrip heeft bij deze auteur de strekking om het belang te omschrijven waarin men getroffen moet zijn.

Wanneer de Nederlandse wetgever in art. 1, lid 2, Vestigingswet Bedrijven 1954 zegt dat de wet niet van toepassing is op de landbouw . . . enz., dan hoeft men nog niet aan een personificatie te denken. In deze richting gaat veel meer het bij de Wet van 28 juli 1960, S. 372 in de Rijttijdenwet 1936 ingevoegde artikel 1a sprekende van „door een onderneming uitgevoerde ritten". In dit verband zij ook gewezen op het personifiërend woordgebruik in art. 536 K. melding makend van „schuld van een schip" en in art. 321 K. sprekende over „in dienst van het schip". (Zie ook 6.3.9. en 6.3.10. ontwerp nw. B.W.)

Behalve de even beschreven verpersoonlijking van de onderneming kan men in de geldende wetgeving ook verzakelijking aantreffen. Allereerst valt daarbij te wijzen op de aan de art. 33, lid 3, Octrooiwet, art. 2 Handelsnaamwet en art. 20 Merkenwet ten grondslag liggende veronderstelling van overdracht en overgang van ondernemingen. In deze richting gaan ook uitdrukkingen als stilstand of slapte in de onderneming, genoemd in art. 10 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, de samensmelting uit de artt. 35 en 38 Wet op het levensverzekeringsbedrijf. Zowel verpersoonlijking als verzakelijking lijkt gevonden te worden in de Handelsregisterwet 1918, in welke wet art. 1, sub b, de mogelijkheid van vertegenwoordiging van ondernemingen veronderstelt daarmee de suggestie aan de onderneming als persoon oproepend, terwijl art. 3 handelend over de eigenaar van een onderneming de gedachte aan de onderneming als zaak opwekt.

d. Het drijven als algemene karakteristiek voor de betrekking van een rechtssubject tot de onderneming.

Is over de relatie van een rechtssubject tot de onderneming als geheel niet meer te zeggen? Hiermee bedoelen wij niet de vraag te stellen of er sprake is dan wel kan zijn van een subjectief recht op de onderneming, maar bedoelen wij de vraag op te werpen naar een inhoudelijke bepaling van deze relatie zoals deze uit de wetgeving naar voren komt. Wij zagen reeds dat de wetgever spreekt over hoofd,

bestuurder, eigenaar, hij voor wiens rekening. Telkens echter als de wetgever deze relatie naar haar meest algemene zijde wil uitdrukken gebruik gemaakt van de term drijven (van een onderneming). Wij kwamen dit reeds tegen in de Wet op de Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie evenals in de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Deze term is bezig de term uitoefenen (van een bedrijf) te vervangen zonder dat daarmee iets anders bedoeld wordt. Wat in het Wetboek van Koophandel nog uitoefenen van een bedrijf heet zou in hedendaagse terminologie drijven van een onderneming heten, voor zover men althans niet de werking zou willen uitbreiden tot bedrijven waarmee niet wordt beoogd om winst te behalen. In het drijven van een onderneming ligt besloten de inhoudelijk meest ruime bevoegdheden ten opzichte van een onderneming. Met de woorden van art. 5.1.1 ontwerp nw. B.W. kan men spreken van het meest volledige recht dat een persoon op een onderneming kan hebben. Naar de tekst van dat artikel zou men in strikte zin niet van eigendom mogen spreken, vermits art. 5.1.1 dit beperkt wil zien tot stoffelijke voorwerpen, terwijl de onderneming naast stoffelijke voorwerpen ook arbeid kan omvatten. In overdrachtelijke zin zou men degene die de onderneming drijft eigenaar mogen noemen. Juister lijkt het ons in aansluiting aan art. 6, lid 1, Wet op de Ondernemingsraden en het spraakgebruik de term ondernemer te bezigen. Ook nu dringt zich de vraag op naar de betekenis van de rechtsverhoudingen met betrekking tot ondernemingsbestanddelen voor de kwestie of een rechtssubject ondernemer mag heten.

Het drijven (van een onderneming) in de meest volledige zin is eerst dan aanwezig indien de ondernemer zelve werkgever of opdrachtgever is in de rechtsbetrekkingen tot het verrichten van arbeid in de onderneming en zelf eigenaar of gerechtigde is van alle tot de onderneming behorende zaken. Dan toch omvat het ondernemerschap in de meest volledige zin de in de eigendom begrepen bevoegdheden tot beheer en beschikken anders dan als beheer alsmede het volle risico voor de goede en kwade kansen. Ook wanneer deze drie aspecten minder volledig zijn wordt in de wetgeving van drijven van een onderneming gesproken. In art. 16 K heet de vennootschap onder firma de maat-

schap tot uitoefening van een bedrijf. Uit art. 1668 B.W. volgt dat het risico voor de tot de onderneming behorende zaken niet altijd geheel bij de vennootschap onder firma behoeft te berusten. Het is hieruit duidelijk dat in de opvatting van de wetgever het drijven van een onderneming ook aanwezig kan zijn indien niet het volle risico wordt gelopen voor alle tot de onderneming behorende bestanddelen. Blijkens het Rijnzichtarrest (H.R. 9 mei 1958, N.J. 1958/392, vergelijk art. 1.7.21, lid 2, zoals dat volgens het ontwerp invoeringswet Boek 1 nw.B.W. zal komen te luiden) heeft de Hoge Raad geen bezwaar om van het drijven van een onderneming te spreken ten aanzien van iemand die op grond van de bepalingen van het huwelijkvermogensrecht het beschikkingsrecht miste over het onroerend goed waarin de onderneming gedreven werd. Met de variabele omvang van de in het drijven (van een onderneming) begrepen bevoegdheden correspondeert een ondernemersbegrip dat meerzinnig moet heten.

De zoëven gegeven voorbeelden wijzen in de richting dat het drijven van een onderneming niet bepaalde rechtsverhoudingen met betrekking tot de bestanddelen daartoe behorende impliceert. Anderzijds spelen de rechtsbetrekkingen wel een rol voor het antwoord op de vraag wat het drijven aan bevoegdheden en risico's meebrengt. Deze stelling wordt ondersteund als men in de onderneming allereerst een wijze van bezig zijn ziet, zoals het geval was in H.R. 19 jan. 1944, B. 7782, in welk arrest voor het bedrijfsbegrip uit art. 62 K kapitaal niet wezenlijk werd geacht en ook tot uitdrukking komt in de bekende definitie van Molengraaff ingevolge welke voor het bedrijfsbegrip het regelmatig en openlijk optreden wezenlijk is.

Dat brengt ons er toe om evenals voor het ondernemingsbegrip een generiek en specifiek begrip drijven (van een onderneming) te aanvaarden. Specifiek in die zin dat voor onderdelen van het recht het begrip drijven (van een onderneming) op verschillende wijzen nader kan worden en in feite ook wordt omlijnd.

e. Slot.

Wij zeiden reeds dat de onderneming zich vertoont als een samenhang en het drijven als een bezig zijn. Hieraan moet worden toegevoegd dat het hier gaat om een samenhang

en een bezig zijn tot een bepaald doel, te weten de voortbrenging van een economisch goed. Voor de Handelsregisterwet 1918 moet daar, blijkens art. 4, bijkomen voortbrenging ten behoeve van anderen dan de ondernemer zelf. Wij betwijfelen of dit vereiste voor de gehele wetgeving geldt. In art. 1, lid 2, Wet op de Ondernemingsraden wordt bepaald dat indien een onderneming bestaat uit verschillende onderdelen voor de toepassing van die wet met goedvinden van de betrokken bedrijfscommissie ieder onderdeel als een onderneming kan worden beschouwd. Aldus kan de fabricage-afdeling en de handelsafdeling elk als een onderneming worden aangemerkt. Hiervan kan men ook iets aantreffen in H.R. 16 jan. 1951, (N.J. '51/311, noot B.V.A.R.), alsook in art. 29 Wet op de Omzetbelasting 1954.

Blijkens Grundig VI (H.R. 29 april 1965, N.J. '65/382, noot H.B.) is ook voor art. 20 Merkenwet een vereiste de voortbrenging van economische goederen ten behoeve van anderen dan de ondernemer zelf. De kwantitatieve betekenis van de omzet is daarbij van ondergeschikt belang, al kan volgens Grundig V (H.R. 7 dec. 1962, N.J. '64/308, noot H.B.) de wijze van handelen onvoldoende zijn om het bestaan van een handelsinrichting aan te nemen.

Voorts is aan het ondernemingsbegrip eigen de voortbrenging van economische goederen omwille van de daarmee te behalen winst. In de wetgeving dringt steeds meer door het bedrijfsbegrip te gebruiken daar waar de wetgever het winst oogmerk niet relevant acht. Zolang deze ontwikkeling niet is afgesloten zal telkens wanneer in enige wet de term bedrijf wordt gebruikt, de vraag of het winst oogmerk aan dit begrip voor de betreffende wet inherent is, afzonderlijk onderzoek behoeven (Zo ook Meijers onder H.R. 10 oct. 1940, N.J. '41/197 en de A.G. 's Jacob in diens conclusie bij H.R. 14 juni 1955, N.J., '55/699, noot W.P.).

Het beeld dat uit het vorenstaande aangaande de onderneming oprijst is er een van grote onbepaaldheid en zeer vage contouren. De wetgever lijkt de onderneming naar haar generieke zijde primair te begrijpen als een bestemmingsverband tot de voortbrenging van economische goederen, dat in omstandigheden niet meer omvat dan de ar-

heid van de ondernemer zelf tot het gekozen voortbrengingsdoel. Het spraakgebruik roept een zeker verzet op tegen het bezigen van de term onderneming in gevallen waarin de tot de onderneming behorende arbeid en zaken van bescheiden omvang zijn. De kleine middenstandszaak zal men in het spraakgebruik geen onderneming noemen. In de zin van de Handelsregisterwet 1918 is er stellig sprake van een onderneming, evenals in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Deze laatste wet verstaat blijkens art. 6, lid 2, onder onderneming mede het zelfstandig uitgeoefende beroep. Deze begripsuitbreiding komt overigens nergens voor.

§ 3

DE ONDERNEMING VAN HET VERSCHIJNSEL UIT

In omstandigheden levert hetgeen tot de onderneming behoort, hetgeen door het functionele verband wordt omvat, een uiterst geschakeerd beeld op. In het vlak van de arbeid valt daarbij te denken aan de verschillende soorten arbeidsverrichtingen, van de simpele poetser tot de bedrijfsingenieur, aan bijzondere kwaliteiten die in de onderneming werkzame personen bezitten, zoals vaardigheid, communicatievermogen, uithoudingsvermogen, in het vlak van de zaken aan eenvoudige gebruiksvoorwerpen als de hamer tot zeer ingewikkelde middelen als de hydraulische hijsmachine en de computer. Naar haar juridische zijde is het beeld zo mogelijk nog geschakeerder door de gevarieerde wijze waarop de onderneming zich rechtens verzekerd weet van de arbeid en de zaken. In tal van gevallen zijn voor het voortbrengingsproces factoren van belang ten aanzien waarvan het niet of nauwelijks mogelijk is de rechtsverhoudingen te bepalen. Wij denken hierbij o.a. aan het voortdurende overleg tussen ondernemers dat een op elkaar afgestemd markt-gedrag in de hand werkt.

