

**Vlaamse Juristenvereniging
XXXIV-e Rechtscongres
DE GOEDE TROUW
Redelijkheid en billijkheid in het recht
Gent Het Pand 28 april 1990**

*Seminarie voor Burgerlijk Recht
Faculteit van de Rechtsgeleerdheid
Rijksuniversiteit Gent*

PROGRAMMA

- 09.00 u. Ontvangst van de deelnemers. Afhalen van de documentatie. Koffie
- 09.30 u. Openingszitting.
Verwelkoming der deelnemers door prof. dr. L. De Meyer, rector van de R.U.G.
Inleiding door prof. dr. H. Bocken (R.U.G.), voorzitter van het congres
- 10.15 u. Sectievergaderingen
- 12.00 u. Lunch
- 14.00 u. Vervolg van de sectievergadering
- 15.30 u. Academische zitting
Feestrede door senator Frans Baert
Slotwoord door prof. dr. M. Storme, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging
- 16.30 u. Receptie
- 17.30 u. Leievaart Gent - Sint-Martens-Latem (Deurle). Diner aan boord
- 20.00 u. Bezoek aan het museum Dhont-Dhaenens
- 21.30 u. Vertrek bussen naar Gent of naar Flanders Expo
- 22.00 u. Bezoek aan de Gentse Floraliën

De organisatie van het congres berust bij het Seminarie voor Burgerlijk Recht van de Rijksuniversiteit Gent.

Congresvoorzitter : prof. dr. H. Bocken

Congressecretaris : prof. dr. W. De Bondt

Congressecretariaat en public relations : C. Willems
(Universiteitstraat 4, 9000 Gent, tel.: 091/25.76.51)

De privaatrechtelijke preadviezen worden gepubliceerd in een bijzonder nummer van het Tijdschrift voor Privaatrecht.

SECTIEVERGADERINGEN

- Sectie I. DE GOEDE TROUW IN HET ARBEIDSOVEREENKOMSTENRECHT : EEN AANZET TOT HERBRONNING EN REINTEGRATIE**
- Preadviseur : W. Van Eeckhoutte (docent R.U.G. - advocaat)
Respondent : W. Rauws (Docent Handelshogeschool Antwerpen en U.F.S.I.A.)
Voorzitter : J. Steyaert (ere-secretaris-generaal U.C.O. - beheerder van vennootschappen)
Secretaris : A. Taghon (assistent R.U.G.)
- Sectie II. GOEDE TROUW VAN BURGER EN BESTUUR**
- Preadviseur : M. Van Damme (auditeur Raad van State - docent V.U.B.)
Respondent : W. Lambrechts (gewoon hoogleraar U.I.A. - advocaat)
Voorzitter : J. Dujardin (stadssecretaris Gent)
Secretaris : F. Meersschant (referendaris Arbitragehof - assistent R.U.G.)
- Sectie III. 1. "BUNDESTREUE" IN HET BELGISCH GRONDWETTELIJKE RECHT**
- Preadviseurs : A. Alen (docent R.U.G. en K.U.L.)
Respondent : P. Peeters (e.a. assistent K.U.L. - advocaat)
L.P. Suetens (buitengewoon hoogleraar K.U.L.)
- 2. GEMEENSCHAPSTROUW : GOEDE TROUW IN E.G.-VERBAND**
- Preadviseur : W. van Gerven (buitengewoon hoogleraar K.U.L. - eerste advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de E.G.) m.m.v. H. Gilliams (referendaris bij het Hof van Justitie van de E.G.)
Respondent : J. Gijssels (gewoon hoogleraar U.F.S.I.A. - assessor Raad van State)
Voorzitter : prof. em. baron J. Mertens de Wilmars, oud-voorzitter van het Hof van Justitie van de E.G.
Secretaris : L. Lavrysen (referendaris Arbitragehof - assistent R.U.G.)
- Sectie IV. DE ZGN. "SUBJECTIEVE" GOEDE TROUW IN HET BELGISCHE MATERIELE PRIVAATRECHT (IN HET BIJZONDER IN DE MATERIES DIE HET NOTARIAAT AANBELANGEN)**
- Preadviseur : A. Van Oevelen (docent U.I.A. - U.F.S.I.A.)
Respondent : F. Bouckaert (hoogleraar K.U.L. en notaris)
Voorzitter : C. De Wulf (hoogleraar R.U.G. en notaris)
Secretaris : H. De Decker (assistent R.U.G.)
- Sectie V. 1. WIL EN VERTROUWEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN VERBINTENISSEN**
- Preadviseur : I. Verougstraete (raadsheer Hof van Cassatie)
Respondent : E. Dirix (docent U.I.A. en U.F.S.A.L. - rechter)
- 2. RECHTSVERWERKING : EEN TOEPASSING VAN DE GOEDE TROUW**
- Preadviseur : L. Cornelis (deeltijds docent V.U.B. - advocaat)
Respondent : E. Dirix (docent U.I.A. en U.F.S.A.L. - rechter)
Voorzitter : R. Kruithof (gewoon hoogleraar U.I.A. - docent V.U.B.)
Secretaris : B. Cattoir (advocaat)
- Sectie VI. DE GOEDE TROUW BIJ GEDING EN BEWIJS**
- Preadviseur : M.E. Storme (buitengewoon docent U.F.S.I.A. - wetenschappelijk medewerker K.U.L.)
Respondent : E. Forrier (raadsheer Hof van Cassatie)
Voorzitter : J. Laenens (docent U.I.A.)
Secretaris : P. Taelman (assistent R.U.G.)

GOEDE TROUW VAN BURGER EN BESTUUR

door

Marnix VAN DAMME

Auditeur in de Raad van State, Docent aan de V.U.B.

1. DE GOEDE TROUW: EEN DOOR HET PRIVAATRECHT GEMONOPOLISEERD BEGINSEL?

Het beginsel van de goede trouw heeft voor de beoefenaren van het administratief recht op het eerste gezicht iets vreemdends. Het komt hen voor als een privaatrechtelijk leerstuk dat veeleer in het verbintenissenrecht thuishoort en dat vooral daar tot ontwikkeling is gekomen.

Die bevreemding wordt nauwelijks verholpen door de vaststelling dat in het verleden reeds sporadisch een beroep is gedaan op het beginsel van de goede trouw in de administratiefrechtelijke literatuur. Zo werd o.m. van het vermoeden van goede trouw bij overheidspersonen uitgegaan om ermee de uitvoeringsimmunitet van die personen te verantwoorden¹.

Dat de goede trouw in het administratief recht niet dezelfde rol speelt als in het verbintenissenrecht, en ruimer, in het privaatrecht het geval is, is verklaard geworden door de specifieke gezagsverhouding die tussen burger en bestuur bestaat².

De goede trouw is voor contracterende partijen tot een gedragsregel geëvolueerd die de ene partij jegens de andere verplicht om zich bij het afwikkelen van de overeenkomst in alle redelijkheid, en rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, te gedragen³. Deze privaatrechtelijke «goede-trouw-norm» als gedragsregel waarnaar alle partijen zich moeten richten, werd echter geacht moeilijk wortel te kunnen schieten in het administratief recht om reden van het feit dat de inhoud van de rechtsverhouding tussen de burger en het bestuur veelal eenzijdig door dat laatste wordt bepaald.

¹ JACQUIGNON, L., «L'exécution sur les biens des autorités et services publics», *A.J.D.A.*, 1958, I, 71; FLAMME, M., «Un principe général de droit administratif: l'interdiction des voies d'exécution forcée à l'égard des personnes publiques», noot bij Cass., 21 april 1966, *Rev. Adm.*, 1966, 126 e.v.; voor een recente kritiek op die stelling, zie VAN VOLSEM en VAN HEUVEN, D., «Heeft het beginsel van de absolute uitvoeringsimmunitet van publiekrechtelijke rechtspersonen nog een toekomst?», *R.W.*, 1987-88, 212.

² Zie o.m. SCHELTEMA, M., «Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)», *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, LXXIV, 1975, 3 e.v. De stelling van de auteur als zou het administratief recht wel beginselen van behoorlijk bestuur, doch geen equivalent van de «goede trouw» kennen, werd bekritiseerd door TAK, A.Q.C., *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, 1978, 210, die hierin een illustratie ziet van de nadelen verbonden aan een te enge of limitatieve rubricering van beginselen van behoorlijk bestuur.

³ DE BONDT, W., «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 110 e.v. (zie inzonderheid ook de in voetnoot 48 geciteerde auteurs); VAN OMMESLAGHE, P., «L'exécution de bonne foi, principe général de droit?», *T.B.B.R.*, 1987, 101 e.v.

In die gedachtengang zou in het administratief recht hogstens sprake kunnen zijn van enigszins met het begrip van de goede trouw affiniteit vertonende beginselen die zich echter eenzijdig tot die ene partij richten die de inhoud van de rechtsverhouding vermag te bepalen, zijnde het bestuur. Precies die eenzijdigheid zou verklaren waarom de aldus ontwikkelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het administratief recht een andere plaats innemen dan die welke het beginsel van de goede trouw in het privaatrecht bekleedt.

a. Naar een wederkerig bestuursrecht

De zoëven geschetste zienswijze is voor kritiek vatbaar. Allereerst past ze niet in het kader van de opvatting omtrent hetgeen recent als het «wederkerig bestuursrecht» is beschreven⁴.

Volgens die opvatting blijven de door bestuursorganen op eigen gezag te nemen en de burger bindende beslissingen weliswaar een cruciale rol spelen in de betrekkingen tussen burger en bestuur, maar schiet een begrip van het bestuursrecht waarbij eenzijdig de aandacht wordt gericht op louter dat wat het bestuur over burgers beslist, te kort. Immers rusten op het bestuur bij het uitwerken van de besluitvorming steeds meer verplichtingen jegens de belanghebbende burgers betreffende procedure, vorm en inhoud ervan. De in België, tot spijt van menig auteur vooralsnog enkel in fragmentaire teksten geregelde en vooral in de rechtspraak ontwikkelde, administratieve procedure in niet betwiste zaken, illustreert dit⁵.

Anderzijds heeft de wederkerigheid ook gevolgen voor de burger die er — meer dan vroeger werd aangenomen en afgezien van de wettelijke verplichting tot naleving van hetgeen als uitkomst van het besluitvormingsproces valt te beschouwen — in zijn relatie met het bestuur o.m. blijk van zal moeten geven voldoende zorgvuldig, alert en coöperatief te zijn.

Hoewel vooralsnog bezwaarlijk kan worden gesproken van het bestaan van zgn. «beginselen van behoorlijk

⁴ HIRSCH BALLIN, E.H.M., «Wederkerig bestuursrecht», *R.M. Themis*, 1989, 1-4.

⁵ Zie o.m. FLAMME, M., «La procédure administrative non-contentieuse en Belgique. Etat de la jurisprudence administrative et judiciaire», *Rev. Comm.*, 1977, 98-122; CHARLIER, P., «A propos de la procédure administrative non-contentieuse en Belgique», *A.P. (T)*, 1977-78, 203-208; VAN NOTEN, W., «Over de administratieve procedure in niet betwiste zaken», noot bij R.v.St., Wouters, nr. 18.860 van 30 maart 1978, *R.W.*, 1978-79, 962-966; SUTENS, L.P., «Preventieve rechtsbescherming bij overheidsop treden», *T.B.P.*, 1981, 60-63.

burgerschap»⁶, dit zijn de normen waaraan de burger in zijn verhouding tot de overheid moet voldoen, dient toch te worden vastgesteld dat er in arresten van de Raad van State reeds op is gewezen dat in de verhouding tussen het bestuur en een personeelslid, de eisen van behoorlijk bestuur ook ten aanzien van het betrokken personeelslid gelden⁷, en dat, ruimer, «... in de verhoudingen tussen burger en bestuur de eisen naar behoorlijk bestuur ook ten opzichte van de burger gelden»⁸. Die eisen zullen weliswaar veelal niet met dezelfde gestrengheid als t.a.v. het bestuur het geval is, worden toegepast, maar toch belet dit niet te stellen dat nog bezwaarlijk kan worden vastgehouden aan een enge, uitsluitend op het bestuur gerichte, interpretatie van de evengenoemde beginselen.

Enkele voorbeelden. Een kandidaat voor een vacante betrekking zal zelf vooraf dienen na te gaan welke de voor de toegang tot de betrekking opgelegde leeftijdsgrenzen zijn. Hij kan zich wat dat betreft, niet op het bestuur verlaten⁹.

Een persoon kan niet volhouden dat de weigering van zijn laattijdige inschrijving voor deelname aan een bevorderings-examen te wijten is aan een onbehoorlijke kennisgeving van de vacature wanneer hijzelf heeft nagelaten daarnaar te informeren, hetgeen redelijkerwijze van hem mocht worden verwacht¹⁰. Een ambtenaar kan de laattijdigheid waarmee hij zijn kandidatuur voor een bevordering heeft ingediend wegens het feit dat hij te laat kennis zou hebben gekregen van de bevorderingsmogelijkheid, niet aan het bestuur wijten indien hijzelf heeft nagelaten zijn vakantieadres mee te delen¹¹.

Een examinandus dient alles te doen wat van hem redelijkerwijze kan worden verwacht om op de hoogte te geraken van hetgeen van hem voor het herexamen wordt verlangd¹².

Wanneer een persoon vaststelt dat op een naburig perceel werken in uitvoering zijn waarvoor kennelijk een bouwvergunning is vereist, gebiedt de zorgvuldigheidsplicht hem binnen een redelijke termijn kennis te nemen van de ter plaatse aangeplakte mededeling en gebruik te maken van het hem gewaarborgde recht op inzage van de afgegeven bouwvergunning, «eerder dan te rekenen op een optreden van het bestuur en voort te gaan op een overtuiging die op geen enkel concreet gegeven berust»¹³.

b. Situering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het rechtssysteem

Een tweede kritiek op de stelling als zou voor de goede trouw in het administratief recht geen eigenlijk equivalent voorhanden zijn, betreft de ermee gepaard gaande situering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het algemene rechtssysteem.

Deze beginselen blijven, hun benaming ten spijt, in se immers niet beperkt tot de werkingssfeer van het administratief recht. Een gezags- of machtspositie is weliswaar eigen aan het bestuur, maar wordt niet gemonopoliseerd door het bestuur. Er is in het verleden reeds op gewezen dat ook in het privaatrecht dergelijke posities voorkomen (bv. bij ouders, vennootschapsbestuurders) en dat alsdan op het gedrag van de privaatrechtelijke gezagsdragers beginselen toepasselijk zijn die als beginselen van behoorlijk bestuur zijn getypeerd (bv. het evenredigheidsbeginsel)¹⁴.

Anderzijds zijn er algemene rechtsbeginselen die uitstijgen boven de partij die handelt, en die gelden zowel voor het rechtsverkeer tussen particulieren onderling als voor de rechtsverhoudingen tussen burger en bestuur, ja zelfs voor de handelingen van en verhoudingen tussen bestuursorganen onderling (bv. verbod van willekeurig handelen). Een en ander zet er een auteur als Van Gerven toe aan te spreken van «beginselen van behoorlijk handelen» die ofwel «bijzonder» zijn omdat ze een positie van bovengeschiedtheid impliceren, of die «algemeen» zijn omdat ze het handelen van ieder beheersen, los van de verhouding van bovengeschiedtheid¹⁵.

Ook beginselen van behoorlijk bestuur kunnen, zoals de meeste beginselen trouwens, in verband worden gebracht met, zoniet worden herleid tot andere, meer fundamentele en algemene beginselen binnen het rechtssysteem¹⁶. Algemene rechtsbeginselen beheersen alle deelgebieden van het recht. In benaming, toepassing en controle ervan kunnen echter per deelgebied accentverschillen optreden. In het administratief recht zijn die accentverschillen onlosmakelijk verbonden met de algemene belangenbehartiging die het bestuur tot doel heeft. Het uitgangspunt, zijnde de gelding van algemene rechtsbeginselen in het administratief recht, blijft echter onverkort bestaan.

Eerder dan in de beginselen van behoorlijk bestuur een soort van «publiekrechtelijke tegenhanger» van de «privaatrechtelijke goede-trouwnorm» te zien, zal het erop aankomen het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw in zijn aan het administratief recht aangepaste verschijningsvorm te ontwaren. Dat die zoektocht niet beperkt kan blijven tot het terrein van hetgeen traditioneel als dat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt omschreven, zal verder blijken.

maart 1983; Bressart en Jacquet, nr. 23.793 van 9 december 1983; Tielemans, nr. 26.372 van 18 april 1986; Michiels, nr. 29.196 van 22 januari 1988; Toubhans, nr. 29.998 van 5 mei 1988 en Nica e.a., nr. 30.095 van 19 mei 1988.

¹⁴ VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 975.

¹⁵ Zie de in de vorige noot geciteerde bijdrage, vooral kolom 975-978.

¹⁶ GUISSELS, J., «'Algemene rechtsbeginselen' zijn nog geen recht», *R.W.*, 1988-89, 1115.

⁶ SUETENS, L.P. in zijn recensie van J. IN 'T VELD, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 3e dr., *R.W.*, 1985-86, 2377.

⁷ R.v.St., Van den Broeck, nr. 20.404 van 10 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 590-594.

⁸ R.v.St., Thijs, nr. 26.116 van 28 januari 1986, *J.T.*, 1989, 307-309, met noot LAGASSE, D.; zie o.m. ook R.v.St., Poll, nr. 17.96 van 11 maart 1976; Mersch, nr. 32.320 van 24 maart 1989 en Brouwers, nr. 33.020 van 19 september 1989.

⁹ R.v.St., Vos, nr. 29.053 van 17 december 1987.

¹⁰ R.v.St., Mersch, nr. 32.320 van 24 maart 1989. In dit arrest wordt o.m. gezegd «dat de beginselen van behoorlijk bestuur, waar verzoekster zich op beroept, niet alleen inhouden dat het bestuur zich naar redelijkheid moet gedragen tegenover de burger, maar ook het omgekeerde; dat de burger die zich niet zo gedraagt, zich niet kan beklagen over schendingen van rechtsaanspraken die hij had kunnen voorkomen door zich wel zo te gedragen».

¹¹ R.v.St., De Troy, nr. 22.510 van 5 oktober 1982.

¹² R.v.St., Oey, nr. 26.747 van 26 juni 1986; Brouwers, nr. 33.020 van 19 september 1989.

¹³ R.v.St., Vandewalle, nr. 25.270 van 25 april 1985; voor arresten in dezelfde zin zie o.m. R.v.St., Piron, nr. 23.019 van 11

Er mag in dit verband al wel op worden gewezen dat de door Wiarda in zijn in 1952 voor de Nederlandse Vereniging voor Administratief Recht uitgebracht preadvies gemaakte inventarisatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, naderhand in zowel rechtspraak als rechtsleer is verrijkt¹⁷. In grote trekken echter is Wiarda's classificatie tot op heden blijven doorwerken¹⁸. Niet voor niets dus is Wiarda op dat vlak als «le grand législateur» bestempeld¹⁹.

Hiermee zij echter niet gezegd dat sindsdien steeds een zelfde opvatting is gehuldigd omtrent het karakter van de bedoelde beginselen: benevens als «ethische tendensen» die aan het bestuursrecht ten grondslag zouden liggen²⁰, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook beschouwd als algemeen aanvaarde normen van gerechtigheid, redelijkheid, zedelijkheid en fatsoen die (ook) een goed huisvader betamen²¹. Zij zijn in het verleden ook getypeerd als een «verzameling vernietigingsgronden van een niet eenduidige aard», waartoe enerzijds fundamentele rechtsbeginselen behoren die aan de gehele rechtsorde ten grondslag liggen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, en anderzijds typische beginselen die geschikt zijn om een in bestuurlijke vrijheid genomen beschikking te toetsen zonder aan die beleidsvrijheid zelf rechtstreeks te tornen, zoals het geval is voor de vereisten inzake motivering en zorgvuldige voorbereiding bij de besluitvorming²².

Laatstgenoemde visie past, hoeft het gezegd, in een alomvattende benadering van het gehele rechtssysteem waarbij minder ruimte overblijft voor de ontwikkeling van exclusieve, tot een bepaalde rechtstak beperkte, beginselen.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er in dit preadvies van wordt uitgegaan dat het beginsel van de goede trouw een algemeen rechtsbeginsel is dat in alle deelgebieden van het recht gelding heeft – ook in het administratief recht –, zij het dat er ter zake per deelgebied in benaming, toepassing en controle accentverschillen kunnen optreden²³.

c. De privatisering van het bestuursoptreden

Een aspect van het moderne bestuursoptreden dat belicht dient te worden, is dat m.b.t. het steeds frequenter hanteren door het bestuur van privaatrechtelijke en, meer specifiek, contractuele technieken.

Dat het bestuur steeds meer geneigd is om van zijn eenzijdig, autoritair optreden af te stappen, kan diverse redenen hebben. Het wordt er in een steeds complexer wordende maatschappij niet makkelijker op om een juist inzicht te verwerven omtrent hetgeen het door het bestuur na te streven «algemeen belang» vereist: het bestuur zal er in dat licht niet zelden belang bij hebben om tot een samenspraak te komen met de bij de beslissing betrokken burgers of belangengroepen. Anderzijds is er het feit dat macht en gezag minder vanzelfsprekend worden aanvaard dan vroeger het geval is geweest: de burger wil weten waarom het bestuur een maatregel overweegt en of het bestuur voldoende aandacht heeft besteed aan zijn visie²⁴. Dat laatste kan er, alleen al om psychologische redenen, de voorkeur aan geven van eenzijdig handelen af te zien.

Daarenboven kunnen de wederzijdse belangen van burger en bestuur zo met elkaar verweven raken dat het haast noodzakelijk wordt om tot gezamenlijke afspraken te komen waarbij beide partijen – bestuur en burger – zich aan een bepaalde gedragslijn houden²⁵. Tot slot kan de verregaande rechterlijke controle op zijn optreden het bestuur ertoe aanzetten om zijn doelstellingen door middel van overeenkomsten met de betrokken burgers te bereiken²⁶.

Dat de overheid de door haar gesloten beleids- en andere overeenkomsten te goeder trouw moet uitvoeren, valt niet te betwisten. Weliswaar brengt de bijzondere, op het algemeen belang geënte, positie van de overheid mee dat alsdan aan die goede trouw een aangepaste beoordelingsmaatstaf ten grondslag ligt die het bestaan impliceert van een marginaal rechterlijk toezicht op de redelijke uitoefening door de overheid van haar bevoegdheden, rekening houdend met het algemeen belang, maar ook met het door de overheid ingevolge het sluiten van de overeenkomst bij de medecontractant gewekte vertrouwen.

In ieder geval mag worden gesteld dat de toenemende «privatisering» van het bestuursoptreden een duidelijker onderkennen van het goede-trouwbeginsel in zijn meest traditionele, d.i. privaatrechtelijke gedaante, in de hand werkt.

2. DRIE VARIATIES OP HET THEMA BEDROG

De goede trouw van burger en bestuur onderstelt vóór al dat beiden geen bedrieglijke oogmerken hebben, dat de ene partij niet de andere beoogt te misleiden. Zo mag de burger het bestuur niet op bedrieglijke wijze een beeld schetsen

niet uitsluitend t.a.v. contractuele aangelegenheden gelding heeft (VAN OMMESLAGHE, P., o.c., 105).

²⁴ SCHELTEMA, M., o.c., 8.

²⁵ Een illustratie hiervan bieden de milieubeleidsovereenkomsten die recent door de Belgische overheid en bepaalde bedrijfsfederaties zijn gesloten om de productie of het gebruik van milieuschadelijke stoffen te beperken.

²⁶ VAN GERVEN, W., *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, 1984, 71 (zie inzonderheid de in voetnoot 152 geciteerde auteurs).

¹⁷ Wiarda onderscheidde de fair play, de zorgvuldigheid, de zuiverheid van oogmerk, de evenwichtigheid, het gelijkheidsbeginsel en de rechtszekerheid. Sindsdien zijn er uitvoeriger classificaties uitgewerkt; zie o.m. VAN DER HORST, Th. A.M. en VAN DE POEL, J., *Toepassing van algemene beginselen in de administratieve jurisprudentie*, Preadvies voor het Belgisch Instituut voor Bestuurswetenschappen, 1961, 24 e.v.; KONIJNENBELT, W., *Hoofddlijnen van Administratief Recht*, Culemborg, 1988, 42; ook in België werd tot de verrijking van de inventarisatie bijgedragen, zie o.m. SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur», *T.B.P.*, 1981, 81 e.v.