In de concreetheid leidt het functionele verband tot een „know how” in dienst van de ondernemingsdoeleinden. Deze „know how” openbaart zich in de industriële onderneming onder meer in op arbeidsanalyses gebaseerde verichtingenpatroons, in de z.g. produktielijn, in een evenwicht tussen het gebruik van machines en de aanwending

van menselijke arbeidskrachten. Kortom er wordt een samenstel van inventiviteit aangetroffen, die in elk onderdeel van het ondernemingsgebeuren werkzaam is. De kleine middenstandszaak heeft evenzeer zijn „know how”, al is dit dan op veel bescheidener schaal, als de supermarket.

In de fenomenale wereld doet zich dit alles voor als de uitkomst van het op een bepaalde manier bezig zijn en het op een bepaalde manier aanwenden van zaken, als uitkomst — zo kan men zeggen — van commercialiteit. Een uitkomst overigens die zich in de fenomenale wereld niet voordoet als onafhankelijk van de arbeid en de zaken tot de onderneming behorende, maar als een uitkomst die op intieme manier het bezig zijn en de aanwending vergezeld. Daarmee is niet gezegd dat bedoelde aangelegenheden bij een onderzoek van hun historie uitsluitend terug te voeren zijn op de tot de onderneming behorende arbeid en zaken. De rechtspraak rond het nabootsen leert wel anders. Het ondernemingsbegrip als zodanig, is indifferent nopens de historische herkomst van een model, een vaardigheid, een produktielijn. Het ondernemingsbegrip op zichzelf houdt geen oordeel in over de vraag of een uitvinding of een werkwijze bij de voortbrenging wordt aangewend krachtens een octrooi, een licentieovereenkomst of welke andere rechtens aanvaarde grond ook, dan wel of er sprake is van een in juridisch opzicht onrechtmatige handeling of toestand. Dit neemt niet weg dat deze omstandigheden van groot gewicht zijn voor de intersubjectieve betrekkingen uit juridisch oogpunt, voor de uitkomsten van de onderneming of anderszins.

Het ondernemingsbegrip als zodanig abstraheert van het juridische. Wij zagen ook in de vorige paragraaf dat de wetgever het ondernemingsbegrip hanteert daargelaten wat er rechtens zij van de rechtsbetrekkingen. Met behulp van de Wet Economische Delicten laat zich dat misschien nog duidelijker aantonen. Indien de wetgever in art. 7 als bijzondere straf de gehele of gedeeltelijke stillegging van een onderneming kent, dan houdt dit in de neutraliteit van het ondernemingsbegrip ten opzichte van de juridische merites van tot de onderneming behorende gedragingen van de ingevolge die wet veroordeelde. Zou het ondernemingsbegrip zelve de conformiteit aan het recht mede willen uitdrukken, hoe zou men dan nog van een onderneming kun-

nen spreken waar die conformiteit ontbreekt. Daarmee zou het ondernemingsbegrip ons voor analoge moeilijkheden plaatsen als zich voordoen bij het misbruik van recht. De normatieve kleurloosheid van het ondernemingsbegrip wil overigens niet zeggen dat het in de rechtsnormen geen rol speelt. De voorgaande paragraaf heeft op overvloedige wijze van het tegendeel getuigenis afgelegd, daar waar bleek van rechtsgevolgen opgeroepen door het bestemmingsverband dat de onderneming is.

a. Waarneembaarheid.

Het stilleggen uit art. 7 van de Wet Economische Delicten zomede de onder bewindstelling van een onderneming als bijzondere maatregel in art. 8 van die Wet bekend, leveren een belangwekkend vertrekpunt voor de beschouwing van nog andere aspecten van de onderneming, in zoverre in die artikelen besloten ligt de beschouwing van de onderneming als een voorwerp geschikt om de veroordeelde er bij wijze van straf in te treffen of geschikt om een maatregel op toe te passen. Het stilleggen van art. 7 veronderstelt dat de onderneming, ondanks het stilleggen, blijft bestaan. Zoals trouwens ook verondersteld wordt bij vakantiesluiting. Het ondernemingsbegrip brengt derhalve niet noodzakelijk mee een daadwerkelijk bezig zijn of daadwerkelijke aanwending. Wanneer wij dan ook de onderneming zien als een functioneel verband gericht op de voortbrenging van economische goederen bedoelen wij niet enkel een gerichtheid van het daadwerkelijke bezig zijn of de daadwerkelijke aanwending, maar een bereidheid tot arbeid in het kader van de onderneming en een geschiktheid en gereedheid van de zaken tot het ondernemingsdoel.

Maar er is meer. Een straf of maatregel behoort tot het afdwingbaarheidsaspect van het recht en laat zich bijgevolg alleen toepassen daar waar effectuering mogelijk is. Het minste wat dat veronderstelt is de kenbaarheid, de uiterlijke waarneembaarheid, waarop het recht trouwens bij uitsluiting betrekking kan hebben. Aan het ondernemingsbegrip zoals het in het recht slechts werking kan hebben moet dan ook een zekere kenbaarheid eigen zijn. Deze kenbaarheid kent in de factische werkelijkheid vele gradaties. Van de bereidheid, geschiktheid en gereedheid moet

op een of andere wijze naar buiten blijken. De mate waarin zich dit geïncorporeerd, verdicht, heeft is uiterst gevarieerd en kan lopen van de aankondiging van een bedrijvigheid op een brief met vermelding van een postbus tot de grote fabriekshal met machines in lijn, gereedschappen, voorraden en de algemeen bekende bereidheid van velen om hun arbeid tot de ondernemingsdoeleinden aan te wenden. In meest algemene zin laat zich de onderneming slechts definiëren met behulp van een uiterlijk waarneembare bestemming tot bepaalde voortbrengingsdoeleinden omwille van de daarmee te behalen winst. Het stilleggen is dan het verbod tot actualisering van de bestemming en de onder bewindstelling de toevertrouwing van de actualisering aan een ander.

De eenheid die zich met het ondernemingsbegrip aandient heeft twee facetten. Enerzijds komt deze van de ondernemer die door hem gekozen bestanddelen op de door hem gekozen doeleinden richt en anderzijds van de materialisatie der bestemming op voor anderen kenbare wijze. De waarneembaarheid waar het hier om gaat moet niet verstaan worden in natuurwetenschappelijke zin, maar als een ervarbaarheid door de existentie. Ook de wetgever blijkt van de kenbaarheid van bestemmingen uit incorporatie te weten. Zo ziet men in art. 638a, lid 2, B.W. het begrip appartement gedefinieerd worden als een aandeel, waarin begrepen een gebruiksrecht, „van een bepaald gedeelte van het gebouw dat blijkens zijn inrichting bestemd is om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt”.

Beide evengenoemde facetten voor ogen houdend is het begrijpelijk dat ook het behoren tot (een onderneming) waarover in de vorige paragraaf werd gesproken, onder twee opzichten beoordeling behoeft. Onder het opzicht van hetgeen de ondernemer wil dat het geval zal zijn, hetgeen wel weergegeven wordt met de term zeggenschap, alsmede onder het opzicht van wat daarvan op waarneembare wijze in de factische werkelijkheid blijkt. Zie in het bijzonder de conclusie van de A.G. Tak bij H.R. 27 mei 1929, N.J. '29/140, anders Koopmans (blz. 323) menend dat er in wezen slechts één criterium, n.l. het zeggenschapscriterium, zou gelden. Dit is in zoverre juist dat in diepste wezen „das Unternehmen nur aus der Unternehmer erklärt werden

kann" (F. Brecher, *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand*, Bonn 1953, blz. 122), maar dat neemt niet weg dat in de intersubjectiviteit dienaangaande niets te zeggen valt als er niet naar buiten van is gebleken. Denkbaar zou het zijn dat de wetgever bepaalde eisen aan de waarneembaarheid stelt alvorens in juridisch-technische zin van een onderneming te spreken. Bij ons weten is dit *expressis verbis* nergens het geval.

b. Winst

Er is nog een derde reden die, naast het vermelde in de vorige paragraaf en het hiervoor gezegde, er toe dwingt de onderneming naar haar meest wezenlijke kern te beschouwen als een bestemmingsverband. Het met het ondernemingsbegrip verbonden winstbegrip toch berust, zoals J. Savatier (*Mélanges R. Savatier* blz. 874) terecht betoogt, op een vergelijking van baten en lasten door de bestemming tot een economisch doel opgeroepen. Niet elk voordelig vermogensverschil met een in de tijd terugliggend vermogenssaldo laat zich winst noemen. Men behoeft hier slechts te denken aan voordelige verschillen ontstaan door schenking, spel of weddenschap, e.d. om dit in te zien. Indien volgens het Wetboek van Koophandel de prijs op een lot door een N.V. gewonnen wel tot de winst behoort, dan komt dat omdat het betreffende lot behoort tot de door de N.V. gedreven onderneming. Een materiële schenking welke haar grond niet vond in de door de N.V. gedreven onderneming werd door H.R. 4 april 1956, B.N.B. '56/198, noot Tekenbroek, als een kapitaalstorting, als quasi-kapitaal, aangemerkt. Aan het vruchtenbegrip uit de artt. 557 en 558 B.W. ontbreekt zowel het voor het winstbegrip wezenlijke vergelijkingsaspect, als de afgrenzing van de te vergelijken grootheden middels de bestemming. Hier (en zo mogelijk nog sterker in art. 3.1.1.9 ontwerp nw. B.W.) vindt men een essentialistische object-benadering. Het gaat er om wat uit haar aard vrucht is. Art. 3.1.1.9 laat dat 'uit haar aard' ondergaan in de verkeersopvatting. Door de binding intussen van het vruchtenbegrip aan het zaak-, respectievelijk goederenbegrip, is het winstbegrip ook in het ontwerp nw. B.W. niet tot het vruchtenbegrip te rekenen. Ondernemingswinst kan ook niet beschouwd worden als de vrucht van een goed. Met even-

veel of even weinig recht kan winst als de vrucht van arbeid beschouwd worden. In feite is het zo dat het, uitzonderingsgevallen daargelaten, vrijwel nimmer mogelijk is aan te wijzen van welke der tot het ondernemingsdoel medewerkende elementen de winst of gedeelten daarvan een vrucht mag heten. H.R. 15 jan. 1941, N.J. '41/908 schijnt intussen winst wel als vrucht te beschouwen. Anders dan de vrucht laat de winst zich niet zonder meer herkennen. Het is een comptabele grootheid welke zich eerst na vergelijking laat vaststellen. Het is niet wel mogelijk met betrekking tot winst van afscheiding te spreken. Men pleegt dan ook van bestemmingsbegrippen gebruik te maken zoals in de uitdrukking winstbestemming. De H.R. 23 mei 1958, N.J. '58/458 sprak in verband met de vraag wat vrucht is voor een vruchtgebruiker van aandelen in een N.V. van een aan de bedrijfsuitoefening gebonden deel van het vermogen.

c. Goodwill

De onderneming opgevat als een uiterlijk waarneembare bestemming van arbeidskracht, al of niet met behulp van zaken, tot voortbrengingsdoeleinden omwille van daarmee te behalen winst, is vatbaar voor beoordeling uit verschillende oogpunten. Een van de belangrijkste daarbij is het succes dat de effectuering der bestemming afwerpt. Aangezien deze berust op een vergelijking van de baten en lasten door de bestemming opgeroepen, is het duidelijk dat tal van omstandigheden aan de kant van de baten enerzijds en aan de kant van de lasten anderzijds gezamenlijk het succes of mislukken van een onderneming en alle gradaties die daar tussen liggen, bepalen. Aan de kant van de baten zal men allereerst denken aan wat aan derden van het voortgebrachte economisch goed naar hoeveelheid en prijs kan worden afgezet. Aan de kant van de lasten zal men voornamelijk denken aan een gunstige kostenstructuur, zoals lage transportkosten voor aan- en afvoer van producten voortvloeiende uit gunstige ligging ten opzichte van vervoersmogelijkheden over water of over land. In elk handboek over bedrijfseconomie vindt men hiermede verband houdende kwesties besproken.

Voor ons is het belangrijk ons af te vragen of ten aanzien van al die omstandigheden in gelijke zin kan worden ge-

zegd dat deze tot de onderneming behoren. De onderneming begrijpend als een bestemmingsverband moet onderscheid worden gemaakt tussen omstandigheden die dienstbaar zijn aan het ondernemingsdoel en andere die dit niet zijn, hoezeer ook van belang voor de ondernemingsdoel-einden. Zonder afnemerskring kan geen onderneming bestaan en de samenstelling daarvan is van uitzonderlijk groot gewicht voor het succes van de onderneming. Toch kan men niet zeggen dat de afnemers dienstbaar zijn aan het ondernemingsdoel. De onderneming richt zich juist tot de afnemers, veeleer is er sprake van dienstbaarheid aan de afnemers en dat is het wat men met het woord „service” pleegt uit te drukken; dat de service om baat wordt verleend is in dit verband irrelevant.

Behoren de afnemers zelf niet tot de onderneming, daartoe behoren wel alle omstandigheden welke bewerken dat de afzet zich op een zo optimaal mogelijk niveau bevindt en in stand blijft. Het ondernemingsbegrip als zodanig impliceert niets over de wijze waarop de afzet rehtens verzekerd is. Het doet er niet toe of de afzet berust op een merk, een handelsnaam, een model van het economisch goed dat wordt voortgebracht, evenmin of men voor de afzet aangewezen is op koopgewoonten, dan wel zich door langdurige contracten van afzet verzekerd heeft. Behoort de afnemer zelve nimmer tot de onderneming, de gewildheid van het voortgebrachte economisch goed, de contractuele rechten, de handelsnaam of het handelsmerk, de kartelrechten kunnen er wel toe behoren.

Het goodwillbegrip is ons inziens in de eerste plaats de uitdrukking van het te verwachten succes van het bestemmingsverband. Het is dan ook een term die in wezen slechts ten opzichte van de onderneming als geheel gezegd kan worden. Men heeft daarmee op het oog te zeggen dat de vergelijking van de baten en de lasten door het ondernemingsdoel opgeroepen in de toekomst naar verwachting een gunstig beeld zal vertonen. Naar haar inhoudelijke zijde verwijst goodwill naar alle tot de onderneming behorende omstandigheden die de vergelijking van baten en lasten in gunstige zin beïnvloeden. Het is daarbij een relatief begrip in die zin dat de uitgevoerde vergelijking een gunstiger beeld geeft dan bij andere aanwending van de tot de

onderneming behorende arbeid en zaken het geval zou zijn. In zijn arresten van 25 febr. 1925, B. 3586 en 2 maart 1927, B. 4020 heeft de H.R. de mogelijkheid van afschrijving op gekochte goodwill aanvaard, echter blijkens zijn arrest van 1 april 1952, B. 9213 niet verplicht geacht. Deze arresten brengen mee dat het goodwillbegrip ziet op de situatie van een bepaald moment als gefixeerd gedacht, waarvan de betekenis voor het ondernemingsresultaat afneemt naarmate dit moment verder in het verleden ligt. Zulks moet inderdaad voor juist worden gehouden, omdat zich van dag tot dag min of meer ingrijpende wijzigingen voordoen in voor het ondernemingsresultaat relevante omstandigheden. De goodwill kan dan omschreven worden als het geheel van op een bepaald moment tot een onderneming behorende omstandigheden, die bewerken dat de vergelijking van baten en lasten opgeroepen door het ondernemingsdoel naar verwachting in de nabije toekomst relatief gunstiger uitvalt dan bij andere aanwending het geval zou zijn geweest. Ook het goodwillbegrip, gelijk wij voor het ondernemingsbegrip zagen, heeft betrekking op de tot de onderneming behorende arbeid en zaken. Het verschil met het ondernemingsbegrip wordt gevormd door het opzicht waaronder het functioneel verband beschouwd wordt, te weten: de betekenis voor het ondernemingsresultaat. Is dit relatief gunstig, dan heeft de onderneming goodwill. Het zou onjuist zijn onderneming en goodwill te vereenzelvigen, vermits het ondernemingsbegrip niet meer dan het streven naar een gunstig resultaat inhoudt, het goodwillbegrip echter een relatief groter succes van dit streven veronderstelt. Zelfstandig vermogensbestanddeel kan goodwill echter slechts genoemd worden bij het opvatten van het vermogensbegrip in kwantitatieve zin. De goodwill laat zich inderdaad afzonderlijk kwantificeren, inhoudelijk blijft de goodwill echter betrokken op het functionele eenheidsverband zelve, zoals dat op waarneembare wijze gestalte heeft. (verg. H.R. 9 maart 1951, N.J. '52/46, noot Ph. A.N.H.)

Naast het goodwillbegrip dat betrekking heeft op het geheel der omstandigheden wordt deze term ook gebezigd ter aanduiding van een of meer bepaalde omstandigheden. Wanneer men spreekt van de goodwill van een onderneming

bij het publiek wordt uitgedrukt enerzijds de bereidheid van het publiek om gebruik te maken van door die onderneming voortgebrachte goederen, anderzijds, en wel aan de kant van de onderneming, ziet de term op die omstandigheden welke de gewildheid van het economisch goed bij het publiek hebben opgewekt, instandhouden en vergroten. Deze omstandigheden betreffen de aard en kwaliteit van het economisch goed, de wijze waarop en de voorwaarden waaronder dit het publiek wordt aangeboden (verpakking, reclame, garantie enz.), waarbij de persoon van de ondernemer een min of meer grote rol kan spelen.

d. Het drijven

Het bestemmingsverband dat de onderneming is, veronderstelt het beheer en het beschikken anders dan als beheer, alsmede het risico. Het ondernemingsbegrip verwijst dan ook altijd mede naar een subject die beheert, beschikt en het risico draagt, verwijst dan ook altijd naar een ondernemer. Evenals voor het ondernemingsbegrip zegt ook het ondernemersbegrip op zich zelf niets over de rechtsverhoudingen krachtens welke het beheer, het beschikken anders dan als beheer en het risico, kortom het drijven, aan deze toekomt. De eigenaar van een boerderij en van de inspan die zelf exploiteert, drijft een landbouwonderneming, zo goed als een vruchtgebruiker of een pachter van een boerderij met inspan dat kan. (verg. H.R. 25 maart 1948, N.J. '48/280).

Wel moet er sprake zijn van een toekomen uit eigen hoofde en dus niet van een toekomen als vertegenwoordiger. De fabrikant die het in de handel brengen van zijn waren in handen legt van een derde die als vertegenwoordiger optreedt en dit niet zelf op zich neemt, bezit de onderneming welke het in de handel brengen verzorgt alsdan niet. Dit is wel het geval wanneer de fabrikant zelf in de handel brengt dan wel het in de handel brengen geschiedt door een bijkantoor of filiaal of nog door middel van een eigen handelsagentschap. (H.R. 17 febr. 1961, N.J. '62/243, Blaupunkt/Holst, noot H.B. onder '62/246).

In Rb. Haarlem 18 febr. 1964, N.J. '65/402 kan men de gedachte vinden van onafhankelijkheid met betrekking tot feitelijk gebruik voor ondernemingsdoeleinden, als criterium

voor de vraag of voor de toepassing van art. 16, lid 3, Invorderingswet 1845 een gehuurd perceel grond als bodem voor de belastingplichtige mocht gelden. Intussen is ook hiervoor een bepaalde rechtsverhouding niet wezenlijk. De H.R. heeft voor de heffing van de inkomstenbelasting op grond van het Besluit Inkomstenbelasting 1941 aangenomen, dat de vader uit eigen hoofde een onderneming dreef in omstandigheden waarin zijn kinderen gezamenlijk volgens de regels van het erfrecht tot die onderneming medegerechtigd waren, terwijl ten opzichte van deze kinderen niet werd aangenomen dat een onderneming mede voor hun rekening gedreven werd. (H.R. 15 nov. 1950, B. 8888).

§ 4

DE ONDERNEMING EN HET PRIVAATRECHT IN HET ALGEMEEN

Het moge zo zijn dat de onderneming of het drijven van een onderneming op zich zelf niet bepaalde rechtsverhoudingen ten opzichte van de delen of het geheel impliceren, dat wil nog niet zeggen dat het recht onverschillig kan en mag blijven ten opzichte van een stuk menselijke werkdadigheid dat zo'n belangrijke plaats inneemt in 's mensen welvaartsstreven. Uit hetgeen wij in paragraaf 2 hebben vermeld blijkt wel, dat het recht zich in feite met het ondernemingsgebeuren bezig houdt. Het behoeft nauwelijks nader betoog dat het recht zijn bemoeienissen steeds verder uitstrekt. Het moet hierbij opvallend heten dat het privaatrecht en de privaatrechtswetenschap in Nederland tot voor een tiental jaren niet dan beperkte aandacht aan privaatrechtelijke vraagstukken met betrekking tot de onderneming schonken. Voor een deel is dat minder verwonderlijk dan men op het eerste gezicht geneigd zou zijn aan te nemen.

Het privaatrecht omvat die rechtsregels aangaande intersubjectieve betrekkingen welke creatie en handhaving in beginsel aan het particuliere subject is overgelaten. Weliswaar is het privaatrecht, zoals dat in het B.W. en in het W.v.K. is neergelegd, doortrokken van tal van regels van dwingende aard, dit dwingende karakter beperkt zich tot de inhoudelijke zijde van de intersubjectieve rechten

en plichten, terwijl het afdwingen van de naleving en de handhaving vrijwel geheel bij de particulier is gebleven. De gevallen waarin de overheid bevoegdheden ter zake toekomen zijn beperkt in aantal. Men kan ze aantreffen in het familierecht en in het rechtspersonenrecht. De basis van ons privaatrecht is de particuliere vrijheid, welke voor het vermogensrecht gestalte heeft gekregen in de aanwendingsvrijheid besloten in het eigendomsrecht en in de contractsvrijheid als fundament van het verbintenissenrecht. Op de bodem van de daarmee gegeven autonome ruimte heeft zich de onderneming en het drijven van een onderneming kunnen ontwikkelen. Nu is het zeker waar dat deze autonome ruimte — en een boek als dat van Valkhof (*Een eeuw rechtsontwikkeling*, 2e dr. 1949) legt daar overvloedig getuigenis van af — aan omvang heeft ingeboet. De onderneming en het drijven van een onderneming maken deel uit van een bedrijfstak en worden opgenomen in een nationaal en supranationaal bestel. De overheid heeft zich zowel van directe middelen, zoals de prijzenwet, als van indirecte middelen, zoals de belastingheffing weten te verzekeren om het ondernemen te beïnvloeden. Voor het privaatrecht is op dit punt geen taak.