¹⁸ DEBAEDTS, F., «De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht», *T.B.P.*, 1988, 644.

¹⁹ DONNER, A.M., «Misbruik van beginselen?», *R.M. Themis*, 1978, 377.

²⁰ WIARDA, G.J., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur», *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, XXIV, 1952, 75.

²¹ Zie o.m. IN 't VELD, J., *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle, 1979, 36 e.v.

²² VAN BUUREN, P.J.J., «De hantering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de administratieve rechter», *Bestuurswetenschappen*, 1979, 145.

²³ Wat meer specifiek het beginsel van de uitvoering te goeder trouw betreft (art. 1134, derde lid, B.W.), is vrij recent de stelling verdedigd dat het ter zake om een algemeen rechtsbeginsel gaat dat

van zijn financiële of andere situatie ten einde van het bestuur een voordeel of in ieder geval een voor hem gunstige beslissing te verkrijgen²⁷. Een personeelslid in het gemeenschapsonderwijs bv. mag de benoemdende overheid niet willen doen geloven dat hij een bepaalde cursus heeft gevolgd ten einde een grotere aanspraak op een vaste benoeming te kunnen maken, indien in werkelijkheid geen dergelijke cursus is gevolgd²⁸.

Evenmin mag aan het bestuursoptreden een frauduleuze bedoeling ten grondslag liggen. Dat kan bv. het geval zijn indien de bestuursoverheid haar bevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan dat waarvoor de wetgever het bestuur die bevoegdheid heeft verleend. De – overigens voor de Raad van State veel ingeroepen, maar uiterst zelden als vernietigingsgrond in aanmerking genomen – figuur van de machtsafwending komt hier in het vizier²⁹.

Een beslissing zal aangetast zijn door machtsafwending indien de voor die beslissing rechtens vereiste grondslag niet aanwezig is, terwijl de overheid, dat wetende, voorwendt dat die grondslag wel gegeven is, ten einde, op die onbestaande grondslag steunend, een beslissing te nemen met het doel also rechtseffecten te doen ontstaan waardoor bepaalde belangen worden gediend of geschaad, hoewel die overheid weet dat het dienen of schaden van de belangen welke die overheid op het oog heeft, niet in de opdracht begrepen is ter vervulling waarvan de wetgever de bevoegdheid tot beslissen aan de bestuursoverheid heeft toevertrouwd³⁰.

Het bestuur mag zijn echte bedoelingen niet verdoezelen onder een wettig voorwendsel. Enkele voorbeelden: het bestuur mag zijn ambtenaren geen verkapte tuchtstraf opleggen onder het mom van een terbeschikkingstelling of inhoud-

ding van wedde³¹; het mag geen beslissing nemen als weerwraakmaatregel wegens het aanspannen van een proces³²; het mag geen bouwvergunning afgeven louter ter regularisering van een overtreding³³; het mag geen gebouw doen slopen en zich hiervoor beroepen op redenen die verband houden met de openbare veiligheid, terwijl de echte reden in de bevordering van bepaalde persoonlijke of familiale belangen gelegen is³⁴.

Afgezien van de voorschriften die de herziening en de betichting van valsheid van door de partijen overgelegde stukken betreffen³⁵, wordt in de rechtspraak van de Raad van State relatief zelden een beroep gedaan op de notie van het bedrog. Niettemin dringen zich op dat vlak een drietal aandachtspunten op.

a. Het niet-onderkennen van onregelmatige bestuurshandelingen

Op het algemeen rechtsbeginsel dat uitdrukking vindt in de rechtsspreuk «*fraus omnia corrumpit*», wordt een beroep gedaan in het raam van de theorie van de niet bestaande handeling, dit is de handeling die is aangetast door een dermate grove en evidente onregelmatigheid dat zij voor niet bestaande moet worden gehouden³⁶.

Er is in het verleden op gewezen dat het begrip van de niet bestaande handeling voor verscheidene doeleinden kan worden aangewend. Zo zal het begrip de ene keer worden gebruikt om de burger te ontslaan van de hem door het «*privilege du préalable*» opgelegde verplichting zich naar de uitvoerbare administratieve beslissing te voegen al acht hij ze onrechtmatig. Een andere keer zal het begrip worden gehanteerd met het oog op de vrijstelling van de door het principe van de stabiliteit der particuliere rechtsverhoudingen opgedrongen verplichting de administratieve beschikking na verloop van tijd voor onaantastbaar te houden, onaantastbaar voor de (administratieve) rechter die ze niet meer kan vernietigen, zelfs niet bij wege van exceptie nog kan vaststellen dat ze onwettig is³⁷. De theorie van de niet bestaande handeling is vooral betrokken op het leerstuk van de intrekking van administratieve rechtshandelingen³⁸.

Traditioneel wordt aangenomen dat het niet aan het bestuur toekomt om een administratieve rechtshandeling die rechten heeft doen ontstaan in te trekken, zelfs wegens machtsoverschrijding, nadat de voor het instellen van een

²⁷ Meer bepaald zal dit het geval zijn bij het bestaan van enigerlei aangifteverplichting van de burger. Zo bv. zal in geval van vrijwillig onjuiste of onvolledige aangifte door de begunstigde van de O.C.M.W.-steunverlening van diens toestand, het O.C.M.W. het geheel van de kosten van dienstverlening kunnen terugvorderen, ongeacht de financiële toestand van de betrokkene (art. 98, § 1, tweede lid, van de O.C.M.W.-wet van 8 juli 1976; zie ook art. 13, eerste lid, van de Bestaansminimumwet van 7 augustus 1974). Zie ook art. 7 van de wet van 6 februari 1970 betreffende de verjaring van schuldvorderingen ten laste of ten voordele van de Staat en de provincien.

²⁸ R.v.St., Carriijn, nr. 31.466 van 29 november 1988.

²⁹ Omtrent de machtsafwending, die door zowel het Hof van Cassatie (Cass., 13 oktober 1965, *Pas.*, 1966, I, 204; Cass., 9 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 147) als door de Raad van State (zie bv. R.v.St., Verbeeck, nr. 9.864 van 8 februari 1963) als een vorm van machtsoverschrijding is bestempeld, raadplege men DEBAEDTS, F., *Machtsafwending*, A.P.R., Brussel, 1956; HOFFLER, J., «*L'annulation pour détournement de pouvoir*», *Rev. Adm.*, 1954, 101; CAMBIER, C., «*Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*», *J.T.*, 1955, 69 en 74 e.v.; ORIANNE, P., «*Abus de droit et détournement de pouvoir*», *Ann. Dr.*, 1961, 199; MAST, A., «*Le juge ordinaire et le détournement de pouvoir*», *R.C.J.B.*, 1964, 57; VEKEMAN, R., «*Machtsafwending*», *R.W.*, 1980-81, 2649-2684; SALMON, J., *Conseil d'Etat. Contentieux de l'indemnité. Contentieux de l'annulation*, Brussel, 1987, 294-299.

³⁰ Deze begripsomschrijving wordt in het arrest Ghysels, nr. 24.670 van 21 september 1984 gegeven, in welk arrest wordt gezegd dat machtsafwending eigenlijk maar mogelijk wordt bij de toepassing van «*vage normen*» en dan nog enkel in de mate waarin een redelijkheidstoetsing niet tot het vaststellen van het overschrijden door de overheid van haar beoordelingsvrijheid kan leiden.

³¹ Voor een recent voorbeeld I: R.v.St., Verstaen, nr. 31.296 van 8 november 1988.

³² R.v.St., N.V. Verhaeghe, nr. 18.946 van 22 mei 1978.

³³ R.v.St., De Hauw, nr. 13.527 van 29 april 1969.

³⁴ R.v.St., Fabru, nr. 17.930 van 19 november 1976.

³⁵ Zie resp. de artikelen 50^{quater} en 51 van het procedurereglement van de Raad van State. Ter zake kan het gaan om het bedrieglijk achterhouden dan wel gebruiken van stukken.

³⁶ Men raadplege in dit verband o.m. LAGASSE, D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Brussel, 1986, 474-483.

³⁷ BORRET, J., auditoraatsverslag R.v.St., De Ridder, nr. 20.372 van 30 mei 1980, *T.B.P.*, 1981, 251.

³⁸ *Les Nouvelles, Droit administratif*, VI, *Conseil d'Etat*, 1975, nrs. 1475-1477bis; MAST, A., ALEN, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Brussel, 11e dr., 1989, nr. 558.

beroep bij de Raad van State bepaalde termijn verstreken is, behalve wanneer de handeling door zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor niet bestaande moet worden gehouden, wanneer de handeling door bedrog is uitgelokt, of wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling die intrekking oplegt of toelaat ³⁹.

Uit menig arrest van de Raad van State valt echter af te leiden dat de burger de bescherming geboden door het principe dat rechtsverlenende beslissingen maar binnen een beperkte termijn kunnen worden ingetrokken, waardig moet zijn, dat hij die bescherming moet verdienen. Hij zal die bescherming met name niet verdienen indien de betrokken beslissing in zijn ogen als zo grof onregelmatig of onmiskensbaar onwettig had moeten voorkomen dat hij ze onmogelijk voor ernstig kon nemen ⁴⁰.

Doet hij dat toch en gaat hij ervan uit dat een dergelijke beslissing na verloop van tijd rechtens onaantastbaar, want onintrekbaar, is geworden, dan krijgt een dergelijke houding een zweem van kwade trouw mee, benadert een dergelijke houding volgens sommigen het bedrog ⁴¹. De burger mag niet geacht worden zich te kunnen verschuilen achter het beginsel van het «*privilège du préalable*» van bestuurs-handelingen ten einde aanspraak te kunnen maken op het behoud van de — ook in zijn ogen — onregelmatige bestuurshandeling. Hij mag er niet op speculeren rechten te behouden die voortvloeien uit duidelijk onregelmatige, en daardoor enkel in schijn bestaande, bestuurshandelingen.

Bijvoorbeeld zal een ambtenaar die, na uit zijn ambt te zijn ontzet, in strijd met alle reglementaire bepalingen weer in dienst wordt genomen, niet op batige wijze tegen de intrekking van het weer in dienst nemen kunnen opkomen daar hij «... niet onwetend kon zijn van het feit dat hij de reglementair gestelde voorwaarden niet vervulde om terug in dienst te worden opgenomen» ⁴². De toekenning van het brevet van kandidaat-politiecommissaris aan een persoon die willens en wetens in strijd met de geldende reglementering meer dan driemaal aan het daartoe georganiseerde examen heeft deelgenomen, moet voor niet bestaande worden gehouden daar er een bedriegelijke handeling van de betrokkene aan ten grondslag ligt ⁴³.

³⁹ Zie LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, 1988, 58; MAST, A., ALLEN, A. en DUJARDIN, J., o.c., nr. 558, en de in voetnoot geciteerde arresten. Op te merken valt dat het beoordelen van de toelaatbaarheid van een intrekking volgens de rechtspraak van de Raad van State een dubbele vraagstelling impliceert: die m.b.t. het al dan niet rechtsverlenend karakter van de handeling, en die m.b.t. het al dan niet regelmatig karakter ervan (zie bv. R.v.St., Rossignol, nr. 25.391 van 29 mei 1985, T.B.P., 1986, 432, met noot). Sommige auteurs staan het behoud van enkel de tweede vraag voor; onder hen LEWALLE, P., *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Luik, 1975, 216; DELAHAUT, P.J., «*Réflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives*», A.P.(T), 1978-79, 40.

⁴⁰ Zie reeds R.v.St., Diliën, nr. 4.195 van 29 maart 1955; en meer recent: R.v.St., De Swert, nr. 20.222 van 26 maart 1980, De Ridder, nr. 20.372 van 30 mei 1980; Dhert, nr. 20.914 van 29 januari 1981; De Bondt, nr. 21.024 van 13 maart 1981; De Ridder, nr. 23.586 van 18 oktober 1983 en De Vlieger, nr. 28.672 van 10 november 1988.

⁴¹ BORRET, J., o.c., 253.

⁴² R.v.St., Diliën, nr. 4.195 van 29 maart 1955.

⁴³ R.v.St., Gistelincx, nr. 29.879 van 26 april 1988.

Of de onregelmatigheid die aan de in het geding zijnde beslissing kleefte, een dermate evident karakter vertoont dat zij, ook door de begunstigde ervan, als niet bestaande dient te worden beschouwd, zal per geval moeten worden beoordeeld. Zo werd o.m. in het feit dat het bestuur twee interpretaties geeft van zijn handeling ⁴⁴ of dat de onregelmatigheid ervan pas aan het licht is gekomen n.a.v. een arrest van de Raad van State ⁴⁵ een voldoende reden gezien om in het gegeven geval niet tot het voorhanden zijn van een «onbestaande handeling» te besluiten.

b. Met bedrog gelijk te stellen nalatigheid

De Raad van State heeft erop gewezen dat grove, voortdurende nalatigheid vanwege de burger zo erg kan worden dat de bewuste, schuldige nalatigheid met bedrog moet worden gelijkgesteld. Een treffende illustratie hiervan biedt het arrest Maes dat de gevolgen betreft van de nalatigheid van ambtenaren op het vlak van de meldingsplicht in geval van ziekteverlof en terbeschikkingstelling ⁴⁶.

Uit genoemd arrest kan het volgende, voor zichzelf sprekend citaat worden weergegeven: «Niemand, wat ook de opleiding moge zijn die men gekregen heeft of niet gekregen heeft, kan immers oprecht geloven dat een ministerieel besluit dat een personeelslid wegens ziekte zonder beperking van duur in disponibiliteit stelt, voor dat personeelslid een vrijkaart oplevert om, gezond en wel, een wachtgeld te blijven ontvangen zonder te werken. Er moet een evenwicht zijn van lasten en voordelen. Niet alle voordelen kunnen langs de kant van het personeelslid liggen, en alle lasten langs de kant van de overheid. De terbeschikkingstelling wegens ziekte is een voordeel dat deel uitmaakt van de aan een personeelslid in openbare dienst gegeven stabiliteit van betrekking. Een personeelslid dat wegens ziekte ter beschikking is gesteld, kan niet te goeder trouw geloven een wachtgeld te mogen blijven ontvangen, zonder dat op hem de last ligt regelmatig een bewijs voor te brengen dat hij effectief ziek is, zonder op zijn minst het jaarlijks onderzoek te ondergaan dat ertoe strekt vast te stellen dat hij nog altijd rechtmatig reglementair aanspraak kan op maken ervan vrijgesteld te zijn dienst te doen en een wachtgeld te ontvangen.»

In hetzelfde arrest wordt voorts benadrukt dat de betrokkene geen grond van verschoning kan zoeken in het feit dat de overheid vergeet hem aan te manen medische attesten in te zenden of nalaat hem op te roepen voor de jaarlijkse gezondheidscontrole, daar in zulk een geval de betrokkene zelf het initiatief had moeten nemen om binnen een redelijke termijn een medisch attest in te sturen of zich te onderwerpen aan de jaarlijkse controle. De met bedrog gelijk te stellen nalatigheid van de betrokkene wordt door de nalatigheid van het bestuur niet uitgewist, en het bestuur vermag de statutaire rechtstoestand van het betrokken personeelslid met terugwerkende kracht zo herzien dat wat het effect van het be-

⁴⁴ R.v.St., Chamart, nr. 14.445 van 14 januari 1971.

⁴⁵ R.v.St., De Swert, nr. 20.000 van 26 maart 1980. In dit arrest wordt o.m. gesteld: «De grove onregelmatigheid moet van zodanige aard zijn dat zij door ieder persoon met enige ontwikkeling zonder meer kan worden vastgesteld.»

⁴⁶ R.v.St., Maes, nr. 24.673 van 21 september 1984.

drog of de schuldige nalatigheid is geweest, ongedaan wordt gemaakt.

c. Het niet doen gelden van rechten in een administratieve procedure

De Raad van State is er in een aantal recente arresten toe gekomen om uit de houding die de voor hem verschijnende verzoeker heeft aangenomen in de loop van de voorafgaande administratieve procedure elementen te puren m.b.t. de grondigheid van de door deze laatste opgeworpen middelen, in die zin dat de Raad aanneemt dat wie nalaat zijn rechten te doen gelden in de loop van de administratieve procedure, bezwaarlijk vermag een schending van die rechten aan te klagen voor de Raad van State ⁴⁷.

Na gewezen te hebben op het bestaan van het algemeen rechtsbeginsel dat uitdrukking vindt in de rechtsspreuk «*fraus omnia corrumpit*», beslist de Raad van State in het arrest Thys «... dat als een vorm van bedrog kan worden aangemerkt het er zich welbewust of met een verregaande graad van lichtzinnigheid ('*culpa lata dolo aequiparatur*') van onthouden in een administratieve procedure zijn rechten te doen gelden om dan, als het bestuur zijn beslissing heeft genomen, zich bij de Raad van State over de miskenning van zijn rechten te gaan beklagen; dat wie zo handelt, zich de toegang tot de rechter onwaardig maakt en dus uiteraard geen annulatiemiddelen, ook al zijn ze van openbare orde, kan doen gelden».

Een ambtenaar zal er zich bij de Raad van State niet over kunnen komen beklagen dat hij niet door het bestuur is verwittigd dat hij het te zijnen laste aangelegde tuchtdossier met daarin gegevens betreffende een bijkomend onderzoek, mocht komen inzien indien blijkt dat hij er in de loop van de administratieve procedure op de hoogte van was dat het bijkomend onderzoek was afgelopen en dat zijn tuchtdossier met bijkomende gegevens moest zijn aangevuld, en hij noch zijn raadsman er zich in de loop van die procedure over hebben beklaagd dat zij het dossier met de bijkomende gegevens niet hebben kunnen inkijken ⁴⁸.

Wij hebben hier te maken met een illustratieve toepassing van de figuur van de rechtsverwerking door de burger. Deze figuur is tot op heden nagenoeg uitsluitend bestudeerd vanuit privaatrechtelijk perspectief ⁴⁹, maar dit neemt niet weg dat zij ook in het administratief recht haar plaats heeft en op dat domein zowel t.a.v. het optreden van het bestuur als t.a.v. het optreden van de burger relevantie vertoont ⁵⁰.

⁴⁷ R.v.St., Thys, nr. 26.116 van 28 januari 1986; Van Bergen, nr. 30.300 van 14 juni 1988.

⁴⁸ R.v.St., Van Bergen, nr. 30.300 van 14 juni 1988.

⁴⁹ Zie o.m. VAN OMMESLAGHE, P., «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 180, 735-791. Ook in ons omringende landen is aan de rechtsverwerking eerst, en vooral, in het privaatrecht aandacht besteed. In Nederland bv. werd voor het eerst aandacht besteed aan de rechtsverwerking in het administratief recht in de in 1975 door SCHELTEMA, M. en KONIJNENBELT, W., voor de algemene vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht uitgebrachte adviezen (Geschriften van de Vereniging, LXXIV).

⁵⁰ Zie ook de slotbeschouwingen.

3. HET VERTROUWENSBEGINSEL

In het rechtsverkeer heerst behoefte aan zekerheid. Die zekerheid impliceert dat, aangezien alle rechtsgenoten bij het maatschappelijk handelen rekening moeten houden met het gedrag van anderen, het gedrag van anderen tot op zekere hoogte voorspelbaar moet zijn, dat met elkaar te goeder trouw wordt gehandeld ten einde gewekte verwachtingen zo veel als mogelijk in te lossen. Dat is niet anders in de verhouding tussen burger en bestuur met dien verstande dat in het administratief recht, waarin gezagsverhoudingen een centrale plaats innemen, verwachtingen ook zullen kunnen worden gewekt door middel van regelgeving. Dit maakt dat, anders dan in het privaatrecht, in het administratief recht niet zozeer de vraag zal rijzen wat bestuur en burger van elkaar mogen verwachten, maar wel de vraag wat de burger van het bestuur mag verwachten ⁵¹.

Het kan als een onmiddellijk uitvloeisel van de rechtstaatsgedachte worden gezien dat de burger in alle opzichten zijn rechtspositie hoort te kunnen kennen. Dit betekent allereerst dat de door het bestuur uitgevaardigde normen duidelijk moeten zijn geformuleerd en dat zij voor het ruimst mogelijke publiek leesbaar en begrijpelijk zijn, zonder dat voor de uitleg ervan een beroep op een derde dient te worden gedaan of zonder dat de betekenis en draagwijdte van de normen afhangen van andere, onzekere factoren. De burger moet, als hij eenmaal met de normen wordt geconfronteerd, precies weten waar hij aan toe is ⁵².

Daarenboven moet de burger erop aan kunnen dat de normen inderdaad zullen worden toegepast en dat zij niet met terugwerkende kracht zullen ingrijpen in voor hem verworven toestanden ⁵³. De burger mag van het bestuur verwachten dat de uitgevaardigde normen blijven gelden totdat zij zijn opgeheven of door andere zijn vervangen ⁵⁴.

Al deze aan regelgeving gebonden aspecten kunnen worden samengebracht onder de noemer «rechtszekerheid» en vormen een door het bestuur te goeder trouw te behartigen streefdoel.

Maar niet alleen door eigenlijke regelgeving zal het bestuur bij de burger verwachtingen kunnen wekken, het zal dit ook kunnen doen door middel van o.m. beleidsregels (zogenoeten «pseudo-wetgeving»), het sluiten van overeenkom-

⁵¹ DONNER, A.M., «Het vertrouwensbeginsel. Inleiding», *R.M. Themis*, 1984, 5-6, 459.

⁵² Geoordeeld werd dat het K.B. van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het K.B. nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, er ten onrechte van uitgaat dat een beginnend zelfstandige die er niet op de hoogte van is dat hij bij een sociale verzekeringskas dient aan te sluiten, steeds nalatig is, terwijl de betrokkene best te goeder trouw kan menen geen sociale-zekerheidsbijdragen verschuldigd te zijn zolang hij geen of onvoldoende inkomsten geniet, te meer daar op het ogenblik dat de betrokkene op de hoogte wordt gebracht van de plicht tot aansluiting, de termijn voor het vragen van een vrijstelling van sommige bijdragen is verstreken (R.v.St., Klopfert, nr. 32.319 van 24 maart 1989).

⁵³ KONIJNENBELT stelt in dit verband: «Beide aspecten zijn een weerslag van wat de oosterburen 'Orientierungsgewissheit' noemen: je moet van het recht op aan kunnen, je moet erop kunnen bouwen» (KONIJNENBELT, W., o.c., 47).

⁵⁴ VAN ANGEREN, J.A.M., «Beginselen van behoorlijke wetgeving», *Kracht van wet*, Zwolle, 1984, 69.

sten allerhande, toezeggingen of aan de burger verstrekte inlichtingen.

Ook hier heet het dat het bestuur de door hem gewekte verwachtingen niet (licht) mag beschamen. Heeft de burger bv. gemeend erop te mogen vertrouwen dat een bestuursorgaan een bepaald beleid zou voeren en heeft hij op grond daarvan dingen gedaan die hij anders niet, of op een andere manier gedaan zou hebben, dan rijst de vraag of hij zich niet kan beroepen op het beginsel dat het bestuur het door hem opgewekte vertrouwen niet mag beschamen om alsnog te verkrijgen dat de bij hem levende verwachting wordt gehonoreerd. Dat bij het beantwoorden van die vraag uiteenlopende criteria in acht zullen kunnen worden genomen, zal verder nog blijken.

Het beginsel dat het bestuur het door hem opgewekte vertrouwen niet mag beschamen of, meer positief uitgedrukt, de opgewekte verwachtingen moet honoreren, is in zowel rechtsleer⁵⁵, als rechtspraak⁵⁶ als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur getypeerd. Men hanteert daarbij soms, zoals men ook in Nederland en Duitsland doet, het begrip van het «vertrouwensbeginsel».

In het arrest Eeckhout omschrijft de Raad van State het vertrouwensbeginsel als «... één der beginselen van behoorlijk bestuur krachtens hetwelk de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid, of op toezeggingen of beloften die de overheid in het concrete geval heeft gedaan»⁵⁷.

Het valt op dat publiekrechtelijke beschouwingen over het vertrouwensbeginsel wel eens uiteenlopende situaties beogen en dat de contouren van het beginsel niet door alle met het onderwerp begane auteurs op dezelfde wijze worden afgeleid. Dit heeft met name tot gevolg dat het vertrouwensbeginsel niet eendrachtelijk valt te onderscheiden van het rechtszekerheidsbeginsel en dat beide beginselen de ene keer als synoniemen worden beschouwd, en dat het vertrouwensbeginsel de andere keer eerder als een onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel wordt gezien⁵⁸.