Alvorens na te gaan welke de taak is die wel door het privaatrecht kan worden vervuld en de juridische techniek waarvan zij zich zou moeten bedienen, zouden wij eerst nader de plaats willen bepalen die de onderneming en het drijven van een onderneming in het privaatrecht heeft of behoort te hebben. Hiermede willen wij niet de discussie heropenen over de vraag of het privaatrechtelijk ondernemingsrecht in een afzonderlijk wetboek dient te worden ondergebracht. Wij willen ons bezinnen op de vraag hoe begrippen als onderneming en ondernemer, die als zodanig rechtskwesties in het midden laten, moeten worden geplaatst en wat deze plaatsing dan wil zeggen voor het aangrijpingspunt der rechtskwesties.

a. de vrijheid om een onderneming te drijven.

Voor een belangrijk deel wordt het plaatsingsprobleem opgeroepen doordat het ondernemen in diepste wezen een bepaalde manier van bezig zijn, van handelen, van arbeid veronderstelt en daarmee raakt aan wat ten nauwste met

het mens-zijn verbonden is. Indien art. 23, lid 1, van de Universele verklaring van de rechten van de mens aan ieder het recht op arbeid en het recht op vrije keuze van beroep toekent (in het Frans weergegeven als *toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail* en in het Engels als: *Everyone has the right to work, to free choice of employment*) en art. 4 van het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (goedgekeurd bij de wet van 28 juli 1954, S. 335) uitdrukkelijk elke vorm van gedwongen arbeid, behoudens een viertal uitzonderingen, verbiedt, dan moet men zeggen dat de onderneming als uiterlijk waarneembare bestemming van arbeidskracht tot de voortbrenging van economische goederen in diepste wezen berust op een persoonlijkheidsrecht, bestaande in de vrijheid om een onderneming te drijven in de volle zin des woords, dus mede omvattende haar oprichting en de staking daarvan.

Ons beperkend tot het privaatrechtelijk vlak moet men als beginsel voorop stellen dat ieder vrij is een onderneming te drijven. Bij herhaling ziet men de H.R. de vrijheid van handel en bedrijf mede de inhoud doen bepalen van de rechten en plichten in de private rechtsbetrekkingen (zie o.a. Staat/Bona H.R. 18 febr. 1949, N.J. '49/357). Dat wil niet zeggen dat er privaatrechtelijk geen grenzen zijn aan de vrijheid om te ondernemen. Deze zijn er wel. In het kader van dit geschrift behoeven wij daarop niet in te gaan. Bij wijze van voorbeeld moge gewezen worden op het schoonheidssalonarrest (H.R. 26 april 1963, N.J. 1963/332, noot J.H.B.). Het ging daarbij onder meer om de vraag of de gehuwde vrouw een onderneming mag drijven tegen de zin van haar echtgenoot in. Het Hoge College beantwoordde deze vraag bevestigend met dien verstande, dat de H.R. een ondergrens aanvaardde des dat de vrouw zich daarbij heeft te onthouden van gedragingen die van dien aard zijn, dat van de man in redelijkheid niet kan worden verlangd ze te dulden. De regel vervat in art. 159, lid 1, B.W. bepalende dat de man het hoofd der echtvereniging is, speelde kennelijk geen rol voor de vrijheid van de gehuwde vrouw tot het drijven van een onderneming. Indien men aanneemt dat de H.R. zich verenigt met de opvatting van het merendeel der schrijvers

(de Bruyn, blz. 49 en Luyten, blz. 5) dat art. 159, lid 1, B.W. slechts betekenis heeft buiten het eigenlijke huwelijksvermogensrecht, volgt uit evengenoemd arrest tevens dat de H. R. het drijven van een onderneming en daarmee ook de onderneming privaatrechtelijk tot het vermogensrecht rekent.

Wij menen dat zulks slechts tot op zekere hoogte juist is. Het ondernemen vraagt allereerst het engagement van de menselijke persoon en blijft dit vragen. Daardoor is het dat de ondernemingsproblematiek, hoezeer ook tot op zekere hoogte van vermogensrechtelijke aard, verweven blijft met intersubjectieve betrekkingen van andere aard, die mede het engagement van de menselijke persoon betreffen. Binnen het huwelijk met name vallen veel meer betrekkingen dan de zulke van vermogensrechtelijke aard te onderkennen. Een rechtsbeschouwing die de gehele werkelijkheid recht wil doen, zal de vermogensrechtelijke betrekkingen inhoudelijk mede moeten doen bepalen door die andere betrekkingen, omgekeerd zullen deze de invloed van de vermogensrechtelijke ondergaan. De getrouwheid, hulp en bijstand waarover art. 158 B.W. spreekt strekt zich uit tot de gehele intersubjectieve relatie der echtelieden. Deze getrouwheid, hulp en bijstand mag ook worden verwacht als het gaat om het drijven van een onderneming en strekt zich met name uit tot het scheppen van de voorwaarden om het drijven van een onderneming mogelijk te maken. Omgekeerd zal de man of de vrouw die een onderneming drijft zich daarbij moeten houden aan de grenzen welke niet alleen door het eigenlijke vermogensrecht, maar door de gehele intersubjectieve relatie worden bepaald. Met alle respect voor de H.R. menen wij dat het misbruikcriterium uit het schoonheidssalonarrest onvoldoende recht doet aan de wederkerige doordringing van intersubjectieve betrekkingen van onderscheiden, maar in casu niet te scheiden aard.

Naar ons gevoelen mag bij het probleem dat ons hier bezig moet houden nimmer het persoonlijkheidsrecht, bestaande in de vrijheid van keuze betreffende de aanwending van zijn arbeidskracht, worden vergeten. Aangezien de onderneming in diepste wezen door arbeid wordt opgericht en

in stand gehouden, is het niet mogelijk de onderneming restloos in het vermogensrecht te doen opgaan, zonder het persoonlijkheidsrecht te miskennen. Dit kan men ook aantreffen bij M. Despax, *L'entreprise et le droit* (Parijs 1957). Het begrip „entreprise” wordt tegenover het begrip „fond de commerce” geplaatst, welk laatste begrip als uitsluitend omvattend de lichamelijke en onlichamelijke zaken wel van zuiver vermogensrechtelijke aard wordt geacht.

b. Het vermogensrechtelijk aspect.

Onder vooropstelling van de beschreven beperking kan de vraag gesteld worden in hoeverre de ondernemingsproblematiek van vermogensrechtelijke aard mag heten. Dan moet eerst onderzocht worden wat onder vermogensrecht dient te worden verstaan. Daartoe zouden we allereerst stil willen staan bij het vermogensbegrip. Men kan al dadelijk een terminologische moeilijkheid constateren, welke in het bijzonder in de bedrijfseconomie een rol speelt. De ene school noemt vermogen wat de andere school kapitaal noemt en omgekeerd. De Amsterdamse school gebruikt de term kapitaal ter aanduiding van de tot de onderneming behorende zaken en de term vermogen als kwantitatief begrip ter aanduiding van de in de zaken besloten koopkracht. Het totaal der koopkrachteenheden besloten in de zaken vormt het vermogen ener onderneming. Vermogensvormen zijn de verschillende wijzen waarop een bedrijfshuishouding de beschikking heeft over de in de zaken besloten koopkrachteenheden. De balans heet een vermogensstaat want deze vermeldt koopkrachteenheden en wel aan de debetzijde met vermelding van de zaken waarin de koopkracht besloten is en aan de creditzijde de bronnen waaruit de koopkracht werd verkregen. Voor de Rotterdamse school is vermogen wat voor de Amsterdamse school kapitaal is en kapitaal wat voor de andere school vermogen is. De balans is dan dus een kapitaalsstaat. Voor de bedrijfseconoom van de Amsterdamse school is het mogelijk te zeggen dat zaken tot een onderneming behoren die geen vermogen voor de ondernemingshuishouding zijn, n.l. dan indien deze geen beslag leggen op beschikbare financieringsmiddelen. Een gehuurd fabriekspand b.v., welker huur achteraf wordt betaald en waaraan geen enkele voorziening is getroffen ten laste van de onderneming

welks doeleinden dit dient is wel een kapitaalgoed, echter geen vermogensbestanddeel.

Een jurist zal niet aarzelen het huurrecht een vermogensrecht te noemen en dat wijst er al op dat de jurist onder vermogen iets anders verstaat dan een kwantitatieve grootheid. Hij zal erkennen dat het vermogensbegrip tot de economische sfeer behoort en daarmee gesitueerd moet worden in de sfeer van het welvaartsstreven van de mens. Voor de jurist gaat het daarbij niet om dit welvaartsstreven zonder meer en onder welk opzicht dan ook, maar om de vraag hoe de betrekkingen tussen de mensen bij hun streven naar welvaart in het algemeen worden of behoren te worden geregeld des dat ieder „het zijne” krijgt. Het gaat in het recht om een zekere „suum”-ordening en in het privaatrecht dan om de „suum”-ordening welke creatie en handhaving aan de individuele mens zelf is overgelaten. Het privaatrechtelijk vermogensbegrip zou in algemene zin omschreven kunnen worden als verwijzende naar al hetgeen rechtens geschikt is aan ieders individuele welvaart bij te dragen op door deze zelf te bepalen en zonodig zelf af te dwingen wijze. Hierbij moeten twee kanttekeningen worden geplaatst.

1e. Indien men al aanvaardt dat vermogen is al hetgeen rechtens geschikt is om aan ieders individuele welvaart bij te dragen, dan is daarmee nog niet gezegd dat dit ook het begrip vermogen vertegenwoordigt in technisch-juridische zin.

2e. Onder dit vermogensbegrip valt niet hetgeen krachtens publiekrecht aan ieders individuele welvaart vermag bij te dragen.

Ad. 1. Naar spraakgebruik zal men de woning of het fabriekspand zelf aanwijzen als hetgeen tot de welvaart bijdraagt en van mijn woning of mijn fabriek spreken, onverschillig of dit „mijn” berust op eigendom, vruchtgebruik, huur enz. Zo is het niet in het privaatrecht. Niet het stoffelijke voorwerp zelf behoort tot het vermogen maar het recht daarop. Daarmee levert het positieve recht een bijzonder knappe verbinding van rechtsidee en rechtstechniek. Aldus toch behoort rechtens een stoffelijk voorwerp tot iemands vermogen op de wijze waarop dit volgens het positieve recht op hem geordend is, en behoort het voor-

werp van een door iemand aan een ander verschuldigde prestatie niet zijnde een stoffelijk voorwerp eveneens tot het vermogen van die ander op de wijze waarop dit positiefrechtelijk op hem geordend is. Mag men nu zeggen dat technisch-juridisch gesproken het begrip vermogen in vermogensrecht alleen maar de vermogensrechtelijke subjectieve rechten omvat? Wij menen dat, daargelaten de identificatie van het eigendomsrecht en het voorwerp daarvan, een zodanige stelling in twee opzichten onjuist zou zijn. Vooreerst valt te wijzen op de omstandigheid dat van een vermogensrechtelijke „suum“-ordening sprake kan zijn zonder dat deze juridisch-technisch het karakter heeft van een subjectief recht. Daartoe kan gewezen worden op het arrest Hyster, Karry Krane, (H.R. 26 juni 1953, N.J. '54/90) ingevolge welk arrest een zekere wijze van uitvoering als iemands „zijne“ kan gelden, zonder dat van een subjectief recht sprake is (zie ook Grundig/Nibeja, H.R. 12 jan. 1962, N.J. '62/246 volgens welk arrest het ondermijnen van iemands export- en verkooporganisatie in omstandigheden onrechtmatig kan zijn).