Sommige auteurs hebben meer klaarheid in deze wat floue verhouding willen brengen door de term «rechtszekerheid» voor te behouden voor het beginsel dat wil dat het objectieve recht duidelijk zij en dat het wordt toegepast, en het vertrouwensbeginsel te koppelen aan het principe dat bescherming eist van «subjectieve» rechten die de burger op grond van concrete bestuurshandelingen meent te hebben⁵⁹.

⁵⁵ Zie bv. LAMBRECHTS die het beginsel catalogeert onder de inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur (LAMBRECHTS, W., o.c., 80).

⁵⁶ R.v.St., Bracke, nr. 20.324 van 13 mei 1980, R.W., 1981-82, 484, met noot Van Noten, W.; Lemaître, nr. 25.355 van 23 mei 1985; Vermeulen, nr. 27.685 van 17 maart 1987; Eeckhout, nr. 32.893 van 28 juni 1989.

⁵⁷ R.v.St., Eeckhout, nr. 32.893 van 28 juni 1989.

⁵⁸ Zie hieromtrent o.m. KONIJNENBELT, W., «Rechtsverwerking door het bestuur: het vertrouwensbeginsel in het administratieve recht», *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, LXXIV, 1975, 60-61.

⁵⁹ Zo o.m. RUITER, D.W.P., «Wettelijke ombuiging en het vertrouwensbeginsel», *Bestuurswetenschappen*, 1982, 25; BRENNINKMEYER, A.F.M. en WESTRA, H.R., «Jurisprudentie CRVB in ambtenarenzaken 1986-1987», *Bestuurswetenschappen*, 1988, 153.

Daarentegen zien andere auteurs het vertrouwensbeginsel ook als een fundamenteel beginsel van behoorlijke wetgeving «... dat soms wordt afgeleid uit het rechtszekerheidsbeginsel»⁶⁰.

Wat er ook van zij, de burger zal er doorgaans meer behoefte aan gevoelen zich voor de (administratieve) rechter te beroepen op het vertrouwensbeginsel inzake verwachtingen die het bestuur bij hem heeft gewekt op een andere manier dan door regelgeving (bv. ten gevolge van beloften of toezeggingen). Wat dat laatste betreft, zal zich trouwens meer het klassieke legaliteitstoezicht opdringen. Daarbij komt dat bestuurlijke regelgeving best een nefaste invloed kan hebben op de algemene vertrouwensrelatie burger/bestuur, zonder dat dit echter tot enige rechterlijke sanctionering aanleiding kan geven in het concrete, de burger aanbelangende geval.

Zo werkt een herhaalde wijziging van regelen weliswaar niet vertrouwensbevorderend, maar kan niettemin de burger bezwaarlijk worden geacht er zich voor de rechter op te kunnen beroepen dat die regelen in de toekomst ongewijzigd dienen te blijven⁶¹. De bescherming van het vertrouwen van de burger in regelgeving lijkt vooral afdwingbaar voor de rechter indien op grond van de bestaande regelgeving bepaalde handelingen zijn verricht of nagelaten die anders hadden kunnen uitvallen indien men de nieuwe, met terugwerkende kracht uitgevaardigde, regelen op het ogenblik van het handelen (of niet-handelen) had gekend⁶².

In de rechtspraak van de Raad van State wordt het vertrouwensbeginsel vooral gehanteerd inzake de door beleidsregels of door aan de burger verstrekte informatie⁶³ bij deze laatste gewekte verwachtingen. Het vertrouwensbeginsel mag dan nog eng verstrengd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel⁶⁴, niet zelden zal het vertrouwensbeginsel in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel worden toegepast, in die zin dat ervan wordt uitgegaan dat ten

⁶⁰ WAALDIJK, C., *Wetgevingswijzer*, Lelystad, 1987, 8-9, en de er geciteerde auteurs. Vast te stellen valt dat sinds de inaugurale rede van OOSTENBRINK (*Algemene beginselen van behoorlijke wetgeving*?, Vrije universiteit Amsterdam, 1973) de belangstelling die in Nederland voor genoemde beginselen wordt betoond, in stijgende lijn gaat.

⁶¹ In een recent arrest van de Raad van State wordt geoordeeld dat, «daargelaten de vraag of de onvoldoende nauwkeurigheid van een rechtsnorm de vernietiging van die norm door de Raad van State kan wettigen», het K.B. van 17 juli 1984 houdende vaststelling van de standplaatsverplichting voor sommige personeelsleden van de Regie voor Maritiem Transport, niet een dergelijke graad van onnauwkeurigheid vertoont dat de rechtsonderhorigen niet in staat zouden zijn te weten te komen of zij al dan niet onder toepassing ervan vallen, hetgeen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens trouwens reeds veroordeeld heeft in het arrest Sunday Times van 26 april 1979, *Publ. Cour*, serie A, vol. 30, 49 (R.v.St., Christelijke Vakbond van Communicatiemiddelen en cultuur, nr. 32.632 van 23 mei 1989).

⁶² SCHELTEMA, M., «Enkele gedachten over het vertrouwensbeginsel in het publiekrecht», *R.M. Themis*, 1984, nr. 5-6, 544.

⁶³ I.v.m. de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State zie o.m. BOES, M., *Preventieve rechtsbescherming bij de bestuurlijke besluitvorming*, Leuven, 1975, 289-308; SUETENS, L.P., noot bij R.v.St., Tedesco, nr. 17.024 van 20 mei 1975, R.W., 1975-76, 421-424.

⁶⁴ SCHELTEMA, M., o.c., *R.M. Themis*, 1984, nr. 5-6, 540.

onrechte verwachtingen zijn gewekt ten gevolge van onzorgvuldig bestuursoptreden.

Indien de algemene modaliteiten van een universitair examen individueel aan de studenten worden aangezegd, dienen de wijzigingen ervan op dezelfde individuele wijze en vóór het beginnen van de examenperiode aan de ingeschreven examinandi te worden meegedeeld⁶⁵. Het bestuur schendt de zorgvuldigheidsplicht door een personeelslid foutieve informatie te verschaffen die hem in dwaling brengt en bij hem de verwachting wekt dat hij na het slagen in een examen zou worden benoemd tot vastbenoemd klerk en dat hij inmiddels in de wervingsreserve van klerk zou kunnen worden ingeschreven⁶⁶.

Ook wat de van het bestuur afkomstige beleidsregels betreft, zal het vertrouwensbeginsel veelal in combinatie met andere beginselen worden gehanteerd. Het bestuur dient de richtlijnen die het uitvaardigt, te honoreren. De burger moet hierop kunnen vertrouwen. Dat het bestuur niet willekeurig van dergelijke richtlijnen vermag af te wijken, kan worden verklaard door het feit dat die richtlijnen hun zin ontleen aan oogmerken als «samenhangend beleid, gelijke behandeling en rechtszekerheid»⁶⁷.

De binding van het bestuur aan door hem gehanteerde beleidsregels is gegrond op het vertrouwensbeginsel⁶⁸, maar heeft tegelijk te maken met het gelijkheidsbeginsel en met hetgeen het «consistentiebeginsel» is genoemd, d.w.z. de eis dat het bestuursbeleid een zekere samenhang blijft vertonen⁶⁹. Het bestuur vermag in individuele gevallen van de uitgestippelde gedragslijn af te wijken, mits het zich daarvoor op in redelijkheid aanvaardbare motieven kan beroepen⁷⁰.

Het feit bv. dat het bestuur in een circulaire tot de regeling van een leerplan overgaat, betekent niet dat het bestuur op elk ogenblik het leerprogramma kan wijzigen, zodat de kinderen die tot een welbepaald leerprogramma zijn toegetreden – evenals hun ouders – in hun rechtmatige verwachtingen te kort worden gedaan. Een leerling mag immers redelijkerwijze verwachten dat de keuze die hij deed op het ogenblik van zijn inschrijving, minstens gedurende de periode van die graad ongewijzigd zal blijven⁷¹. Plotselinge wijzigingen hierin kunnen slechts om zeer gewichtige redenen aanvaard worden.

In het arrest Vermeulen van 17 maart 1987 heeft de Raad van State drie voorwaarden vooropgesteld waaraan moet

zijn voldaan opdat het beginsel volgens hetwelk het bestuur het door hem opgewekte vertrouwen niet mag beschamen, kan worden ingeroepen⁷². Die voorwaarden zijn het bestaan van een vergissing vanwege het bestuur, het ten gevolge van die vergissing verlenen van een voordeel aan een rechtsonderhorige en de afwezigheid van gewichtige redenen om die rechtsonderhorige dat voordeel te ontnemen.

De burger zal inderdaad niet bij de minste teleurstelling van de bij hem gewekte verwachtingen op batige wijze een beroep kunnen doen op het vertrouwensbeginsel. De verwachtingen moeten voor alles door het bestuur zelf zijn gewekt: de burger moet m.a.w. kunnen verwijzen naar enig bestuurlijk gedrag – doen of nalaten – dat aanleiding heeft gegeven tot het ontluiken van de verwachtingen.

Van belang is voorts of gesproken kan worden van een vertrouwen of een verwachting waarop in redelijkheid gebouwd kan worden. De burger dient, wat dat betreft, het verwachtingwekkend gedrag van het bestuur in redelijkheid te taxeren. Hij zal zich niet op een schending van het vertrouwensbeginsel kunnen beroepen indien hij er in redelijkheid niet had toe mogen komen op het bestuursgedrag de verwachting te bouwen waarop hij zich beroept.

Gaat het bv. om een gedane toezegging dan dringt zich de vraag op of deze is gedaan door het daartoe bevoegde bestuursorgaan en wel in zodanige bewoordingen dat zij geen grond voor twijfel biedt.

Ligt aan de opgewekte verwachtingen een bestuurlijke vergissing ten grondslag, dan mag het niet zo zijn dat de burger bij normale oplettendheid de fout zelf had kunnen ontdekken. De burger zal zich bv. niet op de mededeling van een ambtenaar in verband met de uitlegging van een verordenende tekst kunnen beroepen als hij bij nauwkeurige lezing van de tekst zelf had moeten ontdekken dat diens interpretatie onjuist was⁷³. Hij zal zich evenmin op het vertrouwensbeginsel kunnen beroepen indien hijzelf onjuiste of onvolledige informatie aan het bestuur heeft verstrekt.

Het latere teleurstellingsgedrag mag niet reeds door het bestuur als mogelijkheid zijn ingebouwd in het patroon van gewekte verwachtingen. Is dat wel geschied, dan is er als het ware een «voorbehoud van teleurstelling» gemaakt dat onvermijdelijk aangeeft hoever het vertrouwen mocht reiken⁷⁴.

Tevens lijkt het aanneembaar te stellen dat het vertrouwensbeginsel mede dient te worden beoordeeld met inachtneming van de aard van de in het geding zijnde bestuurshandeling. Verwachtingen die bij de burger zijn gewekt naar aanleiding van bv. een bestuurlijke toezegging in een specifiek, concreet geval, kunnen van een andere intensiteit zijn dan die welke, op het meer algemene vlak, door bv. beleidsregels zijn gewekt.

Hiermee samenhangend achten sommigen de gebondenheid van het bestuur aan vroegere gedragingen gemakkelijker aanwezig naarmate die gedragingen meer in de sfeer van de uitvoering van het beleid liggen: verwachtingen die zijn opgewekt door pseudo-wetgeving, zouden in die optiek minder snel gehonoreerd moeten worden dan verwachtingen ge-

⁶⁵ R.v.St., Bracke, nr. 20.324 van 13 mei 1980, *R.W.*, 1981-82, 484, met noot VAN NOTEN, W.

⁶⁶ R.v.St., Lemaître, nr. 25.355 van 23 mei 1985.

⁶⁷ R.v.St., Behey, nr. 24.467 van 20 juni 1984.

⁶⁸ Zie reeds SUTENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht», *T.B.P.*, 1970, 387; en de noot van deze auteur bij R.v.St., Lion, nr. 15.094 van 22 december 1971, *R.W.*, 1972-73, 313.

⁶⁹ LEUS, K., «Beleidsregelgeving en het rechtsbegrip 'richtlijn' in de rechtspraak van de Raad van State: een terreinverkenning», *T.B.P.*, 1987, 404.

⁷⁰ R.v.St., Behey, nr. 24.467 van 20 juni 1984; zie ook LEMMENS, P., auditoraatsverslag R.v.St., Koninklijke Federatie der Zelfstandige Landmeters-experts, nr. 26.640 van 12 juni 1986, *R.W.*, 1986-87, 663.

⁷¹ R.v.St., Verbergh, nr. 22.137 van 23 maart 1982.

⁷² R.v.St., Vermeulen, nr. 27.685 van 17 maart 1987.

⁷³ IN 'T VELD, J., «Beginselen van behoorlijk bestuur», *Bestuurswetenschappen*, 1978, 96.

⁷⁴ RUITER, D.W.P., o.c., 26.

wekt door gedragingen bij de behandeling van een concreet geval ⁷⁵. Naarmate de door het bestuur gecreëerde vertrouwensrelatie dichter wordt, zou het vertrouwensbeginsel m.a.w. aan relevantie kunnen winnen.

Anderzijds kan het vertrouwenwekkend gedrag van het bestuur minder uitgesproken vormen aannemen, in die zin dat de burger niet zozeer uit een welbepaalde beslissing of handeling van het bestuur verwachtingen kan putten, maar wel uit het geheel van gedragingen van het bestuur als dusdanig. Zo bv. zou bij een ambtenaar die na een proeftijd jaren in dienst blijft zonder dat het bestuur die proeftijd heeft verlengd en zonder dat hem enige ongunstige beoordeling kan worden tegengeworpen, de verwachting kunnen zijn gewekt dat hij vast benoemd zal worden, ook al geeft het verstrijken van de proefperiode op zichzelf geen recht op een vaste benoeming.

Opdat de burger zich op het vertrouwensbeginsel kan beroepen, is tevens vereist geworden dat de betrokkene op grond van het gewekte vertrouwen handelingen heeft gesteld, of er zich van heeft onthouden om handelingen te stellen, hetgeen hij – mochten die verwachtingen niet zijn gewekt – niet zou hebben gedaan ⁷⁶. Het vertrouwensbeginsel impliceert in die optiek bijgevolg meer dan louter het bestaan van een blote verwachting die voorts geen enkele repercussie heeft gehad voor de toestand van de burger.

Het beginsel dat het door het bestuur opgewekte vertrouwen niet mag worden beschaamd, beoogt in essentie compensatie te bieden voor de ruimte die de wet aan het bestuur pleegt te bieden, als gevolg waarvan de door de rechtsstaat verlangde voorspelbaarheid van het bestuursoptreden is afgenomen ⁷⁷.

Het beginsel krijgt zijn volle betekenis in de gevallen waarin aan een bestuursorgaan bij de uitvoering van een wettelijk voorschrift binnen het kader van dat voorschrift een bepaalde beleidsvrijheid toekomt ⁷⁸.

Het beginsel vermag niet – evemin trouwens als andere beginselen van behoorlijk bestuur ⁷⁹ – te worden gehanteerd tegen uitdrukkelijke (andersluidende) wettelijke bepalingen. Het vertrouwensbeginsel kan alleen al om die reden niet meebrengen dat vertrouwen, gewekt door het enkele stilzitten van het bestuur, zou moeten leiden tot het handhaven van een onwettige situatie. Het bestuur kan niet worden geacht, indien het lange tijd in gebreke is gebleven aan een wet de hand te houden en de hem uit kracht van die wet toekomende bevoegdheden te gebruiken, zijn recht om dit ineens wel te gaan doen, te hebben verwerkt ⁸⁰. De burger kan niet stellen dat hij door een dergelijk «gedogend» be-

stuursoptreden, het recht heeft verworven op behoud, voor de toekomst, van de onwettige toestand ⁸¹. Of om het in meer algemene zin te verwoorden: vertrouwensbescherming contra legem kan principieel niet. Het vertrouwensbeginsel vermag niet het wettigheidsbeginsel te doorbreken ⁸².

4. HET BEGINSEL VAN DE FAIR PLAY

De goede trouw van het bestuur is ook aan de orde waar het gaat om het zogeheten beginsel van fair play. Het bestuur dient in zijn relatie met de burger een elementaire eerlijkheid aan de dag te leggen. Het gaat bij fair play inderdaad om «regels van burgerlijk fatsoen, die als zo vanzelfsprekend worden aanvoeld dat gezegd kan worden dat zij leven in het algemeen rechtsbewustzijn» ⁸³.

Het «fair play»-beginsel wordt, in tegenstelling tot wat geldt voor andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur, niet met zoveel woorden als vernietigingsgrond gehanteerd in de rechtspraak van de Raad van State; toch speelt het onmiskenbaar een rol bij het tot stand komen van menig arrest.

Het beginsel valt bezwaarlijk met grote precisie te omlijnen, al mag er wel op worden gewezen dat eraan in het verleden niet steeds een eenvormige inhoud is meegegeven. Doelde de term «fair play» volgens Wiarda «op de groep van normen en beginselen die bij een behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen als waarborg voor de onpartijdigheid van de bestuurder en van de gelegenheid die de burger behoort te hebben om op te komen voor zijn bij bepaalde bestuurshandelingen betrokken belangen» ⁸⁴, dan gebruikten andere auteurs de term in een meer specifieke zin om ermee aan te duiden dat het bestuur zich niet van onfatsoenlijke middelen mag bedienen om de burger in het verkrijgen van zijn recht te hinderen door o.m. het achterhouden van relevante gegevens of het verstrekken van onjuiste gegevens, het uitstellen of niet nemen van beslissingen waarbij de burger belang heeft, het toepassen van een vertragingstactiek of, integendeel, het handelen met overdreven spoed ⁸⁵.

Klassieke, uit de rechtspraak van de Raad van State geputte voorbeelden die de toepassing van het beginsel van de fair play illustreren, betreffen de zogeheten benoemingen «in extremis» en de in het kader van de «lopende zaken» genomen beslissingen ⁸⁶.

⁸¹ Zie bv. R.v.St., Ponsaerts, nr. 30.642 van 7 september 1988.

⁸² Anders: SCHELTEMA, M., o.c., *R.M. Themis*, 1984, nr. 5-6, 544-549. Met verwijzing naar Mok's «tweede graads-vertrouwensbeginsel» (conclusie H.R. van 23 juni 1982, *A.B.*, 1983, 121) sluit de auteur het niet uit dat in bepaalde gevallen opgewekte verwachtingen die in strijd zijn met wettelijke voorschriften, dienen te worden gehonoreerd. Ook reeds geciteerde auteurs als KONIJNENBELT en IN 't VELD hebben deze stelling – die ook in de Nederlandse rechtspraak navolging heeft gekregen – verdedigd.

⁸³ IN 't VELD, J., o.c., *Bestuurswetenschappen*, 1978, 98.

⁸⁴ WIARDA, G., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht», *T.B.P.*, 1970, 372. Het zou volgens de auteur in wezen gaan om hetgeen in het Frans toch als «de respect des droits de la défense» wordt aangeduid.

⁸⁵ Zie o.m. SUETENS, L.P., in zijn reeds geciteerde bijdrage, *T.B.P.*, 1981, 85.

⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁵ SCHELTEMA, M., o.c., *Geschriften V.A.R.*, 1975, 13.

⁷⁶ KONIJNENBELT, W., o.c., *Geschriften V.A.R.*, 1975, 104-105; zie o.m. ook de geciteerde rechtspraak van de Nederlandse Centrale Raad van Beroep in BRENNINKMEYER, A.F.M. en WESTRA, H.R., o.c., 154.

⁷⁷ L, K., o.c., 404.

⁷⁸ Zie ook LENAERTS, H., conclusie bij Cass., 23 juni 1980, *T.B.P.*, 1980, 504.

⁷⁹ SUETENS, L.P., o.c., *T.B.P.*, 1981, 89. Een uitzondering dringt zich wel op voor het gelijkheidsbeginsel.

⁸⁰ IN 't VELD, J., o.c., *Bestuurswetenschappen*, 1978, 97. Deze auteur pleit ervoor dat, in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het niet langer berusten in de onwettige toestand tijdig kennis wordt gegeven aan de burger.

Zo werd vernietigd de benoeming van een gemeentesecretaris in vast verband door de gemeenteraad, enkele weken vooraleer het mandaat van de leden een einde nam en de gemeente in een nieuwe fusiegemeente werd opgenomen, en dit op grond van het motief van het «in extremis» karakter van de benoeming ⁸⁷.

Daarentegen werd de intrekking, binnen de termijn voor het instellen van een beroep bij de Raad van State, van een constitutieve bestuurshandeling, als rechtmatig beoordeeld omdat de bestuurshandeling voorkwam als een plots opgezette en geforceerd uitgevoerde operatie uitgaand van een minister die, na het ontslag van de regering, niet meer politiek verantwoordelijk was en geen beslissingen vermocht te nemen die niet konden worden bestempeld als behorende tot de afhandeling van de lopende zaken ⁸⁸.

Vernietigd werd het koninklijk besluit waarbij zodanig vlug vergunning was verleend voor het bouwen van de lichtkoelinrichting van de kerncentrale Tihange II, dat het college van burgemeester en schepenen van Hoei verhinderd was zijn recht om te worden gehoord uit te oefenen ⁸⁹.

Fair play kan niet alleen in geval van overdreven spoed vanwege het bestuur in het gedrang komen: het bestuur kan het beginsel ook schenden door het toepassen van vertragingssmanoeuvres. Dit zou het geval zijn indien het bestuur zou talmen om over een bij hem ingediend bezwaarschrift te beschikken ten einde op die wijze aan de burger de mogelijkheid te onthouden zijn recht van beroep uit te oefenen ⁹⁰. Het bestuur mag niet de benoeming van ambtenaren uitstellen ten einde op die wijze te bewerkstellingen dat kandidaten worden uitgesloten ⁹¹.

Aan de fair play van het bestuur kan worden getwijfeld indien het weigert om een door de wet geboden of in het vooruitzicht gestelde mogelijkheid of voordeel voor de burger in acht te nemen, wanneer het zich in een positie bevindt waarin hiermee wel degelijk rekening kan worden gehouden. Zo werd geoordeeld dat het bestuur een benoeming kon uitstellen tot een nieuwe, met relatieve zekerheid te verwachten en voor de verzoeker voordelige, regeling betreffende de herwaardering van diens betrekking van kracht zou worden ⁹².

Het komt aan een examencommissie toe te bepalen welke vragen worden gesteld, en de gegeven antwoorden te beoordelen. De Raad van State kan ter zake nochtans optreden indien de gestelde vragen duidelijk niet het karakter hebben van vragen die op het examen mogen worden gesteld of die enkel tot doel hebben een bepaalde kandidaat in moeilijkheden te brengen ⁹³.

Het beginsel van de fair play onderstelt opzet, kwade trouw, moedwilligheid, hetgeen het beginsel onderscheidt van andere zoals het zorgvuldigheids- of redelijkheidsbeginsel. Kwade trouw zal echter veelal moeilijk te bewijzen zijn en mede daardoor zal de rechter doorgaans makkelijker een beroep doen op andere beginselen van behoorlijk bestuur, dan op het de kwade trouw onderstellende «fair play»-be-

ginsel. Hij zal dat kunnen doen omdat normen van redelijkheid, zedelijkheid en fatsoen dikwijls in elkaar overlopen.

Het feit dat het bestuur nalaat om een personeelslid erop te attenderen dat, wil het zijn rechten vrijwaren, het niet voldoende is op de beoordelingsstaat aan te duiden dat het niet akkoord gaat met de voorgestelde vermelding, doch dat daartoe tevens het indienen van een bezwaarschrift is vereist, kan als een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel worden opgevat ⁹⁴. Indien het niet-attenderen manifest aan een moedwillige misleiding valt toe te schrijven, zou echter evenzeer van een schending van het «fair play»-beginsel kunnen worden gewaagd. Het bezigen van andere beginselen dan die van de fair play sluit m.a.w. geenszins een latente aanwezigheid van kwade trouw van de kant van het bestuur uit.

5. HET OP EEN BEHOORLIJKE WIJZE RECHT ZOEKEN

Als eenmaal de conflictuele situatie tussen burger en bestuur door de rechter beslecht dient te worden, zullen beide partijen een elementaire goede trouw aan de dag moeten leggen bij de behandeling van hun zaak. Zij zullen niet een behoorlijke procesgang mogen verhinderen of bemoeilijken, of beter: zij zullen voor hun aandeel in die procesgang naar behoren dienen in te staan gegeven zijnde het feit dat de primaire adressaat van hetgeen als de «algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak» is getypeerd, de rechter zelf is ⁹⁵. Een aantal aspecten van die «processuele» goede-trouwnorm verdienen nadere aandacht.

a. Het voldoende inzicht verwerven in de voor de rechter bestreden beslissing

Lichtzinnig aangespannen gedingen impliceren niet steeds het ontbreken van goede trouw bij de verzoeker. O.m. om reden van de bestuurlijke beslotenheid zal de burger niet altijd direct klaar zien in de precieze draagwijdte van de hem aanbelangende bestuursbeslissing.

Aan de andere kant zal die beslissing vaak enkel met naleving van stringente beroepstermijnen kunnen worden aangevochten, hetgeen maakt dat de burger niet zelden, wil hij zijn rechten niet verliezen, geneigd zal zijn alvast het beroep in te stellen, ook al zal pas achteraf blijken of dat beroep zinvol is of niet.

Er is in het verleden gepleit voor de verlenging van de termijn voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad

⁸⁷ R.v.St., Boone, nr. 25.182 van 2 april 1985.

⁹⁵ Zie o.m. VAN MAARSEVEEN, H., en STOUT, H., «Algemene beginselen van behoorlijke rechtspraak», *N.J.*, 1979, 193-200. Wat meer specifiek de beginselen van administratief procesrecht betreft, zie VAN GALEN, A.G., en VAN MAARSEVEEN, H. Th. J.F., *Beginselen van administratief procesrecht*, Preadvies V.A.R., 1978, 21 (de auteurs onderscheiden vier beginselen: het decisiebeginsel, het onafhankelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het verdedigingsbeginsel). Meer recent: DE WAARD, B.W.N., *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, Zwolle, 1987. Op de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op rechterlijke organen, die ook overheidsorganen zijn, wordt niet nader ingegaan. Zie hieromtrent o.m. VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijke rechtspraak», *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, 1983, I, 23-29.

⁸⁷ R.v.St., Boeckhout, nr. 20.040 van 15 januari 1980.

⁸⁸ R.v.St., Joos, nr. 20.080 van 29 januari 1980.

⁸⁹ R.v.St., Hoei, nr. 21.055 van 20 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 1622-1625, met noot.

⁹⁰ IN 't VELD, J., o.c., *Bestuurswetenschappen*, 1978, 98.

⁹¹ Vgl. R.v.St., Jassogne, nr. 25.322 van 13 mei 1985.

⁹² R.v.St., Wielands, nr. 30.133 van 24 mei 1988.

⁹³ R.v.St., Mathieu, nr. 22.285 van 27 mei 1985.

van State ten gunste van de verzoeker die eerst bij het bestuur informeert alvorens het beroep in te stellen⁹⁶, ten einde alzo de bezorgdheid — in feite de goede trouw — van de burger om zich niet lichtzinnig, maar op zinvolle wijze, tot de rechter te wenden enigszins te honoreren.

Een dergelijk honoreren wordt door de Raad van State in het arrest Van Deun van 13 oktober 1987 treffend als volgt verwoord: «De zorg van verzoeker om een zinvol beroep in te stellen, d.w.z. een beroep pas ingesteld nadat hij het mondeling meegedeelde motief van de beslissing zelf had gecontroleerd en vervolgens de betrokken minister om informatie daaromtrent had verzocht, heeft tot overschrijding van de strikte beroepstermijn met één maand geleid. Zulke, op oorbare, want het zinvol instellen van een annulatieberoep dienende, redenen berustende overschrijding van de naar de letter van het procedurereglement berekende beroepstermijn kan naar de geest van het reglement aanvaard worden. Het oogmerk van de kort gehouden beroepstermijn is immers het vrijwaren van de rechtszekerheid en niet ernstig staande kan worden gehouden dat dit oogmerk in het gedrang komt door een kort overschrijden van de letterlijk berekende beroepstermijn om redenen die op goed geluk af ingestelde annulatieberoepen zoeken te voorkomen»⁹⁷.

Vanuit dezelfde optiek werd aangenomen dat de termijn voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State pas ingaat vanaf het ogenblik dat de verzoeker, personeelslid van het rijks-, nu gemeenschapsonderwijs, inlichtingen heeft verkregen van zijn vakbond die echter «... niet al de tijd voor zich heeft om zich van die opdracht te kwijten», met als gevolg dat «... bij mislukken van die opdracht de verzoekende partij dan maar als het haar zint (...) lukraak beroep zal moeten instellen»⁹⁸.

Het invoeren door een verzoeker van de wil tot het vermijden van op roekeloze of lichtzinnige manier ingestelde beroepen mag nochtans niet tot een alibi uitgroeien dat de laattijdigheid van het beroep vermag te vergoelijken⁹⁹.

Anderzijds kan van geen lichtzinnig ingesteld beroep sprake zijn indien de bestreden beslissing de verzoeker heeft misleid omtrent de mogelijkheid van het instellen van het beroep, in welk geval trouwens de kosten van het geding ten laste zullen kunnen worden gelegd van het bestuur¹⁰⁰.

b. Het zich tot de rechter wenden uit rancune of als pressiemiddel

Het administratief procesrecht is niet vertrouwd met de vordering wegens «tergend en roekeloos geding». Toch zijn de motieven waardoor verzoekers zich laten leiden om een

geding aan te spannen dat een betwisting omtrent een bestuurlijke beslissing tot voorwerp heeft, niet altijd even eerbarmig, in die zin dat verzoekers somtijds het proces niet zozeer als een middel zien om een tussen hen en het bestuur gerezen geschil te beslechten, als wel het proces aangrijpen om een ander, veelal gemaskeerd, doel na te streven.

Verzoekers kunnen bv. door louter rancune worden gedreven wanneer zij een annulatieberoep bij de Raad van State instellen met het enkele doel het benoemingspatroon in een openbaar bestuur te verstoren of te blokkeren. Die rancune zal zich eventueel richten tot een individu, bv. een ambtenaar wiens bevordering men aanvecht goed wetende dat, al heeft men in casu niet het vereiste belang bij de nietigverklaring van de bevordering, op die manier de rechtstoestand van de betrokkene op zijn minst een tijd lang onzeker blijft hangende het geding.

Er mag trouwens worden opgemerkt dat de niet te goeder trouw handelende verzoeker ook misbruik van de ter uitvoering van de wet van 16 juni 1989 uitgewerkte schorsingsprocedure voor de Raad van State kan maken door een, desnoods gefantaseerde, vraag tot opschorting van de bestreden beslissing te formuleren ten einde alzo automatisch de opschorting ervan te verkrijgen¹⁰¹.

Een louter rancuneus beroep impliceert een misbruik van procesrecht. Dit kan ook het geval zijn indien een verzoeker het geding degradeert tot een louter pressiedoel t.a.v. het bestuur om er dit laatste toe aan te zetten hem een bepaald voordeel toe te kennen¹⁰². Zo bv. kan een ambtenaar in een annulatieberoep dat een aantal benoemingen tot voorwerp heeft, een middel zien om van het bestuur een benoeming voor zichzelf af te dwingen in ruil voor een afstand van geding. Verzoekers voordeel wordt alsdan echter nagestreefd met toebrenging van het nadeel van de rechtsonzekerheid aan de personen wier benoemingen in het initiële geding worden bestreden.

¹⁰¹ De opschorting zal automatisch geschieden vanaf de dag volgend op de toesturing door de hoofdgriffier van een kopie van het verzoekschrift tot nietigverklaring en van het verzoekschrift tot schorsing aan de auditeur-generaal en aan de verwerende partij, met dien verstande dat artikel 10 van het K.B. van 27 oktober 1989 tot bepaling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, waarbij een vordering tot schorsing aanhangig is gemaakt, in de mogelijkheid van een spoedeisende behandeling voorziet. Deze mogelijkheid is door de afdeling wetgeving van de Raad van State geïnspireerd geworden, nadat deze zich bij het risico verbonden aan de automatische opschorting de volgende bedenking had gemaakt: «Als het loutere indienen van een verzoekschrift tot nietigverklaring waaraan een vordering tot schorsing gekoppeld is, automatische schorsing gedurende de tijd die nodig is voor het onderzoek van de vordering tot gevolg kan hebben, zal men dan niet geneigd zijn om roekeloos zo'n verzoekschrift of zo'n vordering in te dienen met als enig doel dat resultaat te bereiken en misschien ook het optreden van het overheidsbestuur onherstelbaar stil te leggen op gebieden waar het algemeen belang eronder zou kunnen leiden, bv. inzake de handhaving van de openbare orde of het bezweren van een dreigend gevaar?» (advies R.v.St., K.B. 27 oktober 1989, *Stbl.*, 11 november 1989, 18.619).

¹⁰² Zie ook LANCKSWERDT, E., «Rechtsbescherming en administratief contentieux. Deelrapport 2.. Overwinning op afstand : notities over de praktijk van de afstand van geding voor de Belgische Raad van State», R.U.G., 1989, 4 en 18.

⁹⁶ BORRET, J., «Pleidooi voor de verlenging van de termijn voor het instellen van een annulatieberoep ten gunste van de verzoeker die zich eerst bij het bestuur informeert», *T.B.P.*, 1980, 78-89.

⁹⁷ R.v.St., Van Deun, nr. 28.578 van 13 oktober 1987.

⁹⁸ R.v.St., Roeffaers, nr. 28.827 van 17 november 1987. In dit arrest wordt, zoals in vroegere arresten als R.v.St., Capellen, nr. 21.666 van 15 december 1981, het feit benadrukt «... dat het in het rijksonderwijs een vaste praktijk van de administratie is om te weigeren aan leerkrachten, zelfs aan belanghebbende leerkrachten, inlichtingen te geven over de rechtstoestand van collega's...» Zie ook R.v.St., Gysemberg, nr. 32.628 van 23 mei 1989.

⁹⁹ Zie bv. R.v.St., Cassimons, nr. 25.112 van 7 maart 1985.

¹⁰⁰ Zie bv. R.v.St., Joosten, nr. 32.552 van 11 mei 1989.

Ook het bestuur moet zich van het ongeoorloofde presi-
siemiddelen onthouden, in die zin dat het bv. niet zijn amb-
tenaren tot een afstand van het door hen bij de Raad van
State aangespannen geding mag dwingen ¹⁰³.

c. Het instellen van een chicanerend beroep

De verzoeker die zich tot de administratieve rechter, en in-
zonderheid tot de Raad van State optredend als annulatie-
rechter, wendt, dient er zich van bewust te zijn dat zijn be-
roep het uiteindelijk lot van de bestreden handeling onzeker
maakt. Een beroep instellen of handhaven dat door de ver-
zoeker zelf kansloos om te slagen wordt geacht, komt, van-
uit die optiek bekeken, als onbehoorlijk over.

De verzoeker dient er zich van te onthouden louter spe-
culatieve of chicanerende beroepen ¹⁰⁴ in te stellen, d.w.z.
beroepen die zijn gebaseerd op gezochte of niet gestoffeerde
bezwaren en m.b.t. welke verzoeker eventueel erop kan spe-
culeren dat die bezwaren alsnog als ontvankelijke rechtsmid-
delen zullen kunnen doorgaan, bij gebreke van andere, beter
onderbouwde bezwaren ¹⁰⁵.

Meer algemeen trouwens mag worden gesteld dat partijen,
in casu burger en bestuur, elkaar tijdens het geding openlijk
en met gebruikmaking van eerlijke middelen moeten bestrij-
den. Zij dienen van fair play in de procesvoering te getuigen.
Dit impliceert o.m. dat het bestuur niet zijn toevlucht mag
zoeken in verweermiddelen geput uit eigen onrechtmatig op-
treden of inertie ¹⁰⁶.

Het bestuur is niet gerechtigd om zich, ter gelegenheid van
een geschil over de weigering van een subsidie, te beroepen
op de niet-neerlegging van de ledenlijst ter griffie van de bur-
gerlijke rechtbank, indien het te voren met de betrokken
V.Z.W. bewust heeft gehandeld alsof het verzuim niet
bestond ¹⁰⁷. Het bestuur kan evenmin worden geacht zich op
een faire manier te gedragen door een obstinate omzeiling
van de wettigheid, waarop de Raad van State het bestuur
reeds in menig arrest had gewezen, toe te schrijven aan on-
wetendheid van zijnentwege ¹⁰⁸.

Fair play in de procesvoering lijkt bv. ook in het gedrang
te worden gebracht door een partij die in een geding voor
de Raad van State om een vertaling van de procedurestukken
verzoekt en naderhand in een memorie van wederantwoord
aanvoert de taal van de procedure grondig te kennen ¹⁰⁹.

d. Het verlenen van medewerking aan de rechter

Partijen dienen de procedureregels zorgvuldig in acht te
nemen en moeten, zeker in een inquisitoriale procedure zoals
die voor de Raad van State, de hun geboden mogelijkheden
om hun standpunten duidelijk te maken, aangrijpen op ge-
vaar af anders een behoorlijk verloop van het proces te ver-
storen.

Op dat vlak heeft zich in de loop van het voorbije decen-
nium een rechtspraak ontwikkeld die de passiviteit van de
verzoeker in een geding voor de Raad van State en zijn ge-
brek aan medewerking sanctioneert door middel van een
strengere beoordeling van het vereiste van het actueel be-
lang, in die zin dat het in de loop van de schriftelijke pro-
cedure volgehouden vertoon van gemis aan belangstelling
voor de behandeling van zijn beroep door de rechter, doet
vermoeden dat hij niet langer belang heeft bij het beroep dat
om die reden als niet ontvankelijk kan worden
beschouwd ¹¹⁰. Dat kan niet worden verholpen door het
schrijven van een brief n.a.v. de openbare terechtzitting ¹¹¹
of door een verschijning ter terechtzitting van verzoeker of
diens advocaat ¹¹². In de praktijk wordt het gebrek aan me-
dewerking van verzoeker op zulk een wijze gesanctioneerd
indien deze nalaat te reageren op de voor hem ongunstige
standpunten van de andere partijen en de autiteur ¹¹³.

Een gebrekkige medewerking met de rechter strijdt met
het beginsel van het «op behoorlijke wijze recht zoeken»;
niettemin zal niet uitsluitend de verzoekende partij zich aan
een gebrekkige medewerking met de rechter kunnen bezon-
digen: ook de verwerende partij, en in casu het bestuur, zal
zich daaraan schuldig kunnen maken. Te denken valt hierbij
o.m. aan het bestuur dat weigert het administratief dossier
of stukken ervan neer te leggen op de griffie of dat stukken
doet verdwijnen of achterhoudt ¹¹⁴, of nog, met de neerleg-
ging van stukken wacht tot de dag vóór de openbare
terechtzing ¹¹⁵, in welke gevallen de rechter ertoe genoopt
kan zijn uitsluitend op grond van de door verzoeker over-
gelegde documenten uitspraak te doen. Het bestuur zal trou-
wens, als de rechterlijke uitspraak er eenmaal is, moeten zor-
gen voor de uitvoering ervan en ook op dat vlak kan de goe-
de trouw om de hoek komen kijken; al dient te worden ge-

¹⁰³ ELST, R., «Misbruiken bij afstand van het geding voor de
Raad van State», *R.W.*, 1973-74, 1039-1044.

¹⁰⁴ De term wordt gebruikt door VAN POELJE, S.O., in zijn slot-
beschouwing bij het themanummer «Rechtsbescherming», *Be-
stuurswetenschappen*, 1988, 454, die het beschouwt als een van de
«beginselen van behoorlijk recht zoeken».

¹⁰⁵ Zie bv. recent R.v.St., Gemeenteraadsverkiezing Gavere, nr.
32.526 van 9 mei 1989; Gemeenteraadsverkiezing Maaseik, nr.
32.528 van 9 mei 1989.

¹⁰⁶ R.v.St., Durieu, nr. 21.297 van 25 juni 1981; Boedt, nr.
22.437 van 8 juli 1982.

¹⁰⁷ R.v.St., V.Z.W. Volkshogeschool Elcker-Ik Gent, nr. 27.630
van 10 maart 1987.

¹⁰⁸ R.v.St., Cap, nr. 31.487 van 1 december 1988.

¹⁰⁹ R.v.St., Xhonneux, nr. 27.952 van 19 mei 1987.

¹¹⁰ Uit de overvloedige rechtspraak citeren we enkel de eerste toe-
passingen: R.v.St., Fraiteure, nr. 19.093 van 27 juni 1978; De
Wijngaert, nr. 19.289 van 28 november 1978; Vleminck, nr. 19.399
van 30 januari 1979; Vyncke, nr. 19.546 van 3 april 1979, *R.W.*,
1979-80, 312, met noot Lambrechts, W.; en een aantal recente toe-
passingen: R.v.St., Stad Aarschot, nr. 32.646 van 25 mei 1989; Van
den Broeck, nr. 32.655 van 30 mei 1989; Hofer, nr. 32.766 van 20
juni 1989; Alaerts, nr. 32.862 van 20 juni 1989. Dat met deze recht-
spraak niet eensgezind wordt ingestemd bewijze SALMON, J., o.c.,
141.

¹¹¹ R.v.St., Rijs, nr. 22.183 van 6 april 1982.

¹¹² R.v.St., Vanvenckenray, nr. 22.197 van 20 april 1982; He-
remans, nr. 22.207 van 20 april 1982; Godts, nr. 27.202 van 27 no-
vember 1986; Michielsens, nr. 32.674 van 1 juni 1989.

¹¹³ Zie in dit verband o.m. LAMBRICHTS, W., o.c., 205.

¹¹⁴ R.v.St., Craps, nr. 12.187 van 27 januari 1967; Van de Plas,
nr. 16.702 van 6 november 1974; Lequime, nr. 19.075 van 16 juni
1978.

¹¹⁵ R.v.St., Mols, nr. 26.406 van 24 april 1986.

zegd dat het bestuur zich wat dat betreft doorgaans van zijn taak kwijt ¹¹⁶.

6. SLOTBESCHOUWINGEN

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het beginsel van de goede trouw ook in de verhouding tussen burger en bestuur een rol speelt. Die rol staat niet op afnemen in een zich ontwikkelend, wederkerig bestuursrecht. Enerzijds zal zich de klassieke, privaatrechtelijk geïnspireerde goede-trouwnorm doorzetten naarmate het bestuur meer gebruik maakt van privaatrechtelijke technieken in zijn betrekkingen met de burger, anderzijds zal, precies wegens het wederkerig karakter van het modern bestuursrecht, de goede trouw in een aan dat recht aangepaste gedaante aan belang winnen.

De goede trouw bij het bestuur impliceert vóór alles dat het niet de voorrechten misbruikt die traditioneel kleven aan de administratieve rechtshandeling. Het bestuur is voor de burger nochtans niet langer uitsluitend een autoritair en louter eenzijdig beslissende instantie, anderzijds zal de burger zijn relatie met het bestuur steeds minder als volkomen vrijblijvend mogen zien. De verhouding burger/bestuur zal verder uitgroeien tot een verhouding tussen een alerte, coöperatieve en zorgvuldige burger enerzijds en een zoveel mogelijk met de concrete situatie van de burger rekening houdend bestuur anderzijds.

In de lijn van die evolutie ligt de toenemende betekenis die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meekrijgen. Aan een aantal van die beginselen ligt duidelijk de goede-trouwnorm ten grondslag, maar een verfijning ervan in o.m. de rechtspraak van de Raad van State blijft mogelijk. Te denken valt hierbij o.a. aan het vertrouwensbeginsel. Tevens mag worden verwacht dat een verdere uitdeining van bepaalde beginselen van behoorlijk bestuur naar de burger toe zal plaatsvinden: dergelijke beginselen zullen wellicht steeds minder door het bestuur worden gemonopoliseerd.

Een ander aspect van de evolutie van het moderne bestuursrecht, bekeken in verband met de ons aanbelangende goede trouw, is het toenemend belang dat aan de «moraliteit» van de burger wordt gehecht, zelfs in gedingen die strekken tot het beslechten van zogeheten «objectieve geschillen». De in deze bijdrage weergegeven benaderingen van het begrip «bedrog» illustreren dit. Ook hier past een dergelijke evolutie in een wederkerig bestuursrecht.

Anderzijds laat het met een toenemend «freies Ermessen» gepaard gaand bestuursoptreden ruimte voor een veelvuldiger positieve sanctionering van de goede trouw bij de burger, d.w.z. ook in andere gevallen dan die waarin het gaat om de zich tot het bestuur wendende burger.

In de toekomst zal ongetwijfeld ook de «processuele goede-trouwnorm» aan belang winnen. De — in de lijn van de traditie — door Nederland geïnspireerde «beginselen van behoorlijk recht zoeken» zullen ook in het administratief procesrecht aan relevantie winnen, daarbij geholpen door bepaalde, door de wetgever geïntroduceerde notiteiten, zoals die inzake de (verruimde) schorsingsbevoegdheid van de Raad van State.

Naarmate het beginsel van de goede trouw aan betekenis wint in het bestuursrecht, zal gaandeweg ook de figuur van de rechtsverwerking, hoewel van privaatrechtelijke herkomst, aan bestuursrechtelijke relevantie winnen. Het bestaan van rechtsverwerking kan worden aangenomen als een partij een haar uit wet of overeenkomst voortvloeiend recht niet kan uitoefenen op grond van haar eigen verwijtbare houding in verband met de eisen van de goede trouw ¹¹⁷.

Getransponeerd naar het bestuursrecht toe dient vastgesteld te worden dat het leerstuk van de rechtsverwerking, hoewel niet met zoveel woorden onderkend, erin eigenlijk reeds toegepast wordt. Zo bv. heeft de burger die heeft nagelaten in de loop van de administratieve procedure zijn rechten te doen gelden, de mogelijkheid om zich op een schending van die rechten voor de Raad van State te beroepen verwerkt. Het bestuur zal in bepaalde gevallen met toepassing van het vertrouwensbeginsel de bevoegdheid hebben verwerkt om anders dan in de zin van het honoreren van bij de burger gewekte verwachtingen te handelen.

Kandidaten voor een benoeming tot stagiair in het onderwijs die geen annulatieberoep tegen de weigering van het bestuur om hen te benoemen hebben ingesteld, kunnen door hun passiviteit het recht verliezen om zich op een betere rangschikking te beroepen t.a.v. een kandidaat die wel, en met succes, zodanig beroep heeft ingesteld ¹¹⁸. Een verzoeker kan door een volgehouden gemis aan belangstelling voor het door hem ingestelde annulatieberoep bij de Raad van State het recht hebben verwerkt om het beroep nog op ontvankelijke wijze te kunnen handhaven.

Deze toepassingen kunnen met andere worden aangevuld, zonder dat nochtans afbreuk wordt gedaan aan de stelling dat voor de rechtsverwerking in het bestuursrecht van de toekomst een grotere rol kan zijn weggelegd o.m. op het vlak van het stilzitten van het bestuur. Het langdurig stilzitten van het bestuur zou in die optiek gepaard kunnen gaan met een verlies van de bevoegdheid om alsnog handelend op te treden, bv. door het opleggen van een tuchtsanctie ¹¹⁹.

Het stilzitten van het bestuur zal trouwens niet zelden zo zijn dat erdoor verwachtingen worden gewekt bij de burger: een concretisering van de rechtsverwerking zal alsdan met toepassing van het vertrouwensbeginsel kunnen geschieden. Wat er echter ook van zij, de rechtsverwerking zal, evenals trouwens het onderliggend goede-trouwbeginsel, in het bestuursrecht steeds zaak zijn van zowel bestuur als burger..

¹¹⁶ Zie o.m. VAN DER STICHELE, A., «Voor een betere uitvoering van de arresten van de Raad van State», *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, 1983, II, 987; FRANCK-DE CALLATAY, V., «L'exécution des arrêts du Conseil d'Etat au sein des administrations nationales, 1980-1984», *A.P.(T)*, 1988, 1-46; OPDEBEEK, I., *Het inactieve bestuur. Administratiefrechtelijke rechtsbescherming tegen stilzitten van de overheid*, Zwolle, 1988, 47; VANDE LANOTTE, J., *Rechtsbescherming en administratief contentieux*. Eindrapport. De rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden: een doku-drama, R.U.G., 1989, 18.

¹¹⁷ Zie ook AFTINK, H.A.M., «Misbruik van recht en rechtsverwerking», *N.J.B.*, 1976, 758.

¹¹⁸ Zie bv. R.v.St., De Schepper, nr. 23.836 van 20 december 1983.

¹¹⁹ OPDEBEEK, I., o.c., 27.

Goede trouw van burger en bestuur

Een reactie van W. Lambrechts op het rapport van M. Van Damme.