Vervolgens veronderstelt elk recht een plicht. In de wetenschap maakt men om het karakter van een recht te bepalen gebruik van de plicht. Zo worden absolute vermogensrechten onderscheiden van relatieve vermogensrechten, onder meer met behulp van het criterium of de plichten ter zake ieder ander, onverschillig wie, betreffen dan wel een of meer bepaalde rechtssubjecten. Wij menen dan ook met Beekhuis (Asser-Beekhuis, druk van 1957, blz. 2) dat het vermogensbegrip ook de plichten omvat (aldus uitdrukkelijk in art. 1.8.2.8. nw. B.W.), waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat in alle gevallen waarin de wetgever het woord vermogen bezigt dit mede de plichten omvat. Deze overwegingen brengen ons er toe te menen dat het privaatrechtelijk vermogensbegrip het best te omschrijven ware als verwijzende naar de „suum“-ordening betreffende hetgeen rechtens geschikt is bij te dragen tot ieders individuele welvaart op door deze zelf te bepalen en zo nodig zelf af te dwingen wijze. Het vermogensrecht omvat dan dat gedeelte van het privaatrecht dat de intersubjectieve betrekkingen uit een oogpunt van „suum“-ordening regelt, voor zover deze voortvloeien uit 's mensen welvaartsstre-

ven. Dit vermogensrechtbegrip wil niet zeggen dat er buiten hetgeen de wetgever in technisch-juridische zin als vermogensrecht bijeengevoegd heeft geen intersubjectieve relaties die uit het welvaartsstreven voortvloeien, worden aangetroffen. Deze zijn door de wetgever om wille van andere, dominant geachte, factoren buiten het vermogensrecht in technische zin geplaatst, aldus met name het huwelijksvermogensrecht. De interdependentie der rechtsdelen brengt mee dat in technische zin gescheiden regelen elkaar over en weer beïnvloeden.

Voor het zakenrecht is in het geldende B.W. de geschiktheid om aan ieders individuele welvaart bij te dragen in technisch-juridische zin beperkt tot stoffelijke voorwerpen en rechten, in het verbintenissenrecht ontbreekt zulks (zie het in paragraaf 1 vermelde). Art. 3.1.1.5 ontwerp nw. B.W. kent naast de in art. 3.1.1.1 genoemde stoffelijke voorwerpen een begrip vermogensrecht gekenmerkt door verhandelbaarheid, of door geschiktheid tot verschaffing van een stoffelijk voordeel, of verkregen door toezegging van een stoffelijk voordeel. Aldus menen wij, ontvangt in het ontwerp het waardelement in financiële zin te veel accent. Naar ons gevoelen brengt het ontwerp een beperking van het voorwerpbegrip mee dat in het geldende verbintenissenrecht niet bekend is.

Ad. 2. De overheid laat zich in versterkte mate met 's mensen welvaartsstreven in en maakt daarbij van een groot aantal middelen gebruik, niet enkel door oprichting en instandhouding van daartoe dienstige centrale voorzieningen zonder onderscheid des persoons, zoals de aanleg van openbare weg- en waterwegen, maar ook door middel van individueel gerichte maatregelen aan het welvaartsstreven specifiek leiding te geven. Het behoeft geen betoog dat centrale voorzieningen geen deel kunnen vormen van een privaatrechtelijk vermogen. Voor wat betreft de individueel gerichte maatregelen en daaronder met name de vergunningen is de kwestie minder eenvoudig. Men kan hier denken aan vergunningen krachtens de Vestigingswet Bedrijven 1954, de Drankwet, de Wet Autovervoer Personen, de Wet Autovervoer Goederen, de In- en Uitvoerwet en vele andere. Degene die een dergelijke vergunning heeft, beschikt daarmee over bijzondere mogelijkheden bij zijn

streven naar welvaart. Op grond van de omstandigheid dat overheidsvergunningen in haar gehele rechtswerking door het publiekrecht worden beheerd, achten wij het onjuist deze onder een privaatrechtelijk vermogensbegrip te brengen. De H.R. (27 febr. 1942, N.J. '42/350) heeft een teelrecht als een vermogensrecht aangemerkt en het Hof 's-Gravenhage (1 nov. 1961, N.J. '62/511) heeft ten aanzien van een vergunning op vervoersgebied geoordeeld dat deze in iemands faillissement viel. Uit beide arresten blijkt intussen dat het niet zozeer de vergunning is welke in een faillissement valt als wel de mogelijkheden om in verband daarmee prestaties van derden te bedingen en deze zijn ongetwijfeld van vermogensrechtelijke aard voor zover verband houdend met het menselijk handelen bij het streven naar welvaart. Strikt genomen is het ons inziens minder zuiver te zeggen dat de overheidsvergunning een vermogensrecht is. In wezen gaat het hierom dat het vermogensrechtelijke mede bepaald wordt door rechtsregels van andere aard. En dat is eigenlijk niets anders dan zeggen dat het vermogensrecht de rechtsorde niet uittputtend omvat, maar als deel daarvan de inwerkingen van de gehele rechtsorde ondergaat.

c. Slot.

Als wij nu terugkeren naar de vraag waar de ondernemingsproblematiek privaatrechtelijk moet worden geplaatst, dan mogen we zeggen dat dit inderdaad het vermogensrecht is. De onderneming en het drijven van een onderneming heeft als gericht op de voortbrenging van economische goederen omwille van daarmee te behalen winst immers alles te maken met 's mensens welvaartsstreven. Omdat de onderneming een functioneel verband is mogen wij voorts zeggen dat een en ander in de door het positieve recht geprojecteerde vermogensrechtelijke „suum“-ordening daar aangrijpt, waar hetgeen rechtens geschikt is om bij te dragen tot ieders individuele welvaart, inderdaad daartoe op uiterlijk waarneembare wijze in een samenhangend verband wordt aangewend. Met andere woorden de juridische ondernemingsproblematiek is een aanwendingsproblematiek binnen de vermogensrechtelijke „suum“-ordening. De taak die in dit licht gezien op het privaatrecht rust is die van het opsporen van hetgeen de *jure constituto* of de

jure constituendo recht is c.q. behoort te zijn voor de inhoudelijke zijde van de intersubjectieve betrekking of de „suum”-ordening bij een aanwending in het functionele verband van een onderneming van hetgeen zich daar rechtens toe leent.

Men moet zich afvragen of niet door het gehele vermogensrecht heen de aanwending meer tekening dient te ontvangen dan deze in het geldende recht heeft, omdat „les métiers sont devenus les premiers de tous les biens” (R. Savatier, *les métamorphoses*, 2e serie, Parijs 1959, blz. 39). Hierbij ondervindt men een zekere weerstand voortkomend uit het vermogensbegrip zelf, dat immers meer ziet op het verworvene dan op het verwerven.

Het zal duidelijk zijn dat wij geen moeite hebben om de arbeidsovereenkomst van vermogensrechtelijke aard te achten, onder erkenning van de invloed daarop van andere rechtsdelen. Hiertoe kan men niet komen als men, zoals Pinkaers (prf. blz. 156), zich gaat afvragen of de arbeid zelve vermogensbestanddeel is. Terecht ontkent Pinkaers dit laatste. De conclusie dat dan de arbeidsovereenkomst niet van vermogensrechtelijke aard is, is echter onjuist, vermits het vermogensrecht niet is het recht betreffende de vermogensbestanddelen, maar het recht betreffende de intersubjectieve betrekkingen voor zover die voortvloeien uit 's mensen welvaartsstreven. Anders dan Koopmans (blz. 73) menen wij dat ook niet decisief is de gerichtheid van de arbeid op een voor een ander relevant resultaat. Niet dat zulks de arbeidsovereenkomst niet zou begeleiden. Per definitie gaat het in de arbeidsovereenkomst om het verrichten van arbeid voor een ander met uiteraard ten minste verwacht resultaat voor de ander. Wat de arbeidsovereenkomst vermogensrechtelijk maakt is het welvaartsstreven van althans een der partijen.

§ 5

DE ONDERNEMING ALS VOORWERP VAN RECHTSHANDELINGEN

Technisch gesproken zou de vermogensrechtelijke „suum”-ordening langs verschillende wegen te bereiken zijn. Aan het geldende recht zouden daarvoor technieken kunnen

worden ontleend. Het vraagstuk toch van de juridische behandeling van samenhangen is een vraagstuk dat zich bij herhaling voordoet. Er kan geen sprake van zijn om zulks binnen het kader van dit prae-advies te onderzoeken. Wij menen hierover in algemene zin iets te moeten zeggen omdat het ons voorkomt dat daardoor duidelijker kan worden langs welke wegen de jure constituendo de privaatrechtelijke ondernemingsproblematiek oplossing verdient.

a. Mogelijkheden tot juridisch-technische uitwerking van ondernemingsverschijnselen.

In grote lijnen kan men van de juridisch-technische oplossingen van het samenhangprobleem zeggen dat deze te onderscheiden zijn in dezulke welke de oplossing zoeken aan de zijde van de subject-pool der „suum“-ordening en andere die dit doen aan de zijde van de object-pool. Hier tussenen bewegen zich dan de oplossingen die zich richten op de inhoudelijke zijde der „suum“-ordening, op hetgeen een of andere samenhang te betekenen heeft voor de inhoudelijke zijde van rechten en plichten. Het is aan deze derde wijze waaraan wij de voorkeur zouden geven wanneer het gaat om de ondernemingsproblematiek. Wij menen dat aldus de rechtswerking van de onderneming door de gehele Nederlandse rechtsorde langs dezelfde juridisch-technische lijnen verloopt, waarbij verschillen in concrete gestalte voor bijzondere onderdelen van het recht geheel begrepen kunnen worden uit de bijzondere functie welke dat onderdeel in de rechtsorde heeft te vervullen. Aldus, menen wij, zal de harmonie hersteld kunnen worden die dreigt verloren te gaan.

In het rapport van de commissie Verdam „Herziening van het ondernemingsrecht“ komt de onderneming juridisch-technisch enerzijds naar voren als een rechtspersoon en anderzijds als voorwerp van een complex handelingen (het drijven), situering dus zowel aan de zijde van de subject-pool als aan de zijde van de object-pool.