Preadviseur Van Damme heeft een opmerkelijke bijdrage over het aan de orde zijnde thema geleverd waarbij de fundamenteën zelf van het administratiefrechtelijk gebouw duidelijk worden beschreven. Hij verdient daarvoor alle lof.

Na de lectuur van het preadvies moet de beoefenaar van het administratief recht zich voelen als Monsieur Jourdain die veertig jaar proza sprak zonder het te beseffen¹. Eigenlijk is het zo vanzelfsprekend dat het bestuurlijk optreden ingegeven moet zijn door goede trouw, dat werd nagelaten de goede trouw als beginsel te hanteren aangezien zij de basis zelf is van het bestuurlijk optreden.

1) Blijkbaar is de term in het administratief recht binnengesijpeld sinds de belangstelling voor het begrip in het privaatrecht tot uiting is gekomen.

De stelling van Scheltema als zou het administratief recht wel beginselen van behoorlijk bestuur, doch geen equivalent van de "goede trouw" kennen, werd afgewezen door Tak². We zouden nog verder willen gaan op de weg van de bedenking ten aanzien van de stelling van Scheltema: moet of kan de goede trouw wel als een beginsel van behoorlijk bestuur worden beschouwd? Immers, is zij niet meer dan dat; vormt zij soms niet het fundament zelf van het bestuurlijk optreden?

Als de goede trouw als een beginsel wordt beschouwd, dan is zij in ieder geval geen door het privaatrecht gemonopoliseerd beginsel. Als zij als het fundament van het bestuurlijk optreden moet worden aangemerkt, is de vraag irrelevant.

Die optie speelt vanzelfsprekend een rol bij het antwoord op de vraag of aan het beginsel van de goede trouw in het administratief recht een zelfde betekenis moet worden gehecht als in het privaatrecht.

2) Is het niet denkbaar dat het begrip goede trouw gebruiksrecht heeft verworven in het administratief recht op een ogenblik dat meer aandacht werd besteed aan de houding van de burger in het kader van de werking van het bestuur? Daarmee belanden we bij de rechtsfiguur van het "wederkerig bestuursrecht" en meteen bij de tweede vraag die tijdens de sectievergadering aan de orde zal komen, namelijk: "Is, gezien de specifieke gezagsverhouding die traditioneel tussen burger en bestuur bestaat, de goede trouw in het administratief recht te beschouwen als uitsluitend een zaak van het bestuur?"

Met Hirsch Ballin en met de preadviseur deel ik de opvatting dat weliswaar bij een verhoogde bestuurstussenkomen ook groeiende zorgvuldigheid past, maar dat op zijn beurt de burger in zijn relatie met het bestuur er blijk van moet geven voldoende zorgvuldig, alert en coöperatief te zijn.

Sinds het arrest Poll³ is de Belgische Raad van State resoluut ook die weg opgegaan. Het preadvies bevat talrijke voorbeelden van "wederkerig bestuursrecht"⁴. De vraag of het beginsel van goede trouw in het administratief recht als een beginsel van behoorlijk bestuur, dan wel als het fundament zelf van het administratief optreden moet worden beschouwd, is meer dan eens latent aan de orde in het preadvies: zij mag naar ons gevoel meer in de verf worden gezet en in de sectiebesprekingen aan bod komen.

Weliswaar wordt er in het preadvies van uitgegaan dat het beginsel van de goede trouw een algemeen rechtsbeginsel is dat in alle deelgebieden van het recht geldt – ook in het administratief recht –, zij het dat er ter zake per deelgebied in benaming, toepassing en controle accentverschillen kunnen optreden. Maar de preadviseur neemt hiermee geen genoegen: hij tracht het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw te ontwaren in zijn aan het administratief recht aangepaste verschijningsvorm en stelt dat die zoektocht niet kan worden beperkt tot het terrein van wat traditioneel als dat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt omschreven.

Moet men daaruit dan niet afleiden dat de goede trouw het fundament zelf is van het overheidsoptreden, derhalve veel diepere wortels heeft, een wortelvastheid die ingegeven is door de volstrekte plicht van het bestuur om het algemeen belang te behartigen?

3) De verplichting tot behartiging van het algemeen belang geldt vanzelfsprekend niet voor de burger. Toch vraagt men van hem ook goede trouw en wellicht meer naarmate een groeiende "privatisering" in het bestuursrecht te ontwaren is. Daaruit kan het volgende besluit worden getrokken: voor de burger is de goede trouw in elke verhouding een algemeen rechtsbeginsel, voor het bestuur een fundament. Aanvaardt men die visie, dan kunnen de toezichhoudende overheden en de rechtsprekende organen met de nodige accentverschillen optreden, iedereen op zijn wettelijke plichten wijzen en terechtwijzen, vooral de bestuurders die uit het oog zouden verliezen dat zij uitsluitend het algemeen belang moeten dienen. Vanzelfsprekend zal men doorgaans kunnen volstaan met de loutere wettigheidscontrole, maar er zijn een reeks hypothesen denkbaar, aansluitend bij wat in de werkelijkheid wel gebeurt, waarbij niet rechtstreeks de miskenning van een bepaald artikel van een wet in materiële zin kan worden aangeduid, maar waarbij men wel inertie, vertragsmanoeuvres, combinatie van opeenvolgende rechtshandelingen kan bedenken die zeer dicht gaan aanleunen tegen

³ R.v.St., Poll, nr. 17.496, 11 maart 1976.

⁴ Bijkomende voorbeelden uit de rechtspraak die goed de wederzijdse verplichtingen van zorgvuldig, alert en coöperatief optreden illustreren vindt men o.m. in R.v.St., Reeskens, nr. 20.602, 30 september 1980, R.W., 1981-82, 36, met noot Lambrechts, W., "Een ambtenaar mag geen slecht geprogrammeerde automaat zijn", en R.v.St., Nicolai, nr. 31.240, 26 oktober 1988.

¹ "Par ma foi ! il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien ; et je vous suis le plus obligé du monde de m'avoir appris cela" (Molière, *Le bourgeois gentilhomme*, Acte II, Scène IV).

² Voor de verwijzingen zie het preadvies van M. Van Damme, voetnoot 2.

machtsafwending, zonder noodzakelijk onder de strikte omschrijving van dit begrip te vallen.

Terecht heeft de preadviseur aandacht besteed aan het fair-playbeginsel waarvan de miskennis in verschillende vormen tot uiting kan komen.

4) Het aanvaarden van het beginsel van de wederkerigheid houdt in dat bij de "privatisering" van het bestuursrecht in de zin zoals omschreven in het preadvies, de strengere eisen, gesteld aan het bestuur, mogen worden weerspiegeld in de persoon van de burger: ook hij heeft een moraliteit in acht te nemen. Het bestuur krijgt immers zwaardere taken en de medewerking hieraan veronderstelt op zijn minst al eerlijkheid in de gegevensverstrekking van de burger of minimale medewerking aan de procesgang in betwiste aangelegenheden. Ook dat is sinds het arrest *Fraiture*⁵ door de Raad van State herhaaldelijk verkondigd. Dat dit rechtscollege niet alleen de procespartij sanctioneert die zich schuldig maakt aan bedrog of aan grove nalatigheid, maar ook aan ernstige nalatigheid in het voeren van een administratief-rechtelijk proces, is in de arresten duidelijk uiteengezet.

In de relatie van goede trouw tussen burger en bestuur is de laatste jaren in de rechtspraak van de Raad van State meermaals het vertrouwensbeginsel tot uiting gebracht dat door dit rechtscollege duidelijk werd omschreven in het arrest *Eekhoudt*⁶. Het is een der beginselen van behoorlijk bestuur krachtens "hetwelk de burger moet kunnen betrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid, of op toezeggingen of beloften die de overheid in het concreet geval heeft gedaan".

De eis van samenhangend beleid wordt vastgelegd in het consistentiebeginsel waaraan de preadviseur ook terecht de nodige aandacht wijdt.

5) Ten slotte moet een verband worden gelegd tussen het vertrouwensbeginsel, het wettigheidsbeginsel en de rechtsverwerking.

⁵ R.v.St., *Fraiture*, nr. 19.093, 27 juni 1978.

⁶ R.v.St., *Eekhoudt*, nr. 32.893, 28 juni 1989.

Hoe moet men het vertrouwensbeginsel opvatten bij gedogend bestuursoptreden indien het bestuur gedurende geruime tijd oogluikend toestanden duldt die in wezen onwettig zijn? Ik volg de preadviseur wanneer hij stelt dat het bestuur niet kan worden geacht, indien het lange tijd in gebreke is gebleven om aan een wet de hand te houden en de hem uit kracht van die wet toekomende bevoegdheden te gebruiken, zijn recht om dit ineens wel te gaan doen, te hebben verwerkt.

Er kan immers geen sprake van zijn dat de burger het recht zou opeisen of verkrijgen op het behoud, voor de toekomst, van een onwettige toestand. Wel moet daarbij de opvatting van In 't Veld⁷ worden gevolgd die stelt dat, in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel, tijdig kennis moet worden gegeven aan de burger van het feit dat niet langer in de onwettige toestand wordt berust⁸. Het vertrouwensbeginsel kan het wettigheidsbeginsel niet doorbreken.

Anders ligt het wanneer het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt of wanneer termijnen van orde bestaan voor handelend optreden. In dat geval lijken geen ernstige bezwaren te bestaan tegen de aanwending van de rechtsfiguur van de rechtsverwerking op voorwaarde dat daarbij het redelijkheidsbeginsel wordt gehanteerd waarin men oog heeft voor de afweging van de noden van het bestuur en de verwachtingen van de burger.

⁷ In 't Veld, J., "Beginselen van behoorlijk bestuur", *Bestuurswetenschappen*, 1978-79.

⁸ Die opvatting zal wellicht in Nederland met meer vanzelfsprekendheid worden aangenomen dan bij ons omdat de voorafgaande waarschuwing bv. bij bestuursdwang doorgaans door de wetgever wordt voorgeschreven. Die waarschuwingsplicht heeft in de Nederlandse rechtspraak grote betekenis gekregen omdat hij daarin een op rechtsgevolg gericht besluit en derhalve een beschikking in de zin van de wet AROB heeft gezien. Meer daarover vindt men bij Van Buuren, P.J.J. en Michiels, F.C.M.A., *Bestuursdwang*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 8 en 154 e.v.

«BUNDESTREUE» IN HET BELGISCH GRONDWETTELIJKE RECHT *

*Preadvies voor Congres Vlaamse Juristenvereniging 1990.
Met als thema «De goede trouw»*

*Prof. dr. André ALEN
(Staatsrecht K.U.Leuven en R.U.Gent)*

*Dr. mr. Patrick PEETERS
(E.a. assistent K.U.Leuven en Advocaat)*

VOORWOORD

A. Algemeen deel – Uitlegging en algemene rechtsbeginselen in het Belgisch grondwettelijk recht

I. De aard en de uitlegging van de grondwettelijke norm

- § 1. De aard van de grondwettelijke norm (nrs. 1-7).
- § 2. De interpretatie van de grondwettelijke norm (nrs. 8-16).

II. De staatsrechtelijke gewoonten en de algemene beginselen van het recht.

- § 1. De staatsrechtelijke gewoonten (nrs. 17-19).
- § 2. De algemene beginselen van het recht (nrs. 20-28).

III. Het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van rechtsmisbruik.

- § 1. Het redelijkheidsbeginsel (nrs. 29-31).
- § 2. Het evenredigheidsbeginsel (nrs. 32-33).
- § 3. Het verbod van rechtsmisbruik (nrs. 34-37).

B. Bijzonder deel – De goede trouw in het federaal Belgisch grondwettelijk recht

INLEIDING (nrs. 39-39).

I. Het federaal getrouwheidsbeginsel – Een noodzakelijk rechtsbeginsel – Ontstaan en draagwijdte van het «Bundestreue»-beginsel in de Duitse Bondsrepubliek.

- § 1. De historische grondslagen van het «Bundestreue»-beginsel (nrs. 40-42).
- § 2. De draagwijdte van het federaal getrouwheidsbeginsel in de rechtspraak van het Duitse federaal constitutioneel hof (nrs. 43-51).
- § 3. De problematiek van de noodzaak van het «Bundestreue»-beginsel als een afzonderlijk rechtsbeginsel (nrs. 52-53).

II. Federale getrouwheid en uitlegging van bevoegdheden

- § 1. Verschillende «soorten» bevoegdheden als resultaat van uiteenlopende uitleggingsmethodes (nrs. 54-58).
- § 2. Uitdrukkelijke en stilzwijgende bevoegdheidsbeperkingen en de federale getrouwheid (nrs. 59-61).

III. Aspecten van het federaal getrouwheidsbeginsel in het Belgisch federaal grondwettelijk recht – Uitleggingsvraagstuk en rechtsbeginselen.

- § 1. Algemene beschouwingen (nrs. 62-63).
- § 2. De autonomie versus de samenwerking tussen de nationale overheid, de gemeenschappen en de gewesten (nrs. 64-67).
- § 3. Beperkingen gesteld aan de bevoegdheidsuitoefening van Staat, gemeenschappen en gewesten (nrs. 68-75).
 - a. De toetsing van de bevoegdheidsuitoefening aan het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel (nrs. 69-71).
 - b. Rechtsteleologische uitlegging en bevoegdheidsbeperkingen (nrs. 72-76).

ALGEMENE BESLUITEN (nrs. 77-81).

* Het algemeen deel werd geschreven door A. ALEN, het bijzonder deel door P. PEETERS

Voorwoord

In onze bijdrage van einde 1988 over de samenwerkingsverbanden tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten na de derde Belgische Staatshervorming schreven we reeds, omtrent het federaal getrouwheidsbeginsel in de rechtspraak van het federaal constitutioneel hof van de Duitse Bondsrepubliek, het volgende :

«In de rechtsleer bestaat er enige discussie over de vraag of het federaal constitutioneel hof wel op een dergelijk beginsel een beroep diende te doen. Hesse stelt aldus vast dat in de mate dat het getrouwheidsbeginsel betrekking heeft op de naleving van de geschreven Grondwet, de verplichting om de Grondwet niet enkel naar de letter maar ook naar de geest na te leven rechtstreeks voortvloeit uit de grondwetsbepalingen zelf (...). Anderdeels zou de toepassing van de traditionele beginselen van rechtsmisbruik en van evenredigheid ruimschoots hebben volstaan zonder dat er enige noodzaak bestond om op een federaal getrouwheidsbeginsel een beroep te doen. Anderen merken daarentegen op dat het beroep op het getrouwheidsbeginsel niet door het algemeen verbod van willekeur kan worden vervangen. Het federaal getrouwheidsbeginsel geeft rekenschap van de typisch federale grondwettelijke vereisten en het reikt verder dan het onbepaalde willekeurverbod als begrenzing van de onrechtmatige bevoegdheidsuitoefening»¹.

Anderzijds stelden we vast dat «de onmogelijkheid van een perfecte scheiding tussen de beleidsniveaus, (...) de onvermijdbare interdependentie en de wederzijdse beïnvloeding bij de beleidsuitoefening (...) de aandacht gaandeweg (hebben doen) verschuiven van de herverdeling van de bevoegdheden en van de scheiding van de beleidsferen, naar de omschrijving van de toelaatbare beleidsbeïnvloeding, naar de beperkingen die aan de bevoegdheidsuitoefening moeten worden opgelegd op grond van het samengaan van verschillende beleidsniveaus in één enkel Staatsverband. Het is in die context dat kan worden gewezen op de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State waarin toepassing wordt gemaakt van het evenredigheidsbeginsel als onderdeel van de bevoegdheidstoetsing. (...) Ook in de rechtspraak van het Arbitragehof werd (hiervan) reeds uitdrukkelijk toepassing gemaakt. (...) Naast de rechtspraak waarin het evenredigheidsbeginsel wordt aangewend als marginaal criterium voor de beoordeling van de wederzijdse begrenzing van de bevoegdheden, kan het arrest worden vermeld van het Arbitragehof van 25 februari 1988 (...) Het Hof blijkt hier een beroep te doen op het ideeëngoed dat het ten grondslag acht aan de bepalingen die de verhoudingen regelen tussen de machten van de federale en de gefedereerde entiteiten. Dit ideeëngoed wordt als het ware inductief uit die bepalingen afgeleid, als 'verfassungsgestaltende Grundentscheidungen», waarvan de grondwetgever is uitgegaan, zonder dat hij de inhoud ervan in een specifieke rechtsbepaling heeft uitgeput. Het ligt integendeel ten grondslag aan de totaliteit van de geschreven rechtsbepalingen die hierdoor

tot een samenhangend geheel worden gevormd. De toetsing door het Hof van de bevoegdheidsuitoefening aan de begrenzing die inherent is aan de globale Staatsopvatting die aan de bevoegdheidsbepalingen ten grondslag ligt, kan daarom in verband worden gebracht met de rechtspraak van het federaal constitutioneel hof van de Duitse Bondsrepubliek waarin toepassing wordt gemaakt van het federaal getrouwheidsbeginsel»².

Na deze uitvoerige citaten, die evenwel naar de kern van de zaak gaan, moge het reeds duidelijk zijn dat het begrip «Bundestreue» of «federale getrouwheid», dat als dusdanig overigens niet wordt vermeld in de rechtspraak van o.m. het Arbitragehof, een verzamelnaam is voor bepaalde interpretatiemethodes van inzonderheid constitutionele hoven in federale Staten. Schreef A. Mast reeds niet dat «de specifieke regelen die de interpretatie beheersen van de eigensoortige regel welke de grondwettelijke norm is, evengoed (een) Constitutioneel Hof zouden binden als ze dit met de wetgever doen»³?

Om voorgaande reden valt dit preadvies uiteen in twee gedeelten : een algemeen deel, waarin achtereenvolgens worden behandeld de aard en de uitlegging van de grondwettelijke norm, de staatsrechtelijke gewoonten en de algemene beginselen van het recht, het algemene redelijkheidsbeginsel, toegepast in het bijzondere evenredigheidsbeginsel, en het verbod van rechtsmisbruik ; een bijzonder deel, waarin nader wordt ingegaan op het federaal getrouwheidsbeginsel in het Belgisch grondwettelijk recht, mede in rechtsvergelijkend perspectief dat evenwel, om de normale grenzen van een preadvies niet te buiten te gaan, beknopt wordt gehouden.

A. ALGEMEEN DEEL – UITLEGGING EN ALGEMENE BEGINSELEN IN HET BELGISCH GRONDWETTELIJK RECHT

I. De aard en de uitlegging van de grondwettelijke norm

§ 1. De aard van de grondwettelijke norm

1. «Oorspronkelijke en in hoofdzaak politieke regel, die meer dan welke andere ook door zijn algemeenheid en continuïteit wordt gekenmerkt, laat de constitutionele regel (die onafscheidelijk verbonden is met de maatschappelijke situatie welke hij in een bepaalde richting wenst te sturen), aan de gestelde machten, en, in ons staatsrecht, meer bepaald aan de wetgever, een aanzienlijke ruimte voor appreciatie.» Aldus omschreef A. Mast op kernachtige wijze de specifieke aard van de grondwettelijke norm⁴, een omschrijving die overigens niet alleen opgaat voor de Belgische Grondwet⁵

² *Ibidem*, resp. 76-79 en 345-346. Zie eveneens ALLEN, A., *De samenwerking tussen de federale Staat en de deelstaten*, Voordracht Constitutionele Studiedag België – Duitse Bondsrepubliek, Brussel, 17 november 1989 (nog niet gepubliceerd).

³ MAST, A., «De grondwettelijke norm», *T.B.P.*, 1970, 433.

⁴ MAST, A., «De grondwettelijke norm», *T.B.P.*, 1970, 437. Zie ook MAST, A., «L'interprétation de la Constitution», in *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1970, 521-553.

⁵ Zie eveneens DELPÉRIE, F., «La Constitution et son interprétation», in *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, VAN DE KERCKHOVE, M. (red.), Brussel, Fac. Univ. Saint-Louis, 1978,

¹ ALLEN, A., en PEETERS, P., «Samenwerkingsverbanden tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten», in *Staat, Gemeenschappen en Gewesten*, Brugge, Die Keure, 1989, 79, en «België op zoek naar een coöperatief federaal Staatsmodel», *T.B.P.*, 1989, 346.

maar grotendeels ook voor alle landen met een geschreven en onlenige Grondwet ⁶.

2. De Grondwet is inderdaad eerder «een bijbel, dan een catechismus met pasklare antwoorden» ⁷. Meer dan de grondwetsbepalingen inzake de grondrechten, welke gelding en betekenis rechtstreeks is gelegen in het maatschappelijk en ethisch-cultureel beoordelingspatroon van de betrokken samenleving en waarvan het gezag wordt meegedeeld aan de formulering waarmee de geschreven Grondwet daaraan uitdrukking heeft gegeven ⁸, en meer dan de organisatorisch-technische grondwetsbepalingen, waarvan het minder essentieel en meer uiterlijk karakter ze gemakkelijker verenigbaar maakt met het wisselende feitelijk staatkundig gebeuren — al kan ten gevolge hiervan hun zin en strekking soms ingrijpend veranderen ⁹ —, zijn de grondwetsvoorschriften inzake de relaties tussen de grote constitutionele instellingen onderhevig aan het feitelijk staatkundig gebeuren. Hun regelende werking is dan ook miniem, en meer dan een zekere richtlijn kunnen zij niet zijn, en dit is nog minder het geval naarmate het tijdstip van de formulering der voorschriften verder in het verleden ligt ¹⁰. Het heeft tot gevolg dat de grondwetsbepalingen na hun afkondiging een eigen leven gaan leiden en zich losmaken van de wil van hen die ze hebben gemaakt ¹¹, en dat er een kloof ontstaat tussen het geschreven grondwettelijk recht — «die rechtliche Verfassung» — en het levend grondwettelijk recht — «die wirkliche Verfassung» ¹². Het karakter van «de vlag die de lading niet dekt» is min of meer eigen aan de letter van iedere wat oudere geschreven constitutie ¹³. De evolutie van de «orleanistische monarchie» van de vorige eeuw, met een persoonlijke macht van de Koning, tot uiting komend in de benoeming en het ontslaan van ministers, het «vetorecht» en een «ontbindingsrecht», naar een parlementaire monarchie in de twintigste eeuw, met het verdwijnen van 's Konings persoonlijke macht, evenals van het antagonisme tussen parlement en regering, zonder dat de desbetreffende bepalingen van de

Belgische Grondwet zijn gewijzigd, is hiervan een uitstekende illustratie ¹⁴.

Voor een goed begrip van het grondwettelijk recht, dient men derhalve twee realiteiten samen te voegen, enerzijds de tekst van de Grondwet waaraan, zonder haar gezag te ondermijnen, zomaar geen afbreuk kan worden gedaan, en anderzijds de staatkundige werkelijkheid, zonder welke «het leven van de Grondwet» over het hoofd wordt gezien: «de Grondwet is een tekst die leeft» ¹⁵. Hoe kan men anders de Grondwet begrijpen, wanneer men vaststelt dat zij bijvoorbeeld niet eens de politieke partijen vermeldt ¹⁶?

3. Al is het zo dat voor alle recht geldt dat de maatschappelijke verhoudingen binnen het samenlevingsverband waarin het recht geldt, mede bepalend zijn voor de rechtsinhoud, is dat bij het constitutionele recht in zo bijzondere mate het geval dat het zich daardoor alleen al sterk van ander recht onderscheidt ¹⁷. Meer dan in het privaatrecht, heeft het constitutionele recht betrekking op verhoudingen die veel sneller en veelvuldiger aan wisseling onderhevig zijn en die snelle en ingrijpende accentverschuivingen in de constitutionele verhoudingen teweegbrengen, zonder dat herformulering van het constitutionele recht plaatsvindt ¹⁸. De ontwikkeling van het privaatrecht verloopt veel geleidelijker; de jurisprudentie is er een naar gelijkmatigheid en geleidelijkheid tenderende regulator, en de wijziging en aanpassing aan de veranderende omstandigheden kan er dikwijls o.l.v. de wetgever geschieden. In de constitutionele verhoudingen voltrekken de veranderingen zich meestal zonder dat het geschreven recht veel anders kan doen dan zich achteraf, hetzij in een nieuwe formulering, hetzij in een gewijzigde uitlegging, aan te passen ¹⁹. Het feitelijke element — de nauwere binding aan het feitelijk gebeuren — neemt t.o.v. het normatieve element in het constitutionele recht een veel belangrijker plaats in dan in het privaatrecht ¹⁹. In geval van overeenstemming tussen het geldende constitutionele recht en de geschreven Grondwet, is dit eerder afhankelijk van de feitelijke situatie en ontwikkeling dan van de normerende werking van de geschreven Grondwet ²⁰.