Art. 1 van het voorontwerp van de wet op de jaarrekening van ondernemingen verstaat onder onderneming: de naamloze vennootschap, de coöperatieve vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij, alsmede de landbouwcre-

dietbank in de zin van art. 1, eerste lid onder c, van de Wet toezicht kredietwezen, ook indien zij geen coöperatieve vereniging is.

Hier treft men aan een identificatie van rechtspersoon en onderneming. Zulks leidt in dit voorontwerp tot merkwaardige bepalingen. Als art. 2 van evengenoemd voorontwerp voorschrijft dat de jaarrekening inzicht moet verschaffen in het vermogen, de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming (= N.V. onder andere), dan zijn dat inderdaad begrippen die ten opzichte van een subject kunnen worden gebezigd. Maar als in dat artikel ook gezegd wordt dat de jaarrekening inzicht moet verschaffen in de rentabiliteit van de onderneming, dan is men geneigd te zeggen dat dit slechts mogelijk is wanneer met de onderneming niet de N.V. wordt bedoeld, maar de onderneming van de N.V. Rentabiliteit toch is een begrip dat wel met betrekking tot een object echter niet ten opzichte van een subject kan worden gebruikt zonder de taal geweld aan te doen.

Art. 10, lid 2, van hetzelfde voorontwerp bepaalt dat in een vervoerbedrijf „de vervoermiddelen die de onderneming tot de uitoefening van haar bedrijf bezigt, afzonderlijk worden vermeld”. Blijkbaar is het dan mogelijk te onderscheiden tussen vervoermiddelen die de onderneming (= N.V.) tot de uitoefening van haar bedrijf bezigt en andere vervoermiddelen. Maar dan wordt de N.V. ten onrechte met de onderneming geïdentificeerd, wordt deze lijn althans niet doorgetrokken. In geval van een volgehouden identificatie toch behoren per definitie alle zaken tot de onderneming.

In art. F. van het voorontwerp van de Wet op de ondernemingsraden vindt men inderdaad gesproken worden van de rechtspersoon die de onderneming drijft. Dit kan men ook lezen in art. H. van het voorontwerp van een Wet tot wijzigingen met betrekking tot het commissariaat in de N.V. In dit voorontwerp treft men overigens een duidelijke vermenging aan van vennootschapsaangelegenheden en ondernemingsaangelegenheden, zo in art. L. tot invoering van art. 50j in het W.v.K. waarin men de wijziging van de akte van oprichting vermeld vindt evenals de verplaatsing van de door de N.V. gedreven onderneming.

In vele gevallen gaat de identificatie van onderneming en N.V. ook niet op. Hoe vaak toch komt het niet voor dat het vermogen ener N.V. vermogensbestanddelen omvat in werkelijkheid vreemd aan de door deze gedreven onderneming, zoals willekeurige effecten ter belegging van overtollige reserves en anderzijds in de onderneming bestanddelen werkzaam zijn welke niet tot het vermogen van de N.V. behoren. Bekend is het geval dat zich in Frankrijk bij de nationalisatie der Renault-fabrieken voordoed. Aan de onderneming dienstbare bestanddelen behoorden deels in eigendom toe aan de S.A. Usines Renault, deels aan L. Renault in privé. Deze laatste bezat privé in eigendom terreinen, sommige fabriekseenheden, aandelen in N.V.-en die overigens een integrerend deel van het gedeel der produktie verzorgden, enz., zonder dat de S.A. Usines Renault met betrekking tot deze bestanddelen in een bepaalde rechtsverhouding tot L. Renault in privé stond krachtens welke de bedoelde bestanddelen tot het als eenheid begrepen ondernemingsdoel medewerkten. Bij de artt. 3 en 4 der ordonnantie van 16 jan. 1945 werd de nationalisatie betrokken op „tous les biens utiles à l'exploitation technique, financière ou commerciale des Usines Renault ou au fonctionnement de leurs œuvres sociales”. (Over een geval van ontbreken van bepaalde rechtsverhoudingen met betrekking tot het gebruik van onroerend goed eigendom van N.V. A. door N.V. B, welke N.V.-en nauw met elkaar verbonden waren, G.M.J. Roessel in N.V. okt. 1963, jrg. 41, no. 7, blz. 109).

Een duidelijke juridisch-technische situering van de onderneming aan de zijde van de subject-pool kan men vinden bij 's Jakob (Eggensnummer W.P.N.R., '61/4701), daarbij de onderneming = rechtspersoon beperkend tot het economisch ordeningsrecht. Ook Brüll (Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, prf. 1964, blz. 18) schijnt de onderneming zonder rechtspersoonlijkheidstrekken niet te kunnen begrijpen. Een zeer uitgesproken verdediging van de onderneming zelf rechtspersoon wordt de jure constituendo voorgestaan door M. Despax (o.c. blz. 172), die dit overigens de jure constituto reeds gerealiseerd acht in de Europese Verdragen, te weten het K.S.G.-, E.E.G.- en Euratom-verdrag. In de Nederlandse litera-

tuur hebben wij een zo uitgesproken opvatting als die van Despax niet aangetroffen. Polak gaat misschien — zij het zeer voorzichtig — in deze richting wanneer hij in zijn Themis-artikel (1960, blz. 162) de algemeenheid van goederen uit het ontwerp Meijers als een overgangsvorm naar de rechtspersoonlijkheid ziet.

In een althans taalkundige identificatie van N.V. en onderneming wordt blijkens de tekst zoals die door zeer gezaghebbende personen wordt gebezigd, geen bezwaar gezien. Een recent arrest van de H.R. (1-12-1963, B.N.B. '66/17) sprak over de „feitelijke toestand dat afzonderlijke naamloze vennootschappen tezamen één onderneming vormen”. Bij v. d. Heijden-v. d. Grinten kan men lezen over de omzetting van een onderneming in een naamloze vennootschap. Wij geloven dat dit onjuist is en tot verwarring leidt. Met alle respect voor de H.R., de schrijver van het bedoelde handboek, de auteurs van het rapport van de commissie Verdam en zo vele anderen die in dezelfde geest spreken, menen wij dat, om ons te beperken tot de beide zoëven gesignaleerde voorbeelden, aan duidelijkheid gewonnen wordt indien de H.R. had gesproken van afzonderlijke naamloze vennootschappen die tezamen één onderneming drijven en het bedoelde handboek over wijziging in het rechtssubject dat de onderneming drijft of, als men wil, omzetting aan de zijde van de ondernemer. Wij willen hierop thans niet dieper ingaan en volstaan om met instemming de woorden van Ripert aan te halen „il ne faut pas (davantage), et on le fait trop souvent à tort, confondre le droit des sociétés et le droit de l'entreprise” (Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2e dr., Parijs 1951, blz. 110).

Juridisch-technische situering van de onderneming aan de zijde der object-pool bevat art. 3.1.11 ontwerp nw. B.W. inhoudende de erkenning van de onderneming als algemeenheid van goederen op dezelfde voet als de nalatenschap, de huwelijksgemeenschap, het vennootschappelijk vermogen en het door giften voor een bepaald, tijdelijk doel bijengebrachte vermogen. Als algemeen bezwaar tegen de vermelding van de onderneming in dit artikel tezamen met de overige daar genoemden moet worden aangevoerd dat de onderneming naar haar fenomenale zijde

wezenlijk anders is dan de overige figuren. Dit wezensverschil komt hieruit voort dat de stoffelijke voorwerpen en rechten behorende tot de onderneming hun ondernemingsbetekenis en hun maatschappelijke waarde als behorende tot de onderneming ontleen aan het werk en de activiteit van de ondernemer en van alle overige personen die op welke plaats dan ook medewerken aan de bereiking van de ondernemingsdoeleinden. Voor zover de medewerking van laatst bedoelde personen berust op rechten kan men deze rechten begrepen achten onder het begrip goederen. Zulks is echter niet mogelijk met betrekking tot de arbeid van de ondernemer. Voor de andere als algemeenheden aangemerkte figuren doen de goederen zich voor als uit zich zelf waarde hebbende.

De onderneming is uit haar aard verwerkelijking van de mogelijkheden van de goederen en van de arbeidsvrijheid. Om van een nalatenschap, huwelijksgemeenschap enz. te kunnen spreken is realisering van de aanwendingspotentialiteit besloten in de goederen niet nodig, terwijl de arbeidsvrijheid zelfs in abstracto genomen op geen enkele wijze door deze figuren wordt geïntendeerd.

b. Mogelijkheden en behoefte aan wettelijk geregelde voorwerp-constructie bij rechtshandelingen ter zake van een onderneming.

Met het gesloten stelsel van rechtspersonen zoals dat voor ons toekomstig recht in boek 2 van het n.w. B.W. is aanvaard, is de beschouwing van de onderneming als rechtspersoon niet verenigbaar. Omwille van de harmonie binnen de rechtsorde moet dan de rechtspersoonlijkheid van de onderneming in onderdelen van het recht worden afgewezen. Evenzeer moet worden afgewezen de aanvaarding voor het wordende privaatrecht van de onderneming als algemeenheid van goederen indien zulks niet verenigbaar zou zijn met de visie op de onderneming zoals deze uit de bijzondere wetten blijkt. Alles tenzij anders gevorderd door de functie welke te onderscheiden delen van de rechtsorde, in het bijzonder hebben te vervullen.

Al het hiervoor betoogde heeft de conclusie al voorbereid dat het niet mogelijk is de onderneming in juridisch-technische zin als een samenstel van stoffelijke voorwerpen en rechten te beschouwen zonder de ondernemingswerkelijk-

heid, zowel als het begrip daarvan in de bijzondere wetten, geweld aan te doen. Wanneer men goederen in 3.1.1.11 ontwerp nw. B.W. opvat in dezelfde zin als bedoeld in art. 3.1.1.8 introduceert men in het recht een ondernemingsbegrip dat de onderneming slechts ten dele dekt, n.l. slechts voor zover de tot de onderneming behorende bestanddelen stoffelijke voorwerpen of rechten zijn. Nu zou men dat inderdaad moeten aanvaarden indien zulks door de materie der privaatrechtelijke rechtshandelingen ter zake van ondernemingen zou worden gevorderd. Zulks is echter naar ons gevoelen niet het geval. Om dit nader toe te lichten zouden wij eerst willen teruggrijpen naar hetgeen wij in paragraaf 1 reeds over het voorwerpbegrip hebben gezegd en op dit begrip hier nog wat verder willen ingaan.

Als men spreekt over koop, huur enz. van een onderneming is de onderneming daarmee gesitueerd aan de object-pool. Op zich zelf is dit niets bijzonders. De menselijke existentie brengt mee dat de mens altijd slechts over *iets* kan praten. Hetgeen waarover de mens spreekt heeft noodzakelijk object-trekken. De mens is ook zichzelf tot op zekere hoogte object en met name in de zelfreflectie. De gehele idee der „suum“-ordening laat zich slechts verstaan als een ordening van iets op iemand. Als Gerbrandy (R.M. Themis 1965, blz. 128) opmerkt dat wij behoefte hebben aan een onderscheid tussen een recht en het voorwerp van dat recht, dan berust deze behoefte op de voor de menselijke existentie in het algemeen en voor de rechtvaardigheid in het bijzonder wezenlijke subject-object relatie.