4. De relatieve standvastigheid en het prestige van de Grondwetten van de Verenigde Staten van Amerika en van Zwitserland zijn overigens eerder te wijten aan andere factoren dan de Grondwet zelf, inzonderheid de stabiliteit van de politieke zeden ²¹. De Amerikaanse Grondwet, die als «mater constitutionum» nog in hoofdlijnen onveranderd geldt als het constitutioneel kader van een hooggeïndustrialiseerde wereldmacht ²², is het voorbeeld bij uitstek van een

187-210, en «La vie de la Constitution», *Ann. Dr.*, 1980, 123-133; RIMANQUE, K., «Verkenning van het eigene van de grondwettigheid», in *Actori incumbit probatio*, Antwerpen, Kluwer, 1975, 157-170, en «De interpretatie van de Grondwet», in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Brussel, Bruylant, 1981, 45-67.

⁶ Zie bv. BASTID, P., «Introduction», in *Corpus Constitutionnel*, Tome I - Fascicule 1, Leiden, E.J. Brill, 1968, 1-11, en VAN DER HOEVEN, J., *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, Aangevulde heruitgave van het academisch proefschrift, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988.

⁷ RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», *o.c.*, 65.

⁸ VAN DER HOEVEN, J., *o.c.*, 277.

⁹ *Ibidem*, 163-165. Als voorbeeld vermeldt VAN DER HOEVEN het koninklijk ontbindingsrecht, dat ook voor België (art. 71 Gw.) opgaat: het heeft zijn zin en betekenis als strijdmiddel tussen de regering en het parlement verloren, doch als organisatorisch-technisch middel overleeft het de veranderingen en wordt het voor nieuwe doeleinden gebezigd (vgl. MAST, A., «De grondwettelijke norm», *o.c.*, 427-428, noot 10).

¹⁰ VAN DER HOEVEN, J., *o.c.*, 277. In dezelfde zin MAST, A., «De grondwettelijke norm», *o.c.*, 433.

¹¹ MAST, A., «De grondwettelijke norm», *o.c.*, 438.

¹² *Ibidem*, 426.

¹³ VAN DER HOEVEN, J., *o.c.*, 165.

¹⁴ MAST, A., «De gewoonte in de vorming van ons huidig Staatsrecht», in *Liber Amicorum A. De Schryver*, Gent, 1968, 525-526.

¹⁵ DELPÉRIE, F., «La vie de la Constitution», *o.c.*, 128-129.

¹⁶ BOGDANOR, V. (red.), Aldershot, Gower, 1988, 12. Zie eveneens BASTID, P., *o.c.*, 8.

¹⁷ VAN DER HOEVEN, J., *o.c.*, 39.

¹⁸ *Ibidem*, 43.

¹⁹ *Ibidem*, 43.

²⁰ *Ibidem*, 158.

²¹ BASTID, P., *o.c.*, 10. Zie eveneens LOEWENSTEIN, K., «Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une Époque Révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions», *Rev. fr. sc. pol.*, 1952, 331.

²² VAN MEERSEVEEN, H., en VAN DER TANG, G., *Over het verschijnsel Grondwet*, Rotterdam, Erasmus Univ., 1973, 118-119.

Grondwet, die, hoe minder specifiek ze is, hoe meer aangepast ze is om zich te adapteren aan de maatschappelijke en politieke veranderingen²³. Dat er weinig behoefte is geweest om de constitutionele veranderingen tekstueel te verwoorden, komt inzonderheid doordat het Supreme Court steeds tot nieuwe interpretaties kon geraken, waartoe in het bijzonder de normvaagheid van de Grondwet ruime gelegenheid bood²⁴. Men staat ver af van Hamilton's idee, volgens welke de rechterlijke macht «beyond comparison the weakest of the three departments of power» is²⁵. Ondanks de belangrijke interpretatieve rol van het Supreme Court, is het opmerkelijk dat slechts driemaal de Amerikaanse Grondwet werd gewijzigd om de rechtspraak van het Supreme Court te corrigeren²⁶.

5. Over de Belgische Grondwet vóór de drie opeenvolgende Staatshervormingen van 1970, 1980 en 1988, schreef W.J. Ganshof van der Meersch dat haar beknoptheid, haar positief karakter, de afwezigheid van rationeel dogmatisme, de ruime toewijzing van bevoegdheden aan de gewone wetgever, de afwezigheid van rechterlijke grondwettigheidstoetsing van de wet die het politiek compromis toelaat, ertoe bijdragen de nadelen van een in beginsel onlenige Grondwet te temperen en het Belgisch publiekrechtelijk systeem te versoepelen²⁷. Sommige van deze kenmerken, inzonderheid de beknoptheid, zijn ingevolge de drie grondwetsherzieningen m.b.t. de Staatshervorming deels verloren gegaan. Daar waar een Grondwet «une tunique légère n'entravant pas les mouvements spontanés de la vie nationale»²⁸ moet zijn, en de ervaring leert dat zij haar doeltreffendheid verliest in de mate waarin zij haar algemeenheid aflegt²⁹, bestaat sedert 1970 een tendens tot detaillering³⁰, die meebrengt dat de herziene bepalingen vrij vlug opnieuw aan nieuwe behoeften moeten worden aangepast³¹. Elders tracht men de verschillen tussen de grondwetsherzieningsprocedure en de gewone wetgevende procedure te verkleinen om de voormelde aanpassing van de Grondwet te vergemakkelijken³²; in België onderkent men dezelfde tendens, maar dan op impliciete wijze via een gedeeltelijke «deconstitutionalisatie» van de herzieningsprocedure³³, met name het opleggen van bijzondere meerderheidswetten voor de uitvoering van grondwets-

bepalingen inzake de gemeenschappen en de gewesten³⁴, en die er soms toe kunnen strekken de Grondwet op belangrijke wijze aan te vullen³⁵.

De tendens tot detaillering van de grondwetsbepalingen, aangemoedigd door de omstandigheid dat steeds vaker de Wetgevende Kamers steeds ruimere grondwetgevende bevoegdheid hebben, kan ertoe leiden de Grondwet van haar flexibiliteit te beroven, «die noodzakelijk is voor (haar) stil en supreem gezag in de rechtsorde»³⁶. Is de uit constitutioneel oogpunt laakbare, doch in 1970³⁷, in 1980³⁸ en in 1988³⁹ op ruime schaal toegepaste techniek van de «impliciete» grondwetsherziening, geen teken aan de wand voor het gemis aan flexibiliteit van onze actuele Grondwet?

6. Al is het zo dat het voorgaande niet alleen het gevolg is van nalatigheid en toeval, maar dat de evolutie van de juridische stijl uiteindelijk ook te maken heeft met de grond van de zaak, met name de moeilijkheid een maatschappij van groepen sedert het einde van het overwicht van de burgerij te besturen en de zwakheid van de parlementaire macht⁴⁰, toch is het streven naar actualiteit der Grondwet door herhaalde herziening over het algemeen onvruchtbaar: wat de Grondwet daardoor als historisch document verliest, herwint ze nauwelijks aan reële actuele betekenis⁴¹.

K. Rimanque heeft er terecht op gewezen dat men op de soberheid van de Grondwet van 1831 niet straffeloos een wildgroei van nieuwe instellingen, meerderheden en procedures kan blijven enten, zonder evenwichten te verstoren, die niet worden gecompenseerd⁴². Twee voor de hand liggende voorbeelden volstaan ter illustratie van de moeilijkheden doordat nieuwe normen werden geconcipieerd vanuit andere rationaliteiten, met een verschillend taalgebruik, ten dele zelfs met een andere functie⁴³. Ondanks de uitoefening van bepaalde machten door supranationale instellingen (art. 25bis, Gw.) en de erkenning van de taalgroepen die als fun-

²³ BOGDANOR, V., o.c., 10.

²⁴ VAN MAARSEVEEN, H., en VAN DER TANG, G., o.c., 131.

²⁵ HAMILTON, A., MADISON, J., en JAY, J., *The Federalist*, nr. 78, WRIGHT, B.F. (red.), Cambridge, 1966, 2e uitg.

²⁶ VAN MAARSEVEEN, H., en VAN DER TANG, G., o.c., 129.

²⁷ GANSHOF VAN DER MEERSCH, M.J., *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, Brussel, Librairie Encyclopédique, 1957, 13.

²⁸ BASTID, P., o.c., 10.

²⁹ MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 433.

³⁰ Ook vóór 1970 bevonden zich in de Grondwet dergelijke regels, die best niet in de Grondwet zouden worden ingeschreven, bv. de vergoeding van de parlementsleden in de artikelen 52 en 57 Gw. (zie Vanwelkenhuyzen, A., «Les limites du droit constitutionnel», in *Rapports belges au XIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1988, II, 89-90).

³¹ Zo werd het in 1970 in de Grondwet ingevoegde artikel 59bis m.b.t. de Vlaamse en de Franse Gemeenschap gewijzigd in 1980 én in 1988.

³² BASTID, P., o.c., 9.

³³ MAST, A., en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 9e uitg., nr. 434.

³⁴ Het is opvallend hoe bij de Grondwetsherziening van 1988 het aantal met een bijzondere meerderheidswet te regelen aangelegenheden werd opgedreven: zie ALEN, A., «De derde Staatshervorming (1988-1989) in drie fasen», *T.B.P.*, 1989 (speciaal nummer), 44-45.

³⁵ Zie bv. art. 107ter, § 2 Gw., volgens hetwelk de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof bij een bijzondere meerderheidswet kan worden uitgebreid tot andere grondwetsbepalingen dan de artikelen 6, 6bis en 17 en de artikelen die de bevoegdheidsverdeling betreffen.

³⁶ RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», o.c., 67.

³⁷ Zie bv. art. 59bis, § 3 Gw., dat impliciet maar zeker het niet gewijzigde art. 23 Gw. (het gebruik van de talen) wijzigt.

³⁸ Zie bv. art. 26bis Gw. (de rechtskracht van gewestelijke normen), dat het niet voor herziening vatbaar verklaarde art. 107quater Gw. wijzigt.

³⁹ Zie bv. art. 59bis, § 2 en § 2bis, en art. 59ter, § 2, Gw., die het niet herziene art. 68 Gw. (het sluiten van verdragen) wijzigen, en art. 108ter, § 2, Gw. dat de benaming «Brusselse gewest» in het niet voor herziening vatbare art. 107quater Gw. wijzigde in «Brusselse Hoofdstedelijk Gewest».

PERIN, F., «Le style juridique: de la clarté à la confusion. Tendances d'explication», in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Brussel, Bruylant, 1981, 40 en 43.

⁴¹ VAN DER HOEVEN, J., o.c., 276-277.

⁴² RIMANQUE, K., «Verkenning van het eigene van de grondwettigheid», o.c., 167.

⁴³ RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», o.c., 46. Zie eveneens VAN IMPE, H., en VÉNY, L., «De 'geest' van de Belgische Grondwet», *T.B.P.*, 1987, 589-590.

damentele componenten van de staatsstructuur eigen opdrachten in naam en ten behoeve van de gemeenschappen vervullen ⁴⁴ (art. 32bis Gw.), staat in de Grondwet nog steeds dat «alle machten uitgaan van de Natie» (art. 25 Gw.) en dat «de leden van beide Kamers de Natie vertegenwoordigen» (art. 32 Gw.). Het is onloochenbaar dat onder invloed van zowel supra- als infranationale factoren, het achttiende-eeuwse natiebegrip, dat de onderbouw vormde van de Staat, op het einde van de 20e eeuw aan herdenking toe is ⁴⁵. Het gemak waarmee in menige juridische discussie nog met het Staatsbegrip wordt gewerkt, is, aldus J. Van der Hoeven, een voorbeeld van de hardnekkigheid waarmee sommige juridische hulpfiguren een eigen leven kunnen leiden ⁴⁶. Het tweede voorbeeld betreft het begrip «wet» in de Grondwet van 1831. Niemand zal betwisten dat het formele wetsbegrip door het Nationaal Congres van 1830-31 vooral als blijk van wantrouwen tegenover de koninklijke macht werd gehanteerd ⁴⁷. Niettemin is het gebruik van het woord «wet» in de vele ongewijzigd gebleven gedeelten van de Grondwet voor het Arbitragehof een beslissend criterium om uit te maken dat de gemeenschappen en de gewesten in deze door de Grondwet aan de «wet» voorbehouden aangelegenheden niet kunnen optreden ⁴⁸. J. Velaers schrijft terecht dat zulk een redenering wellicht bevredigend is voor wie slechts oog heeft voor de tekst van de artikelen 10 en 19, § 1, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, doch niet voor wie oog heeft voor een redelijke bevoegdheidsverdeling en in het kader daarvan de bevoegdheden moet interpreteren ⁴⁹.

7. Het is evident dat, op het ogenblik dat de institutionele hervormingen een legitimatie hebben verkregen en niet langer als overgangswetgeving worden beschouwd, een herformulering van vele grondwetsbepalingen en dus vrijwel een integrale vervanging van de bestaande teksten, een door de

constitutionele eigenheid geïmpliceerde wenselijkheid is ⁵⁰. Intussen is, ten einde verbroekeling van het staatsrechtelijk systeem te voorkomen, behoefte aan interpretatieve integratie van de oorspronkelijke grondwetsbepalingen met het nieuwe Staatsrecht ⁵¹. Hiermee belanden we bij de interpretatie van de grondwettelijke norm.

§ 2. De interpretatie van de grondwettelijke norm

8. Continuïteit door veranderlijkheid is bij de Grondwet een uitgesproken eigenheid ⁵², en om dit te bewerkstelligen is de evolutieve interpretatie geschikt ⁵³. De aard van de grondwettelijke norm, zijn algemeenheid en de kloof welke de evolutie van de maatschappij onvermijdelijk tussen het recht en de feiten doet ontstaan ⁵⁴, brengt mee dat de interpretatie een der belangrijkste middelen is om voormelde kloof te overbruggen ⁵⁵. Zij behoedt grotendeels de suprematie van de Grondwet door te beletten dat haar bepalingen dode letter worden ⁵⁶.

9. Het is evident dat alle Staatsmachten, geroepen om de Grondwet toe te passen, deze kunnen interpreteren ⁵⁷. Betwisting bestaat evenwel omtrent de vraag welke Staatsmacht bevoegd is om de Grondwet «authentiek» te interpreteren, dit is een algemeen bindende uitlegging te geven ⁵⁸. Aan de rechter is het verboden «bij wege van algemene en als regel geldende beschikking» uitspraak te doen (art. 6, Ger. W.). Ook aan de uitvoerende macht is de authentieke interpretatie onttrokken, daar zij aan het rechterlijk wettigheids-toezicht (art. 107 Gw.) onderworpen blijft ⁵⁹. Blijft dan nog de wetgevende macht. Op grond van haar bijzondere positie, met name beschikkend over de volheid van bevoegdheid om staatsrechtelijke leemten op te vullen en over de bevoegdheid om in opdracht van de grondwetgever menige grondwetsbe-

⁵⁰ RIMANQUE, K., «Verkenning van het eigene van de grondwettigheid», o.c., 167.

⁵¹ RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», o.c., 46. Vgl. VAN IMPE, H., «De veranderde betekenis van de Grondwetstekst in het Belgisch Staatsbestel», *T.B.P.*, 1984, 261-262, volgens wie de nieuwe grondwetsbepalingen inzake de Staatshervorming meer letterlijk moeten worden opgevat en weinig ruimte voor interpretatie laten, daar de Belgische Grondwet voor een stuk «contractueel recht» tussen de twee grote volksgemeenschappen is geworden.

⁵² RIMANQUE, K., «Verkenning van het eigene van de grondwettigheid», o.c., 166.

⁵³ *Ibidem*, 169.

⁵⁴ Zie boven, nr. 2.

⁵⁵ MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 434. Vgl. VAN DER HOEVEN, J., o.c., 276, volgens wie het probleem van grondwetsinterpretatie beter kan worden opgelost door de erkenning van de relatief bindende kracht van de Grondwet, van de suprematie van het ongeschreven constitutionele recht, en van het onderscheid in bindende kracht tussen verschillende groepen van grondwetsbepalingen, naargelang hun materiële inhoud.

⁵⁶ DELPÉRÉE, F., «La Constitution et son interprétation», o.c., 210.

⁵⁷ DELPÉRÉE, F., «Au nom de la loi», *J.T.*, 1975, 492.

⁵⁸ MAST, A., en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, o.c., nr. 187.

⁵⁹ VELU, J., concl. bij Cass., 3 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 707-709 (met talrijke verwijzingen). *Adde* adviezen R.v.St., afd. wetg., eerste en tweede kamer, 31 mei en 6 juni 1979, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1979, nr. 261/1 (bijlage I), 17-18 en 38-39, en tweede kamer, 6 juli 1981, *Gedr. st., Kamer*, 1980-81, nr. 921/1, 5-6.

⁴⁴ Adviezen R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, 15 mei 1979, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1979, nr. 16/1, en, achtste kamer, 25 juni 1986, *Gedr. St., Kamer*, 1985-86, nr. 154/2.

⁴⁵ Zie o.m. VAN DAMME, M., *Constitutionele en politieke systemen. Een typologische benadering*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 126-130. Vgl. ook DEWACHTER, W., «Enkele beschouwingen over de geldigheid van de Belgische kiesstelsels», *Academiae Analecta*, 1988, afl. 1, 104: «De sociologische ge- en verbondenheid halen klaarblijkelijk de bovenhand op de rechtsnorm van art. 32 van de Belgische Grondwet. Dat overwicht dient dan ook in de verkiezingsorganisatie betrokken te worden.»

⁴⁶ VAN DER HOEVEN, J., o.c., 55-56.

⁴⁷ Zie hierover uitgebreid ALEN, A., *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, II dln., Antwerpen, Kluwer, 1984.

⁴⁸ Tenzij wanneer de wetten tot hervorming der instellingen er uitdrukkelijk van afwijken. Over deze te bekritisieren rechtspraak van het Arbitragehof, zie ALEN, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht. Boek I: De Instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 285-286, en *De derde Staatshervorming*, o.c., 49.

⁴⁹ VELAERTS, J., «Het Arbitragehof: 'Een grondwettelijk hof met een beperkte bevoegdheid'. Een overzicht van dertig maanden werking», in *Zeven knelpunten na zeven jaar Staatshervorming*, ALEN, A., en SUETENS, L.P. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1988, 159.

palingen nader te omschrijven of toe te passen, hebben sommigen haar authentieke interpretatiebevoegdheid van de Grondwet voorgestaan ⁶⁰. Anderen werpen daartegenover op dat ook de wetgevende macht haar bevoegdheden in ondergeschiktheid aan de Grondwet moet uitoefenen en dat alleen de grondwetgever bevoegd is om de Grondwet authentiek te interpreteren ⁶¹. Al komt het inderdaad niet toe «aux représentants de la Nation souveraine» zich om te vormen tot «représentants souverains de la Nation» ⁶², toch moet men erkennen dat de grondwetsinterpretatie van de wetgever, die slechts aan een beperkt toezicht vanwege het Arbitragehof is onderworpen, een hoger gewicht heeft dan die van de andere Staatsmachten ⁶³, evenals dat de wetgever op grond van zijn volheid van bevoegdheid vaak een oplossing heeft gegeven aan bepaalde «lacunes» in het grondwettelijk recht ⁶⁴ en meer dan eens op de stoel van de grondwetgever is gaan zitten ⁶⁵.

10. Hoewel elke rechter inter partes beslist, zodat bijvoorbeeld een rechterlijke beslissing niet uitsluitend op een cassatiearrest gegrond kan zijn ⁶⁶, is de rol van de rechterlijke macht in de uitlegging van de Belgische Grondwet zeer belangrijk geweest, vooral in crisistijd ⁶⁷. W.J. Ganshof van der Meersch ⁶⁷ verwijst in dit verband onder meer naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie m.b.t. de «besluitwetten», de akten van de oorlogsregeringen, waaraan het Hof de rechtskracht van wet heeft toegekend ondanks het feit dat zij niet op de bij artikel 26 van de Grondwet voorgeschreven wijze tot stand zijn gekomen ⁶⁸⁻⁶⁹. Dit is een voorbeeld waar-

bij de rechtspraak een «lacune» in het grondwettelijk recht heeft opgelost ⁷⁰. Er zijn nog andere voorbeelden van opvulling van dergelijke «lacunes» door de rechtspraak, ook buiten crisistijd, zoals de begripsomschrijving van een «politiek misdrijf» en een «drukkersmisdrijf» (art. 98 Gw.) ⁷¹. In zeer belangrijke domeinen, zoals de aansprakelijkheid van de overheid wegens fout ⁷², de voorrang van het internationaal verdragsrecht met directe werking ⁷³, het begrip «politieke rechten» in artikel 93 van de Grondwet ⁷⁴, en de grondwettigheid van bijzondere-machtenbesluiten ⁷⁵, heeft het Hof van Cassatie standpunten ingenomen op een ogenblik dat de grondwetgever reeds op een of andere wijze omtrent de problematiek was gesaisisseerd ⁷⁶, derwijze dat F. Perin heeft gesproken van «un pouvoir constituant jurisprudentiel» ⁷⁷. Bepaalde van deze voorbeelden ⁷⁸, die men overigens ook kan terugvinden in de rechtspraak van het Arbitragehof ⁷⁹ en van de Raad van State ⁸⁰, tonen aan dat hoge rechtscollages op bepaalde ogenblikken hun vroegere rechtspraak fundamenteel hebben gewijzigd, hetgeen de «normatieve kracht» van de rechtspraak ⁸¹ goed illustreert ⁸². Hoewel dergelijke wijzigingen vrij zeldzaam zijn en zich meestal inschrijven in een beweging van ideeën, is het toch opmerkelijk dat zij, wat de cassatierechtspraak betreft, zich vooral voordoen in die rechtstakken waarin de geschre-

⁷⁰ VANWELKENHUYZEN, A., «De quelques lacunes», o.c., 347-350.

⁷¹ *Ibidem*, 342-346. Zie ook MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 435.

⁷² Cass., 5 november 1920 (Flandria), *Pas.*, 1920, I, 193, concl. LECLERCQ, P.

⁷³ Cass., 27 mei 1971 (N.V. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski), *J.T.*, 1971, 460, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.

⁷⁴ Cass., 21 december 1956 (Trine), *Pas.*, 1957, I, 430, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.

⁷⁵ Cass., 3 mei 1974 (Le Compte), *R.W.*, 1974-75, 77, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.

⁷⁶ Omdat dit het duidelijkst was bij het Le Ski-arrest, werd hiervan gezegd dat het een «stilzwijgende herziening» van de Grondwet heeft doorgevoerd: SALMON, J., «Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation», *J.T.*, 1971, 535, en VANWELKENHUYZEN, A., «La Constitution belge: objet et structure», in *Rapports belges au IXe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1974, 369.

⁷⁷ PERIN, F., «Y a-t-il trois pouvoirs constitutants?», *Ann. fac. dr. Liège*, 1987, 8-11.

⁷⁸ Bv. de arresten-Flandria en Le Ski: VANWELKENHUYZEN, A., «La motivation des revirements de jurisprudence», in *La motivation des décisions de justice*, PERELMAN, Ch., en FORIERS, P. (red.), Brussel, Bruylant, 1978, 269-275.

⁷⁹ Zie de «toerisme-arresten» van het Arbitragehof, rolno. 18 – arrest nr. 25, 26 juni 1986, *B.S.*, 15 juli 1986, en rolno. 29 – arrest nr. 36, 10 juni 1987, *B.S.*, 30 juni 1987, en de commentaren van VELAERS, J., *T.B.P.*, 1988, 2220-2223, en WYTINCK, P., *R.W.*, 1987-88, 625-635.

⁸⁰ Zie bv. R.v.St., V.Z.W. Association du personnel wallon et francophone des services publics, nr. 17.131, 14 juli 1975, *R.J.D.A.*, 1975, 288, noot COOLEN, A. (inzake de beperking van de bevoegdheid van een ontslagnemende regering tot «lopende zaken»).

⁸¹ Vgl. WALINE, M., «Le pouvoir normatif de la jurisprudence», in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, Parijs, 1950, 613.

⁸² VANWELKENHUYZEN, A., «La motivation des revirements de jurisprudence», o.c., 279. In dezelfde zin GUSSELS, J., «'Algemene rechtsbeginselen' zijn nog geen rechts», *R.W.*, 1988-89, 1112-1114.

⁶⁰ MAST, A., «L'interprétation de la Constitution», o.c., 537-538, en WIGNY, P., *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, I, Brussel, Bruylant, 1952, nr. 82.

⁶¹ DELPÉRIE, F., «Au nom de la loi», o.c., 492-493, en «La Constitution et son interprétation», o.c., 191; VELU, J., concl. bij Cass., 3 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 706, noot 9.

⁶² BERLIA, G., geciteerd door DELPÉRIE, F., «La vie de la Constitution», o.c., 128.

⁶³ RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», o.c., 53.

⁶⁴ VANWELKENHUYZEN, A., «De quelques lacunes du droit constitutionnel belge», in *Le problème des lacunes en droit*, PERELMAN, Ch. (red.), Brussel, Bruylant, 1968, 351-352 (art. 77 Gw.; de aanpassing van het bedrag van de civiele lijst aan de muntontwaarding) en 354-359 (art. 82 Gw.; de vaststelling van het einde van de onmogelijkheid van de Koning om te regeren).

⁶⁵ MAST, A., «De gewoonte», o.c., 526, die als voorbeelden geeft de wet van 19 juli 1945 tot uitvoering van artikel 82 Gw., de wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State, en de wetgevende opdrachten aan supranationale organismen.

⁶⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *J.T.*, 1970, 559-560.

⁶⁷ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Pouvoir de fait et règle de droit*, o.c., 18-19.

⁶⁸ Cass., 11 februari 1919 (Geubelle), *Pas.*, 1919, I, 9, concl. TERLINDEN, en Cass., 11 december 1944 (Leemans), *Arr. Verbr.*, 1945, 60.

⁶⁹ Ganshof van der Meersch, W.J., «Propos», o.c., 582, merkt terecht op dat het Hof, door de verantwoording van de besluitwetten te zoeken in de tekst zelf van de Grondwet, de interpretatie van deze laatste ietwat heeft «geforceerd» en dat het verkieslijker ware geweest de door Terlinden aanbevolen weg – de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel van het voortbestaan van de Staat – te volgen (in dezelfde zin De Meyer, J., «Over de legitimiteit van de besluitwetten van de oorlogsregeringen in 1914-1918 en in 1940-1944», in *Liber Amicorum A. De Schryver*, Gent, 1968, 296-304).

van regels zeldzaam, of laconiek, zoals artikel 1382 B.W., zijn, vaak ten gevolge van opgetreden wijzigingen in het maatschappelijk leven⁸³. Is de rechter, benevens de wetgever, immers niet de aangewezen interpretator voor de overbrugging van de kloof tussen het recht en de werkelijkheid⁸⁴?

11. Van alle interpretatiemethodes⁸⁵ lijkt de teleologische en evolutieve grondwetsinterpretatie de meest zinvolle te zijn⁸⁶, omdat op die manier de Grondwet haar leidende rol in de rechtsorde het best kan vervullen: zij verhindert het redelijke en maatschappelijk wenselijke niet, zonder dat geraakt wordt aan de onderliggende bedoeling van de grondwetgever⁸⁷.

Tot hetzelfde besluit komt ook M. Van Hoecke, wat de wetsinterpretatie betreft⁸⁸: elke wetsinterpretatie dient essentieel een teleologische dimensie te hebben⁸⁹, en, als eenmaal is aangetoond dat de «wil van de wetgever» begrepen moet worden als een algemene bedoeling m.b.t. een bepaalde algemene sociale ordening en niet als een reeks concrete oplossingen voor concrete problemen, treedt de teleologische interpretatie naar voren als de interpretatiemethode die op de meest zinvolle en adequate wijze de wil van de wetgever eerbiedigt en toepast⁹⁰. De teleologische interpretatie, die de interpretatie in het licht van het doel van de norm is als hulpmiddel om aan de norm een adequate, zinvolle betekenis toe te kennen⁹¹, omschrijft hij als een interpretatiebenadering die erop gericht is ook schijnbaar duidelijke teksten beter te begrijpen en ze zinvol toe te passen, eventueel tegen hun prima facie betekenis in, wanneer deze tot absurde of onredelijke resultaten leidt, of wanneer de tekst niet meer is aangepast aan de gewijzigde technische of maatschappelijke omstandigheden⁹². De teleologische interpretatie van het vroegere artikel 100, eerste lid, van de Grondwet – volgens hetwelk de rechters voor het leven worden benoemd – door de wet van 25 juli 1867 betreffende de inruststelling van de magistraten⁹³, lijkt ons een passende illustratie van voormelde omschrijving te zijn.

12. In de teleologische interpretatie onderscheidt M. Van Hoecke de «wetsteleologische»⁹⁴ en de «rechtsteleologische» interpretatie. Deze laatste omschrijft hij als een «systematisch-teleologische» interpretatiebenadering, waarbij het globale rechtssysteem op het niveau van de doeleinden

systematisch wordt geïnterpreteerd; de concrete teksten worden geïnterpreteerd in het licht van de basisprincipes van het rechtssysteem, die op hun beurt in hun maatschappelijke context worden gesitueerd⁹⁵. Zij vertrekt van een «objectief doelbegrip», dat losstaat van de subjectieve, bewuste bedoelingen van de historische normgever en uitgaat van de actuele, sociale functie van de rechtsfiguur⁹⁶, en de overbrugging van de historische kloof tussen vroeger en nu kan slechts gebeuren door de norm te ontdoen van zijn historisch toevallige elementen⁹⁷. De rechtsteleologische interpretatie is bovenal een synthese van verschillende interpretatiebenaderingen die in de regel afzonderlijk en los van elkaar worden toegepast⁹⁸.

Heeft A. Mast het niet over deze interpretatievorm wanneer hij schrijft over de grondwetsinterpretatie «ten voordele van een hermeneutiek die op de algemene beginselen van het grondwettelijk recht («systematisch») en op de door de grondwetgever nagestreefde doelstellingen («teleologisch») berust»⁹⁹? Als voorbeeld van rechtsteleologische grondwetsinterpretatie vermeldt M. Van Hoecke overigens de reeds aangehaalde rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de «besluitenwetten»¹⁰⁰. Een zelfde systematische en doelgerichte benadering menen we terug te vinden in de rechtspraak omtrent artikel 107 van de Grondwet, dat als volgt luidt: «De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen.» Ondanks deze formele bewoordingen wordt het rechterlijk wettigheidstoezicht eveneens uitgeoefend door de administratieve en tuchtrechtelijke rechtscolleges, wordt het eveneens toegepast op de besluiten en verordeningen van de gemeenschappen en gewesten¹⁰¹, en gebeurt de toetsing niet alleen aan de wetten, maar ook aan de decreten¹⁰¹, de Grondwet en de inter- en supranationale rechtswetten, en zelfs van individuele besluiten aan vroegere algemene verordeningen uitgaande van een zelfde administratieve overheid¹⁰². Terecht werd in dit verband gesteld dat de Belgische Grondwet de voorrang van de wet op de administratieve overheidsakte nergens als een formeel beginsel heeft neergeschreven, maar dat deze impliciet, maar zeker, voortvloeit uit de artikelen 67, 78 en 107 van de Grondwet, die alle betrekking hebben op de onderlinge verhoudingen tussen de Staatsmachten, hetgeen de

⁸³ VANWELKENUYZEN, A., *ibidem*, 269 en 279-280.

⁸⁴ Zie boven, nrs. 8-9.

⁸⁵ Zie hierover VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979.

⁸⁶ MAST, A., «De grondwettelijke norm», *o.c.*, 435-437; RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», *o.c.*, 62, en VAN DER HOEVEN, J., *o.c.*, 275.

⁸⁷ RIMANQUE, K., *ibidem*.

⁸⁸ In dezelfde zin VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Antwerpen-Utrecht, S.W.U., 1969, nr. 19: «De maatschappelijke verhoudingen bepalen mede de betekenis en de draagwijdte van een voorschrift.»

⁸⁹ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, *o.c.*, nr. 348.

⁹⁰ *Ibidem*, nr. 269.

⁹¹ *Ibidem*, nr. 272.

⁹² *Ibidem*, nr. 273.

⁹³ MAST, A., «De grondwettelijke norm», *o.c.*, 436-437.

⁹⁴ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, *o.c.*, inz. nrs. 287 en 290.

⁹⁵ *Ibidem*, nr. 291.

⁹⁶ *Ibidem*, nr. 296.

⁹⁷ *Ibidem*, nr. 297.

⁹⁸ *Ibidem*, nr. 297.

⁹⁹ MAST, A., «De grondwettelijke norm», *o.c.*, 436.

¹⁰⁰ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, *o.c.*, 311, noot 1. Zie ook *ibidem*, nr. 350: het Hof van Cassatie baseerde zijn beslissingen impliciet op de premisse dat de continuïteit van het wetgevend werk voor het land belangrijker was dan de wijze waarop de wetgeving tot stand kwam.

¹⁰¹ Men dien verstande dat in de verhoudingen tussen de wetgevende en de uitvoerende normen, die van onderscheiden overheden van de Staat, de gemeenschappen of de gewesten uitgaan, de rechter ook acht zal moeten slaan op de bevoegdheden van die onderscheiden overheden, om te weten aan welke norm – desnoods na een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof – voorrang moet worden gegeven: ALEN, A., *Rechter en bestuur*, *o.c.*, II, nr. 458, pp. 863-864.

¹⁰² Zie o.m. ALEN, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, *o.c.*, 203-204.

conclusie wettigt dat de formele voorrang van de ene norm op een anderssoortige norm niet kan worden losgemaakt van de vraag naar de aard en de omvang van de macht en de bevoegdheid van de normstellende organen ¹⁰³.

Ligt in het arrest van het Arbitragehof m.b.t. de Waalse waterbelasting ook geen rechtsteleologische interpretatie besloten waar het stelt dat uit «de globale Staatsopvatting, zoals die tot uiting komt in de grondwetsherziening van 1970 en 1980 en in de bijzondere en de gewone wetten van 8 en 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen» blijkt «dat het nieuwe Belgische staatsbestel berust op een economische en monetaire unie, d.i. het institutioneel kader van een uit deelgebieden opgebouwde economie, dat gekenmerkt wordt door een geïntegreerde markt (de zg. economische unie) en door de eenheid van de munt (de zg. monetaire unie)» ¹⁰⁴?

13. Bij de rechtsteleologische interpretatie valt het op dat bewust rekening wordt gehouden met het praktische resultaat van deze interpretatie ¹⁰⁵. Dit kan meebrengen dat de grondwets toepassingen soms zo verrassend en schijnbaar tegenstrijdig zijn, dat de normale voorspelbaarheid van de implicaties van een rechtsnorm bij de grondwettelijke norm niet is verwezenlijkt ¹⁰⁶; men denke aan artikel 26 van de Grondwet, dat werd ingeroepen om de «besluitwetten» wettelijke kracht te verlenen ¹⁰⁷ en aan artikel 78 van de Grondwet, dat in de Grondwet werd ingeschreven om de koninklijke macht te beperken en dat anderhalve eeuw later wordt ingeroepen om zeer ruime bevoegdheidsopdrachten van de wetgever aan de Koning in bijzondere machtenwetten te schragen ¹⁰⁸. Zoals in andere Staten, kan de betekenis van een grondwettekst in de loop der tijden veranderen, zonder dat hierom van ongrondwettigheid sprake hoeft te zijn ¹⁰⁹. «Ongrondwettigheid» is derhalve een relatief begrip. K. Rimanque merkt terecht op dat de niet-naleving van de procedure tot herziening van de Grondwet door de wetgever van 9 mei 1919 m.b.t. het enkelvoudig algemeen stemrecht, t.a.v. de door grondwettigheid beoogde waardebeveiliging een minder ernstige «fout» was dan de invoering en toepassing van retroactieve strafwetten na W.O. II, ook al werd hierbij geen «formele» ongrondwettigheid begaan ¹¹⁰.

14. Een ander kenmerk van de rechtsteleologische interpretatie is de ruime interpretatievrijheid die de rechter zich

toemeet ¹¹¹. Men denke aan het «paspoortenarrest», waarin het Hof van Cassatie op dubieuze wijze het koninklijk besluit van 6 februari 1919 houdende de verplichting om zijn identiteitskaart bij zich te hebben, ter staving van zijn wettigheid koppelt aan het doel en «de algemene economie» van de wet van 2 juni 1856 op de bevolkingsregisters, waaruit de Koning vermog «de gevolgtrekkingen af te leiden die daaruit op natuurlijke wijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en volgens de doelstellingen die zij nastreeft» ¹¹². Men denke eveneens aan het arrest-Waleffe, waarin op conclusie van de procureur-generaal L. Cornil ¹¹³ de noodzakelijke conformiteit van de wetten met de Grondwet als een onweerlegbaar — fictief ¹¹⁴ — vermoeden wordt vooropgesteld, en het Hof van Cassatie, uitgaande van dit postulaat, aan de bijzondere-machtenwet een draagwijdte geeft die zij op het eerste gezicht niet heeft maar die haar verenigbaar met de Grondwet maakt ¹¹⁵. Tot dezelfde fictieve vermoedens rekent A. Vanwelkenhuyzen ¹¹⁶ het vermoeden van regelmatigheid van de procedure van totstandkoming van de wet ¹¹⁷.

15. Kan de rechter dan naar eigen inzicht en totaal vrij de Grondwet interpreteren, en zo ja, welke is dan nog de waarde van de Grondwet als supreme norm?

Gewis heeft de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid, doch hij zou willekeurig handelen wanneer hij de keuze tussen de doeleinden enkel zou laten bepalen door zijn persoonlijke opvattingen en voorkeur in plaats van door een systematisch-teleologische situering van die doelstellingen in het kader van het gehele rechtssysteem, geconfronteerd met de sociale werkelijkheid ¹¹⁸. Men vergeet hierbij niet dat de vooronderstelling dat de normgever geen onbillijk of onredelijk resultaat kan hebben gewild, het primaat van de billijkheid als rechtstheoretisch uitgangspunt heeft ¹¹⁹. «Ongrondwettig» noemt J. Van der Hoeven een handelen door

¹¹¹ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, o.c., nr. 294.

¹¹² Cass., 18 november 1924 (Mertz), *Pas.*, 1925, I, 25. Zie de commentaar bij dit arrest van DE MEYER, J., *R.W.*, 1950-51, 609-614, evenals REYNTJENS, F., «Identiteitscontroles. De Belgische «pasjeswet» is onwettig, ongrondwettelijk en strijdig met het E.V.R.M.», *Tegenspraak*, 1983, 316-331.

¹¹³ «... comme le législateur ne peut faire que des lois conformes à la Constitution, (...) les lois sont présumées conformes à la Constitution et le pouvoir judiciaire est impuissant à renverser cette présomption» (*Pas.*, 1950, I, 562).

¹¹⁴ Aldus VANWELKENHUYZEN, A., «La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge», in *Les présomptions et les fictions en droit*, PERELMAN, Ch., en FORIERS, P. (red.), Brussel, Bruylant, 1974, 273.

¹¹⁵ Cass., 20 april 1950 (Waleffe), *Pas.*, 1950, I, 560, concl. CORNIL, L.

¹¹⁶ «La présomption de constitutionnalité», o.c., 276.

¹¹⁷ Cass., 14 januari 1976 (N.V. Indiamex), *R.W.*, 1975-76, 1745, concl. DUMON, F. Zie over dit arrest ook DE JONGHE, J., en REYNTJENS, F., «De twijfels van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1975-76, 2113-2130. Zie in dezelfde zin t.a.v. de afkondiging van een decreet: R.v.St., Vlaamse Gemeenschap, nr. 25.797, 4 november 1985, *A.P.T.*, 1986, 159, advies en verslag VAN ASSCHE, W., en *R.W.*, 1986-87, 1090, noot SUETENS, L.P.

¹¹⁸ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, o.c., nr. 307.

¹¹⁹ *Ibidem*, nr. 327.

¹⁰³ ALEN, A., *Rechter en bestuur*, o.c., II, nr. 458, p. 862, en RIMANQUE, K., advies, in *Hervorming van de Staat*, T.B.P., 1975, 392.

¹⁰⁴ Arbitragehof, rolnr. 45 — arrest nr. 47, 25 februari 1988, *B.S.*, 17 maart 1988. Zie de commentaar bij dit arrest van VANDERVEEREN, C., *R.W.*, 1988-89, 345-364.

¹⁰⁵ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, o.c., nr. 296. Vgl. ook RIMANQUE, K., «Verkenning van het eigene van de grondwettigheid», o.c., 169, en VANWELKENHUYZEN, A., «La motivation des revirements de jurisprudence», o.c., 281 (zoals in *Marbury v. Madison*, wordt de oplossing van de rechter ten gronde vaak behouden, doch op grond van een andere motivering).

¹⁰⁶ RIMANQUE, K., *ibidem*, 158.

¹⁰⁷ Zie de cassatierechtspraak vermeld in nr. 10.

¹⁰⁸ Zie het cassatiearrest-Le Compte, eveneens vermeld in nr. 10.

¹⁰⁹ MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 438; RIMANQUE, K., «Verkenning van het eigene van de grondwettigheid», o.c., 170; VAN DER HOEVEN, J., o.c., 271-272.

¹¹⁰ RIMANQUE, K., *ibidem*, 168.

de soevereiniteitsdragers, dat zonder fundering in een «verantwoord beleid», de grondwettige voorschriften negeert, en wanneer binnen het kader van een «verantwoord beleid» verschillende oplossingen mogelijk zijn, is aangewezen die oplossing, welke het dichtst bij de Grondwet ligt ¹²⁰.

Moet er bovendien nog aan worden herinnerd dat «de met de grootste kunst gemaakte Grondwet tot onmacht is gedoemd als zij niet geschraagd wordt door een gemeenschappelijke opvatting omtrent de regels die de uitoefening van het staatsgezag moeten beheersen en de geest waarin die regels moeten worden toegepast» ¹²¹? De Duitse rechtsleer noemt dit de «Wille zur Verfassung» ¹²² of het «Verfassungsgefühl» ¹²³. A. Mast ¹²⁴ spreekt ook van een «constitutionele ethica» die de eigenlijke rechtsnorm transcendeert. Dat de Grondwet overigens slechts een middel is om het staatsgezag door het recht te beperken, moge blijken uit de Staten die over geen formele, geschreven Grondwet beschikken, zoals Groot-Brittannië ¹²⁵, waar de naleving of de wijziging van de «materiele Grondwet» volledig afhangt van de «self-restraint» van de politieke machten om de spelregels niet te wijzigen ¹²⁶. Aan een goed functionerende Grondwet liggen in een democratie altijd zekere normen en standaarden, buiten het geschreven document, ten grondslag ¹²⁷.

16. Vele van de in de voorgaande nummers ontwikkelde ideeën omtrent de aard van de grondwettelijke norm, komen goed tot uiting in de beeldrijke metafoor van B. Akzin, die de Grondwet heeft vergeleken met een veiligheidsslot ¹²⁸: men behoeft geen slot wanneer er alleen eerlijke mensen het huis voorbijkomen, want zij zullen niet trachten binnen te komen, zelfs wanneer de deur niet gesloten is; anderzijds dient een slot niet tot veel tegen een besliste dief; een slot dient op de eerste plaats om de gewone mensen te ontmoedigen die gewoonlijk wel de rechte weg volgen maar die ook door een open deur of een deur zonder slot zouden kunnen trachten binnen te gaan; indien de dagelijkse ervaring zou aantonen dat men dikwijls de sloten forceert, is dit nog geen reden om zich van de deuren te ontdoen.

II. De staatsrechtelijke gewoonten en de algemene beginselen van het recht ¹²⁹

§ 1. De staatsrechtelijke gewoonten

17. De staatsrechtelijke gewoonten en de algemene rechtsbeginselen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat zij als bindende regels worden beschouwd, die niet of slechts ten dele verondersteld worden hun grondslag te vinden in de geschreven Grondwet ¹³⁰, hetgeen opnieuw te verklaren is doordat «en droit public, le droit se crée, dans une certaine mesure, en fonctionnant» ¹³¹. J. Van der Hoeven ¹³² heeft het belang van het ongeschreven constitutionele recht op overtuigende wijze aangetoond. Een Grondwet kan derhalve van uitzicht veranderen, niet alleen door herzieningen, maar ook door het spel van de grondwettelijke gebruiken ¹³³, al zijn zij, volgens J. Van der Hoeven ¹³⁴ eerder een gevolg dan de oorzaak van de gewijzigde rechtsregel. Zo noemt V. Bogdanor de zetelverdeling in de federale regering tussen de vier belangrijkste politieke partijen volgens een 2 - 2 - 2 - 1-verhouding «a constitution in itself», hoewel het geen deel uitmaakt van de Zwitserse geschreven Grondwet ¹³⁵. Ingevolge de aard van het constitutionele recht heeft de gewoonte er meer armslag dan in het privaatrecht ¹³⁶.

18. Talrijk zijn overigens de Belgische grondwettelijke instellingen waarvan de werking mede bepaald is door de gewoonte: de voorwaarden waaronder de Koning ministers benoemt en ontslaat; de werking van de Ministerraad; de rol van de eerste minister; de opening en sluiting van de zittingen der Wetgevende Kamers, hun verdaging en ontbinding... ¹³⁷. Bepaalde arresten van de Raad van State verwijzen naar ongeschreven regels, zoals de regel die voortvloeit uit «de algemene economie van de Grondwet» en volgens welke de bevoegdheid van de leden van een ontslagnemende regering zich dient te beperken tot de afhandeling van de «lopende zaken» ¹³⁸, of de regel van de «colloque secret» tussen de Koning en zijn ministers om uit het debat een stuk te weren waaruit zou blijken hoe een koninklijk besluit niet bij gemeen overleg tussen Koning en minister tot stand kwam ¹³⁹.

19. In tegenstelling met F. Perin, die van mening is dat de «grondwettelijke gewoonte» een waarde gelijk aan het geschreven grondwettelijk recht heeft, zodat alleen een grond-

¹²⁰ VAN DER HOEVEN, J., o.c., 272-273.

¹²¹ MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 434.

¹²² HESSE, K., *Die normative Kraft der Verfassung, Recht und Staat*, Heft 222, Tübingen, Mohr, 1959, 17.

¹²³ LOEWENSTEIN, K., *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlijn, De Gruyter, 1961, 56-61.

¹²⁴ MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 433.

¹²⁵ BOGDANOR, V., «Introduction», o.c., 4.

¹²⁶ AKZIN, B., «The place of the Constitution in the modern State», *Israel Law Review*, 1967, 7. Over het in Groot-Brittannië gevoerde debat om ook een Bill of Rights te creëren, waaraan zowel de vroegere als de toekomstige wetgeving kan worden getoetst, zie o.m. BRADLEY, A.W., «The legislative supremacy of the United Kingdom Parliament», *T.B.P.*, 1989, 445-452.

¹²⁷ BOGDANOR, V., «Introduction», o.c., 5. Zie ook BASTID, P., o.c., 7.

¹²⁸ AKZIN, B., o.c., 9.

¹²⁹ Voor een omvangrijke bibliografie: VELU, J., *Droit public*, I, Brussel, Bruylant, 1986, nr. 96.

¹³⁰ RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», o.c., 62.

¹³¹ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Pouvoir de fait et règle de droit*, o.c., 22.

¹³² O.c.

¹³³ LOEWENSTEIN, K., «Réflexions sur la valeur des Constitutions», o.c., 20.

¹³⁴ O.c., 103.

¹³⁵ BOGDANOR, V., «Introduction», o.c., 6.

¹³⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Propos», o.c., 561.

¹³⁷ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Pouvoir de fait et règle de droit*, o.c., 23-24.

¹³⁸ R.v.St., nr. 17.131, 14 juli 1975, reeds vermeld in nr. 10.

¹³⁹ R.v.St., Michielsens, nr. 1.222, 19 december 1951; Meulemeester, nr. 7.082, 19 mei 1959; Vandendries en cs., nr. 7.888, 24 mei 1960; Leloup, nr. 8.649, 8 juni 1961.

wetsherziening de gewoonte kan wijzigen ¹⁴⁰⁻¹⁴¹, is de overige rechtsleer eensgezind om te poneren dat de gewoonte slechts een suppletief karakter heeft, binnen het kader van een door het positieve publiekrecht gevestigd beginsel moet blijven, niet kan leiden tot de afschaffing van een grondwetsbepaling en niet kan opwegen tegen een grondwettekst ¹⁴².