Niet alles echter wat de mens bij de beoefening van zijn bestaan tot object maakt is vatbaar om als object in de „suum“-ordening te staan. Het geldende recht zelf sluit van de private „suum“-ordening uit wat men zaken buiten de handel noemt. Positief gezegd kunnen, om met J. Dabin (zie hierover bij W. Jonkers, Het subjectieve recht in het licht der gerechtigdheid, prf. 1962) te spreken, rechte slechts voorwerp zijn „les choses susceptibles d'appartenance“. Brecher (o.c. blz. 29) benadert dit als volgt: „Rechtsgegenstand aber kann nur ein solcher sein, bei dem über die allgemeine Ichbezogenheit hinaus eine nach aus-

zen erkennbare *spezielle Relation* zu einer bestimmten Person besteht, derart, dass ein Eigenbereich sich bildet, der für andere nicht ebenso zugänglich, dessen Objekt ihnen also nicht in gleicher weise gegenständlich ist". Aldus eist Brocher niet alleen vatbaarheid voor toebehoren, maar een vorm van daadwerkelijk toebehoren aan een subject. Naar onze mening gaat deze eis te ver. Zeker voor het afzonderlijk rechtsbestaan is het daadwerkelijk toebehoren soms noodzakelijk, maar dat verhindert niet een rechtsobject aanwezig te achten als er vatbaarheid voor toebehoren is (verg. H.R. 3 april 1914, N.J. '14/661 betreffende de eigenaar die een erfdiensbaarheid ten laste van zijn eigendom vestigt en daarmee een „goed" in de zin van art. 1703 B.W. uit zijn vermogen afscheidt). Waar het om gaat is natuurlijk de vraag wanneer die vatbaarheid voor toebehoren aan de dingen kan worden toegekend. In juridisch opzicht kan alles object genoemd worden waarvan het recht vatbaarheid voor toebehoren aanvaardt. Dit laat zich intussen bezwaarlijk met een algemene formule uitdrukken zonder tevens voor ogen te hebben om welke wijze van toebehoren het eigenlijk gaat. Wat voorwerp van een verbintenis kan zijn hoeft nog niet ook voorwerp van een zakelijk recht te kunnen zijn. Het juridisch voorwerpbegrip behoeft voor het zakenrecht niet hetzelfde te zijn als voor het verbintenissenrecht. Gegeven het beperkte zaakbegrip van art. 555 B.W. moet men zeggen dat het voorwerpbegrip ruimer is.

Voor de kwestie of de onderneming vatbaar is voor toebehoren, zal men mede de vraag moeten beantwoorden om welk toebehoren het hier gaat. Uit al hetgeen wij in de voorgaande paragrafen over de onderneming gezegd hebben zal het duidelijk zijn dat het naar onze mening gaat om een wijze van toebehoren gefundeerd in de handelingsvrijheid om arbeid en zaken tot voortbrengingsdoeleinden onwille van daarmee te behalen winst aan te wenden. Het gaat om de onderneming als voorwerp van drijven, als voorwerp van een handelingsrecht. En dit is eigenlijk alleen nog maar in een bepaald opzicht zo, in wezen toch zou men veeleer moeten zeggen dat de onderneming het handelingsrecht in haar uitoefening is. In het intersubjectieve verkeer waarover het recht handelt kunnen we niet anders

dan te denken in de ordening van een voorwerp op een subject.

Het voorwerpelijke van de onderneming moet dan het karakter hebben van een voorwerpseenheid van hogere orde, omvattend in een functioneel verband hetgeen de ondernemer verkozen heeft tot het ondernemingsdoel aan te wenden en welke zowel in haar bestaan als in haar voortduren van de ondernemer afhankelijk blijft. Het verbreken van de functionele band die de afzonderlijke bestanddelen samen houdt betekent het einde van de voorwerpseenheid, betekent liquidatie, anderzijds is met het staken van ondernemersactiviteiten het functionele verband niet zonder meer verbroken, vermits een ander die activiteiten kan overnemen en voortzetten. (H.R. 26 jan. 1955, B.N.B. '55/216, noot M. A. Wisselink). Voor de heffing van de inkomstenbelasting ving de voortzetter een nieuwe onderneming aan, aldus H.R. 21 mei 1958 (B.N.B. '58/251, noot M. A. Wisselink). In het licht van het hiervoor genoemde arrest van 3 april 1914 behoeft privaatrechtelijk niet het ontstaan van een nieuw voorwerp te worden aangenomen. Zoals wij straks zullen betogen dient ook in het geval van subjectvervanging in de persoon die de onderneming drijft aan partijen te worden overgelaten hoe het voorwerpelijke van de onderneming te structureren. Het feit van de opvolging dient ons inziens door de wet niet in de objectsfeer te worden verwerkt, maar desnodig in de sfeer van de intersubjectieve betrekkingen, b.v. zoals ingevolge art. 1639k B.W. voor de opvolgende werkgever in arbeidsovereenkomsten ter zake van tot de onderneming behorende arbeid, de opzeggingstermijn dier overeenkomst mede bepaald wordt door de duur der dienstbetrekking met de voorganger.

De wijze van toebehoren van een onderneming aan een rechtssubject kenschetsen als een handlingsrecht, verdient veel meer te worden uitgediept dan ons in het kader van dit geschrift mogelijk is. Met name willen wij in het midden laten of en wanneer er een zelfstandig recht tot het drijven van een onderneming in mag worden gezien, min of meer onafhankelijk van rechtsverhoudingen ter zake van ondernemingsbestanddelen. Om het belang van deze kwestie menen wij er iets van te moeten zeggen. In een

bijzonder boeiend artikel van Marcel Laborde-Lacoste (opgenomen in *Mélanges R. Savatier*, blz. 423 e.v.; hetgeen volgt is te vinden op blzz. 477-483) kan men een samenvatting vinden van beschouwingen van André Piettre, verschenen in de loop van januari 1964 in het Parijse dagblad „Le Monde”, waarin laatstgenoemde de ontwikkeling schetst van een „*propriété d'activité*” uit de oorspronkelijke eigendomsnotie met terugdringing van deze laatste tot wat genoemd wordt een „*propriété de rapport*”. Eerstgenoemde overhuift als het ware laatstgenoemde, terwijl beide eigendomsvormen niet aan dezelfde persoon behoeven toe te komen. Deze *propriété d'activité* zou men economische eigendom kunnen noemen, hetgeen de aanwending bij het welvaartstreven in het licht stelt, maar dan in een ruimere zin dan gebezigd in H.R. 24 dec. 1957 (B.N.B. 1958/84, noot Hellema). In dit en in andere arresten werd het criterium gezocht in het risico voor waardeveranderingen en het risico bij te niet gaan. Ofschoon deze terminologie wel enig licht op de materie waar het om gaat vermogt te werpen, geeft deze anderzijds aanleiding tot verwarring. In de traditionele eigendomsnotie vereenzelvigt men het eigendomsrecht en het voorwerp daarvan, voor de *propriété d'activité* is zulks niet te handhaven. Bij Gerbrandy (Vooruitzichten van de rechtswetenschap, Deventer 1964, blzz. 67 e.v.) kan men interessante beschouwingen vinden over wat genoemd wordt de afsplitsing van eigenaarsbevoegdheden uit de eigendom.

Voor het antwoord op de vraag of een wettelijke regeling met betrekking tot de onderneming als voorwerp gewenst is, kan de wijze van toebehoren niet geheel buiten beschouwing blijven. Het gaat intussen meer in het bijzonder om de rechtsgevolgen welke door de rechtshandeling worden beoogd (verg. art. 3.2.2 ontwerp nw. B.W.). Nu zouden deze rechtsgevolgen onderscheiden kunnen worden in de rechtsgevolgen van het drijven ongeacht het rechtssubject dat drijft (min of meer vergelijkbaar met de eenzijdige rechtshandelingen) en in de rechtsgevolgen van handelingen strekkende tot wijziging in het rechtssubject of de rechtssubjecten aan wie de in het drijven begrepen rechten en plichten toekomen.

Het drijven van een onderneming is wezenlijk een wils-

daad welke de arbeid en de zaken selecteert en in een functioneel verband samenbrengt tot een gekozen voortbrengingsdoel omwille van daarmee te behalen winst. Deze wilswaard berust zelf juridisch gesproken allereerst op een persoonlijkheidsrecht en vervolgens op de autonome ruimte besloten in het eigendomsrecht en de contractsvrijheid. In juridisch opzicht voltrekt zich de wilswaard van het drijven op basis van evengenoemde fundamenteën. De bovenbouw op deze fundamenteën is een zeer gecompliceerd netwerk van rechtsverhoudingen krachtens welke zich het ondernemen met de gekozen middelen en tot het gekozen doel voltrekt. Het handelingsrecht met betrekking tot een onderneming wordt rechtens door dit netwerk begrensd. Echter niet over de gehele linie als een heteronome begrenzing, maar als een begrenzing die het rechtssubject, althans ten dele uit de beschikbare rechtsverhoudingen selecteert. De behoefte aan juridische begeleiding b.v. welke de ondernemer ter realisering van zijn ondernemingsdoeleinden heeft, kan hij zich verzekeren middels het sluiten van arbeidsovereenkomsten, middels overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten van een zekere duurzaamheid, of nog door voor incidentele, nader te kiezen aangelegenheden, overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten aan te gaan.

Ook de onderneming is een bovenbouw en wel als uitkomst van de aanwending van arbeid en zaken waarover de ondernemer krachtens het conglomeraat van bevoegdheden begrepen in het handelingsrecht de beschikking heeft. Een bovenbouw waarbij de arbeid en zaken beschouwd worden onder het opzicht van hun functionele gerichtheid op het voortbrengingsdoel. Waar het op aan komt is het behoren tot

De bovenbouw komt alleen van de gewilde doeleinden, terwijl de aan te wenden middelen in bijzonderheden worden geselecteerd, zowel naar hun fenomenaliteit als naar de rechtsverhouding ter zake. Zolang men dit rechtsgevolg wil handhaven is er geen belang mee gediend om de onderneming het rechtskarakter van voorwerp te verlenen in die zin dat zulks bijzondere rechtsgevolgen oproept of toevoegt aan wat op dit stuk reeds bekend is. Dit laat nog open de andere vraag of het behoren tot . . . , het dienstbaar zijn

aan..., hoewel zelf geen bijzonder rechtskarakter bezittend, van invloed dient te zijn op het netwerk aan rechtsverhoudingen dat het handelingsrecht structureert dan wel rechten en plichten voor de ondernemer doet ontstaan die hij tevoren niet bezat. In het geldende recht is dit laatste op tal van plaatsen het geval. De omstandigheid dat arbeid in een onderneming wordt verricht doet uit hoofde van de sociale verzekeringswetten nieuwe rechtsbetrekkingen ontstaan. Uit privaatrechtelijk oogpunt is een actuele vraag of de omstandigheid dat een gehuurde zaak ondernemingsdoeleinden dient van invloed moet zijn op de rechtsbetrekkingen ter zake. De Pachtwet kent deze figuur inderdaad voor wat betreft tot de uitoefening van de landbouw gehuurd land en gebouwen, op de wijze en in de gevallen als in die wet nader bepaald.

Is er wél reden om de onderneming juridisch-technisch een voorwerpkarakter te verlenen indien het gaat om de rechtsgevolgen van handelingen strekkende tot wijziging van het rechtssubject of de rechtssubjecten aan wie de in het drijven begrepen rechten en plichten toekomen?

Voorop gesteld zij dat het hierbij niet erom gaat of en, zo ja, onder welke voorwaarden beheers- of beschikkingsbevoegdheden uit het drijven dan wel het risicodragen aan andere rechtssubjecten geheel of partieel mag worden afgestaan. De omstandigheid dat krachtens een arbeids-overeenkomst arbeid wordt verricht ten dienste van ondernemingsdoeleinden kan zeer wel van invloed zijn op de vrijheid van de ondernemer-werkgever in het drijven begrepen bevoegdheden geheel of gedeeltelijk af te staan. Waar het om gaat is de vraag of, uitgaande van de vrijheid om geheel of gedeeltelijk af te staan in het handelingsrecht met betrekking tot een onderneming begrepen elementen, de wet zich met die onderneming expliciet moet inlaten.

Ook hier zouden wij willen vooropstellen dat de onderneming in wezen op een wilsdaad berust. Een wilsdaad ook voor de opvolger. Ook deze moet selecteren daar waar hij geheel of partieel een onderneming wil drijven. Wij geloven dat de opvolger veeleer gedwongen moet worden om zich te realiseren wat hij wil en hoe hij het wil dan hem te confronteren met een conglomeraat van bestanddelen

naar hun fenomenaliteit en de juridische situatie te dien aanzien, dat als een gegeven voorwerpseenheid op hem geordend of mede geordend wordt. Het ligt geenszins voor de hand dat degene die in een of meer facetten van de door het drijven (van een onderneming) uitgedrukte positie opvolgt of daarin deelneemt, dit nu ook zó wil dat hij ten opzichte van de bestanddelen in dezelfde verhouding komt te verkeren als de voorganger. Ook hij is een koper van de onderneming welke voor wat betreft het tot de onderneming behorende onroerend goed in de positie van huurder komt, terwijl de voorganger de positie van eigenaar innam.

De wijze waarop een onderneming op iemand geordend is, impliceert weinig of niets omtrent de wijze waarop de bestanddelen op deze geordend zijn.

Nu moge het waar zijn dat het ondernemingsbegrip op zichzelf geen enkele bepaalde „suum”-ordening der bestanddelen impliceert, maar slechts een functionele orde. In juridisch opzicht is de functionele orde niet irrelevant, maar men dient wel voor ogen te houden dat het opzicht waaronder de functionele orde relevant is, juist de „suum”-ordening is. Het recht moet wel aanvaarden een „suum”-ordening betrekkelijk de onderneming als geheel, maar ene die de „suum”-ordening der bestanddelen op eigen wijze mogelijk laat. In het geldende recht is de onderneming als object-pool in de „suum”-ordening aanvaard en als we voorwerp mogen noemen deze object-pool dan is de onderneming inderdaad voorwerp. Maar dat wil niet tevens zeggen dat de onderneming nu op dezelfde wijze voorwerp moet heten met alle gevolgen van dien als dat met een huis of een andere zaak in de zin van art. 555 B.W. het geval is.

Een zaak in de zin van art. 555 B.W. is in haar bestaan onafhankelijk van enig wilsdaad. Of nu een fabrieksgebouw gebruikt wordt of leegstaat, voor het bestaan hiervan heeft dit geen enkele betekenis. De onderneming echter die niet langer gedreven wordt houdt daarmee op te bestaan. Dit blijft ook waar in een gedachtengang als die van M. Despax (o.c. blz. 35), ingevolge welke de onderneming blijft functioneren bij verandering in de persoon die aan het hoofd daarvan staat. Ook in deze verzelfstandigingsgedachte komt de onderneming niet los van iemand die haar

drijft. De voorwerpseenheid, die het recht middels de bestemmingsregelen, de regeling der natrekking, der vermeniging tracht te realiseren is voor de onderneming niet te handhaven. Principeel verzet zich daar al tegen de omstandigheid dat het ondernemingsgebeuren een grote vrijheid eist nopens hetgeen aan de ondernemingsdoeleinden dienstbaar zal zijn. Maar ook praktisch is de voorwerps-eenheid als algemene regel niet uitvoerbaar. Een dergelijke regel moet berusten op de mogelijkheid hoofdbestanddelen van hulp- of bijzaken te onderscheiden. Voor de onderneming is dit stellig lang niet in alle gevallen uitvoerbaar. De aard van de bestanddelen behoeft daarvoor ook geen enkel aanknopingspunt op te leveren. Met betrekking tot een middenstandszaak in de kruideniersbranche zal men gemakkelijk het pand waarin de zaak wordt gedreven als hoofdbestanddeel aanmerken, maar kan men dat nog als het succes in hoofdzaak te danken is aan de exceptionele jams die de betreffende ondernemer te koop aanbiedt. Licht het zo voor de hand bij verkoop van een winkel in vleeswaren aan te nemen dat hieronder begrepen is de uitsluitend ten dienste van de eigen winkel werkende worstmakerij. In vele gevallen valt eenvoudig niet uit te maken wat met betrekking tot de ondernemingsbestanddelen nevensgeschikt en wat ondergeschikt moet heten. Dit voorbeeld laat ons tevens zien dat het nog niet zo eenvoudig is om uit te maken of men met een of met meer ondernemingen te doen heeft. Voor de zaken in de zin van 555 B.W. laat zich dat betrekkelijk eenvoudig vast stellen. Voor de onderneming echter niet. Dat een slaggersbedrijf en een veehoudersbedrijf volgens de H.R. (25-1-1950, B. 8722) één onderneming vormen voor de toepassing van het Besluit op Ondernemingsbelasting laat zich nog wel begrijpen. Meer moeite heeft men als men in H.R. 17-3-1954 (B.N.B. 1954/129) een tuinderij en een brandstoffenhandel als één onderneming aangemerkt ziet. Ook de vastheid waarmee hetgeen de ondernemingsdoeleinden dient daaraan verbonden is, is uiterst gevarieerd. Er laat zich niet zo iets als aard- of nagelvast bepalen. We raken hiermee het geschakeerde beeld van wat vervlechtingen genoemd wordt. Deze vervlechtingen lopen van de expediteur die zich een aandeel in de winst verzekerd heeft van een vervoerder, tot het grote expeditiekantoor dat zelf aandelen heeft

in vemen, aandelen heeft in scheepvaartondernemingen enz.

De beschouwing van de onderneming als een algemeenheid van goederen lijdt ons inziens evident volkomen schipbreuk als men dit wil toepassen op ondernemingen met een schaal-grootte als de Kon. Shell. Toch is ook de onderneming van de Shell een voorwerp van rechtshandelingen en wel in die zin dat de ondernemers, in casu de vele n.v.-en, de bijzondere ondernemingsdoeleinden binnen de afzonderlijke n.v.-en inpassen in een algemeen doel. De rechten en de plichten van de directie der afzonderlijke n.v.-en, wordt inhoudelijk zowel door de bijzondere doeleinden als door dit algemene doel bepaald. Het rechtsgevolg dat men wil laat zich dan ook buiten een juridisch-technische regeling van de onderneming als voorwerp om bereiken.

In de praktijk levert wat men verkoop van een onderneming noemt slechts moeilijkheden op daar waar de aard van de rechtsverhoudingen krachtens welke arbeid en zaken tot het ondernemingsdoel bijdragen subjectvervanging uitsluiten, zoals bij huurovereenkomsten, agenturen, lidmaatschapsverhoudingen enz. De vraagstukken die zich voordoen bij rechtshandelingen ter zake van een onderneming liggen niet in de objectsfeer, maar in de inhoudelijke zijde van de rechten en plichten bestaande ter zake van tot de onderneming behorende bestanddelen.

Dat dit zo is kan ook blijken uit de praktijk bij overdracht van alle aandelen in een N.V. De verkrijger van alle aandelen komt in een positie die hem grote invloed op het ondernemingsgebeuren verzekert. Zo goed als de koper van een door een natuurlijk persoon gedreven onderneming, zal ook de koper van alle aandelen een nauwkeurig onderzoek instellen naar de tot de ondernemingsdoeleinden medewerkende bestanddelen. De aanwezigheid daarvan laat deze zich door de verkoper der aandelen garanderen, zo goed als de afwezigheid van andere dan met name genoemde schulden.

c. Slot.

Het zou verleidelijk zijn aan het vorenstaande beschouwingen te verbinden nopens de continuïteit van het contract bij wijziging in het rechtssubject dat de onderneming

drijft en in meer algemene zin de vraag te bespreken hoe de rechtswerking van de onderneming in het wordende recht te structureren. Behandeld zouden dan onder meer moeten worden de artt. 6.2.10 en 6.2.11 ontwerp nw. B.W., welke het beginsel van art. 1376 B.W. onaangetast laten, de artt. 6.3.9. en 6.3.10 betreffende onrechtmatige daden gepleegd door in een onderneming werkzame ondergeschikten, en zo vele andere vraagstukken. Zulks zou de opzet van dit geschrift en de vraagstelling te buiten gaan. Het zij ons dan ook vergund dit prae-advies te besluiten met de formulering van onze conclusies.

Het antwoord op de door het bestuur der N.J.V. gestelde vraag zal naar ons gevoelen ontkennend moeten zijn. Uit het vorenstaande kan voorts de conclusie worden getrokken dat het behoren tot (een onderneming) van arbeid en zaken rechtswerking dient te hebben op de inhoudelijke zijde van de rechten en plichten der intersubjectieve betrekkingen zowel voor zover deze in het bijzonder de bestanddelen der onderneming betreffen, als voor zover betreffende de omvang, de uitoefening, de overdracht en de overgang van het handelingsrecht met betrekking tot het als phenomenale voorwerpseenheid te begrijpen functionele verband. Met instemming willen wij de woorden aanhalen van F. Block-Lainé (*Pour une réforme de l'entreprise*, Parijs 1963, blz. 12) „La vérité de l'entreprise ne se trouve plus dans ses statuts. Elle réside dans sa pratique qui donnera naissance au droit de l'avenir”.

Roosendaal, februari 1966.

INHOUDSOPGAVE

§ 1. Inleiding	53
§ 2. De onderneming van de wetgeving uit	60
a. De ondernemingsbestanddelen	60
b. De rechtsbetrekkingen in verband met de ondernemingsbestanddelen	63
c. De onderneming en betrekkingen tot een rechtssubject	67
d. Het drijven als algemene karakteristiek voor de betrekking van een rechtssubject tot de onderneming	69
e. Slot	71
§ 3. De onderneming van het verschijnsel uit	73
a. Waarneembaarheid	75
b. Winst	77
c. Goodwill	78
d. Het drijven	81
§ 4. De onderneming en het privaatrecht in het algemeen	82
a. De vrijheid om een onderneming te drijven	83
b. Het vermogensrechtelijke aspect	86
c. Slot	90
§ 5. De onderneming als voorwerp van rechtshandelingen	91
a. Mogelijkheden tot juridisch-technische uitwerking van ondernemingsverschijnselen	92
b. Mogelijkheden en behoefte aan wettelijke geregelde voorwerp constructie bij rechtshandelingen ter zake van een onderneming	96
c. Slot	105