§ 2. De algemene beginselen van het recht

20. «Het Belgisch positief recht erkent het bestaan van ongeschreven algemene rechtsbeginselen», schreef L.P. Suetens in 1970 ¹⁴³. Eerst in de rechtspraak, zowel van het Hof van Cassatie ¹⁴⁴ als van de Raad van State ¹⁴⁵, die sommige rechtsbeginselen overigens van openbare orde hebben geacht ¹⁴⁶, voordat de wetgever in artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek van 1967 ernaar verwees ¹⁴⁷. Dat het Hof van

Cassatie ¹⁴⁸, na een hoogtevluucht in het zog van de openingsrede van de procureur-generaal W.J. Ganshof van der Meersch op 1 september 1970 ¹⁴⁹, vanaf 1977 bijna systematisch geweigerd heeft het bestaan van nieuwe algemene rechtsbeginselen aan te nemen en bovendien de neiging heeft vertoond om de reeds erkende beginselen terzijde te schuiven telkens als het mogelijk was, om de nadruk te leggen op de wetten of de verdragen die deze beginselen toepassen ¹⁵⁰, doet aan de grond van deze vaststelling niets af: benevens in grondwets- en wetbepalingen zijn vele algemene rechtsbeginselen thans ook in verdragen neergelegd, hetgeen in vele gevallen het beroep erop overbodig heeft gemaakt ¹⁵¹, en een cassatieberoep op grond van miskenning van een algemeen rechtsbeginsel ¹⁵² kan alleen dan tot cassatie leiden wanneer het algemeen rechtsbeginsel op de geformuleerde grief toepassing vindt én op een ontvankelijke wijze is geformuleerd ¹⁵³. En al is het zo dat de Raad van State, om bepaalde structurele redenen ¹⁵⁴, op minder ruime schaal

¹⁴⁰ PERIN, F., «Y a-t-il trois pouvoirs constitutants?», o.c., 6 (bv. om afbreuk te doen aan de regel dat de regering niet meer de investituur van een Wetgevende Kamer nodig zou hebben).

¹⁴¹ Vgl. de onbevoegdheid van de rechter om de wet aan de Grondwet te toetsen, die sommigen hebben gekwalificeerd als een «gewoonterechtelijke constitutionele regel», die bezwaarlijk langs jurisprudentiële weg kan worden gewijzigd (RIMANQUE, K., «Overwegingen n.a.v. het Cassatiearrest van 3 mei 1974», *T.B.P.*, 1974, 271, en SUETENS, L.P., noot bij Rb. Brussel, 5 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 1015). Deze visie werd bij de Grondwetsherzieningen van 1980 en 1988 met de instelling van het Arbitragehof (art. 107ter Gw.) door de Grondwetgever zelf gevolgd.

¹⁴² DELPÉRÉE, F., *Droit constitutionnel*, I, Brussel, Larcier, 1987, 2e uitg., nr. 34, en «La Constitution et son interprétation», o.c., 207; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Pouvoir de fait et règle de droit*, o.c., 22-23, en *Propos*, o.c., 561; MAST, A., «De grondwettelijke norm», o.c., 430-431; VELU, J., *Droit public*, I, o.c., nr. 97; WIGNY, P., *Droit constitutionnel*, I, o.c., nr. 85.

¹⁴³ SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht», *T.B.P.*, 1970, 393.

¹⁴⁴ Het eerste arrest waarin een algemeen rechtsbeginsel uitdrukkelijk als rechtsbron werd erkend, betreft de continuïteit van de openbare dienst: Cass., 10 januari 1950, *Pas.*, 1950, I, 302.

¹⁴⁵ Lukraak gekozen, zie bv. R.v.St., Balliu, nr. 16.364, 17 april 1974: «dat (...) elke bestuursoverheid, zich moet gedragen in de uitoefening van haar bevoegdheid overeenkomstig de eisen van behoorlijk bestuur, zonder dat het vereist is dat zodanig gedrag bij uitdrukkelijk voorschrift is opgelegd».

¹⁴⁶ Zie bv., wat het Hof van Cassatie betreft, de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid (Cass., 13 oktober 1975, *Pas.*, 1976, I, 181, noot J.V., en Cass., 16 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, 2144; zie ook Cass., 13 januari 1986, *R.W.*, 1985-86, 2553, concl. LENAERTS, H.), en, wat de Raad van State betreft, het recht van verdediging (R.v.St., O.C.M.W. Watermaal-Bosvoorde, nr. 27.753, 27 maart 1987, en, Leenders, nr. 29.357, 17 februari 1988), het beginsel dat administratieve rechtshandelingen niet kunnen terugwerken, en de schending van het gezag van gewijsde van arresten van de Raad van State (zie DE WOLF, P., «Het ambtshalve aanvoeren van rechtsmiddelen door de Raad van State uitspraak doende over annulatieberoepen tegen administratieve rechtshandelingen», *T.B.P.*, 1986, 20).

¹⁴⁷ Art. 2 Ger. W.: «De in dit wetboek gestelde regels zijn van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetbepalingen of door *rechtsbeginselen*, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek.» Zie bv.

R.v.St., Leiser e.a., nr. 30.637, 7 september 1988: de mogelijkheid voor de procespartijen om bij advocaat te verschijnen — art. 728, § 1 Ger. W. — is niet verenigbaar met het vereiste van persoonlijke verschijning in tuchtzaken.

¹⁴⁸ Zie over deze rechtspraak vooral GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *J.T.*, 1970, 557-573 en 581-596, evenals CLAEYS BOUÛAERT, Ph., «Algemene beginselen van het recht. Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1986-87, 913-934 en 977-998, en SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», in *Liber Amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 51-66, en «Algemene rechtsbeginselen in cassatie», *Lezingencyclus Algemene Rechtsbeginselen*, U.F.S.A.L. (nog niet gepubliceerd).

¹⁴⁹ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c.

¹⁵⁰ CLAEYS BOUÛAERT, Ph., o.c., 996; Zie ook SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», o.c., 55-56, met vermelding van de rechtspraak van het Hof waarin het kenmerk van algemeen rechtsbeginsel uitdrukkelijk werd ontzegd (bv. Cass., 8 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 2056: de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest van de Raad van State is geen algemeen rechtsbeginsel).

¹⁵¹ SOETAERT, R., «Algemene rechtsbeginselen in cassatie», o.c., 8.

¹⁵² Ondanks art. 1080 Ger. W., volgens hetwelk het verzoekschrift in cassatie op straffe van nietigheid «de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd» dient te vermelden, alsof de bestaande wetgeving een rationeel en sluitend geheel vormt. Voordat het Hof van Cassatie cassatieberoepen op grond van miskenning van een algemeen rechtsbeginsel ontvankelijk verklaarde, paste het art. 1080 Ger. W. — behoudens in strafzaken waar het geen gelding heeft — consequent toe: zie bv. Cass., 9 november 1965, *R.C.J.B.*, 1967, 137, noot FORIERS, P. (de schending van het beginsel «patere legem» kan alleen dan tot cassatie leiden als het ook de schending van een wets- of reglementsbepaling inhoudt).

¹⁵³ SOETAERT, R., «Algemene rechtsbeginselen in cassatie», o.c., 8-9: zo mag het algemeen rechtsbeginsel niet door een wetbepaling nader geregeld zijn, want anders moet het middel op straffe van onontvankelijkheid die wetbepaling aanwijzen.

¹⁵⁴ Zie hierover HUBERLANT, Ch., «Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits?», in *Mélanges J. Dabin*, II, Brussel, 1963, 661-690, evenals GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 570-571: de minder precieze grondrechten in de Franse Grondwet; de opvatting over de autonomie van het administratief recht in het Franse publiekrecht, die bv. meebrengt dat de bepalingen van de Code civil er slechts in de vorm van algemene beginselen van toepassing zijn; de oprichting van de

dan in het Franse publiekrecht toepassing maakt van algemene rechtsbeginselen, zijn overvloedige rechtspraak ¹⁵⁵ bevestigd het aan het begin van dit nummer geschrevene.

21. De opgang van algemene rechtsbeginselen in diverse rechtstakken is geen alleenstaand fenomeen; men vindt het ook terug in andere landen ¹⁵⁶. Als verklaring hiervoor wordt in het publiekrecht doorgaans verwezen naar de verschuiving van de «feitelijke macht» t.v.v. de uitvoerende macht en de enorme uitbreiding van de overheidstaak, die een verschuiving van de rechterlijke controle meebracht van een «wet-» naar een «recht»matigheidstoetsing, ten einde de groeiende discretionaire macht van de overheid, buiten het geschreven recht om, in te perken ¹⁵⁷. Al nemen de ongeschreven algemene rechtsbeginselen een grotere plaats in het publiekrecht in ¹⁵⁸, inzonderheid in het administratief recht waar ze overeenkomstig hun Nederlandse oorsprong «algemene beginselen van behoorlijk bestuur» worden genoemd ¹⁵⁹, toch komen zij ook in het privaatrecht voor, vooral daar waar er wettelijke of feitelijke posities van bovengeschiedtheid of gezagsposities zijn ¹⁶⁰, reden waarom W. Van Gerven spreekt van «beginselen van behoorlijk handelen» als de gemeenschappelijke onderbouw van privaat- én publiekrecht ¹⁶¹.

22. Het begrip «algemeen rechtsbeginsel» is meerduidelijk, het is een «label» dat op zeer verscheiden substanties wordt gekleefd ¹⁶². Eerder dan op zoek te gaan naar een passende omschrijving van de algemene rechtsbeginselen, past het in dit kader te blijven stilstaan bij de twistvraag of de rechter de beginselen «creëert» dan wel ze alleen maar «formuleert» ¹⁶³.

23. Volgens een eerste stelling, die o.m. W.J. Ganshof van der Meersch inneemt, «formuleert» de rechter algemene rechtsbeginselen; hij creëert ze niet ¹⁶⁴. De algemene rechtsbeginselen schrijven zich in het algemeen rechtssysteem in,

Franse Conseil d'Etat in andere historische omstandigheden dan in België.

¹⁵⁵ Zie over deze rechtspraak vooral SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht», *T.B.P.*, 1970, 379-396, en «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», *T.B.P.*, 1981, 81-99, evenals DEBAEDTS, F., «De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht», *T.B.P.*, 1988, 641-652.

¹⁵⁶ Zie bv. DE MOOR-VAN VUGT, A.J.C., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987 (Nederland, B.R.D., Frankrijk, België, Europese Gemeenschappen).

¹⁵⁷ DEBAEDTS, F., o.c., 641-642, en VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 965-966.

¹⁵⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 570.

¹⁵⁹ SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 379.

¹⁶⁰ Zie hierover vooral VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk handelen», o.c., 966-970 (bv. de voor de uitoefening van de ouderlijke macht aan de ouders bij wet verleende positie van bovengeschiedtheid; de bij wet aan vennootschapsbestuurders toegekende beheersbevoegdheid; het misbruik van machtspositie in het contractenrecht...). Zie eveneens RONSE, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207-220.

¹⁶¹ DEBAEDTS, F., o.c., 652.

¹⁶² VAN GERVEN, W., *ibidem*, 978.

¹⁶³ Deze twistvraag bestaat ook in Frankrijk: zie DEBAEDTS, F., o.c., 652 (met verwijzingen).

¹⁶⁴ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 567.

en de rechter, die het bestaan ervan vaststelt, doet niets anders dan de vermoede wil van de grondwetgever of de wetgever interpreteren ¹⁶⁵. Wanneer een algemeen rechtsbeginsel niet, of slechts ten dele om bepaalde toepassingen ervan te regelen, in een wettekst is neergelegd, komt dit omdat zijn bestaan zo zeker is dat de wetgever geacht heeft het niet in een wettekst te moeten vaststellen ¹⁶⁶. Meerdere algemene rechtsbeginselen zijn inderdaad hetzij interpretatieve toepassingen van grondwettelijke beginselen ¹⁶⁷, hetzij afgeleid uit wettelijke toepassingen ¹⁶⁸. Enkele voorbeelden kunnen volstaan: het beginsel «patere legem» en het beginsel van de gelijkheid der burgers tegenover de openbare lasten ¹⁶⁹ gaan in wezen terug op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel ¹⁷⁰; het verbod om fysieke dwang uit te oefenen op de persoon en in zijn persoonlijkheid binnen te dringen, is een algemeen rechtsbeginsel, dat wortels heeft in de individuele vrijheid, waaraan artikel 7 van de Grondwet uitdrukking geeft ¹⁷¹; de rechterlijke motiveringsplicht, voor de hoven en rechtbanken neergelegd in artikel 97 van de Grondwet, is inherent aan het wezen zelf van de rechtsprekende functie en bijgevolg een door alle rechtscollages na te leven algemeen rechtsbeginsel ¹⁷²; van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechter, en de rechten van verdediging, vindt men talrijke toepassingen in de Grondwet (artt. 94, 100, 102 en 103) en de wetgeving (o.m. de onverenigbaarheden, de wraking van en het verhaal op de rechter, het verbod om in dezelfde zaak rechter en partij te zijn...) ¹⁷³; van de verrijking zonder oorzaak, de regel «fraus omnia corrumpit» en het verbod van rechtsmisbruik zijn bijzondere toepassingen neergelegd in de wet, inzonderheid het Burgerlijk Wetboek,

¹⁶⁵ *Ibidem*, 568 en 570.

¹⁶⁶ LETOURNEUR, M., «Les 'principes généraux du droit' dans la jurisprudence du Conseil d'Etat», *Et. et Doc.*, 1951, 29. Zie in dezelfde zin SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 393, evenals OST, F., «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», in *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, VAN DE KERCKHOVE, M. (red.), Brussel, Fac. Univ. Saint-Louis, 1978, 151.

¹⁶⁷ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 568. Zie ook RIMANQUE, K., «De interpretatie van de Grondwet», o.c., 63.

¹⁶⁸ Zie vooral GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 581-594, die een catalogus van algemene rechtsbeginselen en hun «achterliggende rechtsbron» geeft.

¹⁶⁹ In de desbetreffende basisarresten (Cass., 6 april 1960, *R.C.J.B.*, 1960, 257, concl. MAHAUX, F., en noot DABIN, J.) wordt o.m. gesteund op «de traditie en het algemeen beginsel dat vastgelegd is, onder meer in artikel 11 van de Grondwet». Zie hierover o.m. BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstorving van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1979, nrs. 156-166.

¹⁷⁰ SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 385-386.

¹⁷¹ Cass., 7 maart 1975, *Pas.*, 1975, I, 692, noot E.K.

¹⁷² Cass., 9 oktober 1959 (Bockmans), *Pas.*, 1960, I, 170, concl. HAYOIT DE TERMICOURT, R., en *R.C.J.B.*, 1960, 177, noot DE VISCHER, P. Zie ook de commentaar van VELU, J., *J.T.*, 1960, 441-446 en 460-467.

¹⁷³ Dat het recht op een behoorlijke rechtsbedeling eveneens in internationale verdragsteksten (inz. art. 6 E.V.R.M. en art. 14 BuPo) is neergelegd, doet niets af aan het belang van deze algemene rechtsbeginselen, die van toepassing blijven voor de procedures die buiten het toepassingsgebied van de verdragsteksten vallen (zie bv. Cass., 23 mei 1985 (Van Hoorn), *R.C.J.B.*, 1987, 331, noot VERHOEVEN, J.; *R.v.St.*, nr. 31.675, 6 januari 1989, *Jur. Liège, Mons et Bruxelles*, 1989, 721, noot MARTENS, P.).

dat ook nog in artikel 1382 het algemene zorgvuldigheidsbeginsel bevat ¹⁷⁴...

24. Volgens een tweede stelling, die o.m. die is van J. Gijssels ¹⁷⁵, worden algemene rechtsbeginselen door de rechtsvormers, ook door de rechter, tot recht gemaakt door extra-juridische staatsfilosofische concepten, politieke ideeën en ethische normen te actualiseren tot recht, ongeacht of die reeds in wetteksten hun neerslag hebben gevonden ¹⁷⁶. Volgens hem heeft de eerste stelling (zie nr. 23) te maken met het diep ingeworteld axioma volgens hetwelk «le juge est la bouche de la loi» ¹⁷⁷, en aansluitend bij de reeds aangehaalde voorbeelden, die de «normatieve kracht van de rechtspraak» illustreren ¹⁷⁸, meent hij dat de rechter ter zake zich niet beperkt tot het «vinden» van het recht in het bestaande en het declaratief formuleren van wat reeds recht was of is. Hij «vormt» of «creëert» recht door te putten uit het algemene ideeëngoed waarvan een bepaalde samenleving leeft en dat deze samenleving karakteriseert ¹⁷⁹. In tegenstelling met de opvattingen van Geny en Kelsen, is het rechtssysteem inderdaad niet «gesloten» en kunnen er «lacunes» in de wetgeving zijn ¹⁸⁰, die de rechter, in de gevallen waarin een positiefrechtelijke oplossing is vereist, vaak met een beroep op een algemeen rechtsbeginsel opvult ¹⁸¹. Het is overigens opmerkelijk dat de regering bij de totstandkoming van artikel 5 van het Gerechtigelijk Wetboek, dat de rechter verplicht

recht te spreken ¹⁸², het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State om, naar analogie van buitenlandse wetgeving, uitdrukkelijk de door de rechter te volgen regels in geval van stilzwijgen van de wet aan te wijzen, alleen verworpen heeft op grond van de overweging dat geen eenvormige richtlijnen kunnen worden gegeven voor rechtcolleges die werkzaam zijn in onderscheiden rechtstakken ¹⁸³.

25. F. Debaedts ¹⁸⁴ stemt met de intermediaire stelling van B. Jeanneau in: «le juge ne crée pas les principes généraux 'ex nihilo', mais son rôle ne se réduit pas davantage à une pure constatation. Il constate et crée tout à la fois dans le même temps» ¹⁸⁵. Naast geschreven rechtsregels, waaraan eveneens de benaming «beginselen» wordt gegeven, enerzijds omdat zij fundamenteel zijn in het rechtsbestel en anderzijds omdat zij zo vaag zijn geformuleerd dat zij een «opvulling» door de rechter behoeven alvorens op concrete gevallen te kunnen worden toegepast, zijn er ook ongeschreven algemene rechtsbeginselen, die door de rechter zelf worden geformuleerd ¹⁸⁶; «dat (algemene rechtsbeginselen) 'min of meer impliciet aanwezig zijn', sluit allereerst in dat ze zowel ongeschreven kunnen zijn, als door interpretatie leesbaar gemaakt» ¹⁸⁷.

26. Vanzelfsprekend is voormelde kwestie voor de rechtspraktijk van relatief belang ¹⁸⁸, omdat zowel in de rechtspraak ¹⁸⁹ als in de rechtsleer ¹⁹⁰ algemeen wordt aanvaard dat het algemeen rechtsbeginsel slechts een suppletieve rechtsbron is en ondergeschikt is aan de wet en de hieraan

¹⁷⁴ Terwijl de Raad van State dit beginsel voorheen als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur opvatte (R.v.St., Reeskens, nr. 20.602, 30 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 36, noot LAMBRECHTS, W.), steunt hij in zijn latere rechtspraak hiervoor op de artikelen 1382 e.v. B.W. (R.v.St., De Leye, nr. 23.572, 13 oktober 1983).

¹⁷⁵ GIJSSELS, J., o.c., 1112-1113.

¹⁷⁶ Als voorbeeld van een algemeen rechtsbeginsel, dat nog niet zijn weerslag in een wettekst heeft gevonden, vermeldt hij het continuïteitsbeginsel (*ibidem*, 1113).

¹⁷⁷ Vgl. MONTEQUIEU: «... les juges de la notion ne sont, (...), que la bouche qui prononce les paroles de la loi». Volgens de klassieke interpretatie van zijn opvatting over de «rechterlijke macht», is de rechter een «juge-automate», wiens taak beperkt is tot een mechanische en automatische toepassing der wet; deze interpretatie wordt evenwel door sommigen (o.m. SCHÖNFELD, K.M., *Montesquieu en «La bouche de la loi»*, doctoraal proefschrift, Leiden, 1979) bestreden omdat MONTESQUIEU in deze passus niet de rechtspraak in het algemeen, maar enkel het Engelse jurystelsel op het oog zou hebben gehad: zie ALLEN, A., *Rechter en bestuur*, II, o.c., nr. 277.

¹⁷⁸ Zie nr. 10.

¹⁷⁹ Dezelfde idee vindt men bij VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, o.c., nr. 19; «rechtspreek» is synoniem met *recht vinden*» (door ons recursiviseerd). Voor de nadere ontwikkeling van deze idee, zie VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard, 1973.

¹⁸⁰ Over de «lacunes» in de geschreven Grondwet, die hetzij door de wetgever, hetzij door de rechter worden opgevuld, zie boven, nrs. 9-10.

¹⁸¹ HUBERLANT, Ch., «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», *Ann. Dr.*, 1965, 234-237, die als voorbeelden van door de rechtspraak opgevulde «lacunes» in de wetgeving o.m. vermeldt de theorie van de burenhinder en de intrekking van administratieve rechtshandelingen. Zie ook HUBERLANT, Ch., «Antinomies et recours aux principes généraux», in *Les antinomies en droit*, PERELMAN, Ch. (red.), Brussel, Bruylant, 1965, 234-235.

¹⁸² Art. 5, Ger. W. (het vroegere art. 4 B.W.: zie o.m. BAYART, A., «L'article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation», *J.T.*, 1956, 353-355) luidt als volgt: «Er bestaat rechtswijziging wanneer de rechter weigert recht te spreken onder enig voorwendsel, zelfs van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet.» Deze bepaling wordt door sommigen (o.m. HUBERLANT, Ch., aangehaald door GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 570; MAROY, P., «Application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative», in *Toepassing van algemene rechtsbeginselen in de administratieve jurisprudentie*, Preadviezen Administratieve Dagen Brugge - 1961, Instituut voor Bestuurswetenschappen, 1961, 83) aangehaald als grondslag van de rechterlijke bevoegdheid om ongeschreven algemene beginselen toe te passen; DEBAEDTS, F., o.c., 650-651, verzet zich tegen deze stelling, o.m. omdat de rechter eveneens onderworpen blijft aan art. 6 Ger. W., dat hem verbiedt een rechtsregel te formuleren waaraan hij zich onderworpen acht voor nog komende gevallen.

¹⁸³ HUBERLANT, Ch., «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», o.c., 254-255. Zie eveneens VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, o.c., nr. 6.

¹⁸⁴ O.c., 652.

¹⁸⁵ JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit*, Parijs, Sirey, 1954, 123 (door ons gecursiveerd).

¹⁸⁶ DEBAEDTS, F., o.c., 649.

¹⁸⁷ SOETAERT, R., «Algemene rechtsbeginselen in cassatie», o.c., 2.

¹⁸⁸ DEBAEDTS, F., o.c., 649.

¹⁸⁹ Zie bv. Arbitragehof, rol. nr. 36 - arrest nr. 32, 29 januari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2433, noot VERMEIRE, L. («dat het beroep op een algemeen rechtsbeginsel de rechter er niet van ontslaat, de geschreven wet toe te passen die een bepaalde materie regelt»); Cass., 23 juni 1980, *T.B.P.*, 1980, 501, concl. LENAERTS, H.; R.v.St., Jassogne, nr. 17.713, 16 juni 1976.

¹⁹⁰ DEBAEDTS, F., o.c., 649; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 567; SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 393; VELU, J., I, o.c., nr. 97.

gelijkwaardige en a fortiori hogere rechtsnormen. Wanneer de wetgever niet akkoord gaat met zijn vermoede wil, kan hij optreden, en zoniet, dan bestaat het vermoeden dat het algemeen rechtsbeginsel plaatsneemt in het positieve recht¹⁹¹. In tegenstelling met de administratieve overheid¹⁹², kan de wetgever steeds optreden om aan een algemeen rechtsbeginsel de vorm van een wet te geven, het in een bepaalde materie specifiek te regelen, of het zelfs te veroordelen¹⁹³. Daar de algemene rechtsbeginselen in grote trekken terug te vinden zijn in het vigerend recht, zullen zij in het algemeen niet lijnrecht tegenover de wetgeving staan¹⁹⁴, en, in geval van onderlinge «strijdigheid», dienen zij tegenover elkaar te worden afgewogen¹⁹⁵.

27. Aan de vraag of de rechter, bij het hanteren van algemene rechtsbeginselen, alleen recht «vindt» (zie nr. 23) dan wel ook recht «creëert» of «vormt» (zie nr. 24), werd, ondanks haar vrij rechtstheoretisch karakter (zie nr. 26), uitgebreide aandacht besteed, omdat zij het mogelijk maakt aan te sluiten bij de rechtsteleologische interpretatie van de Grondwet (zie nr. 12).

Zo schrijft M. Van Hoecke dat de toepassing van algemene rechtsbeginselen om bepaalde leemten in het recht te vullen (zie nr. 24) niets anders is dan een vorm van analogische interpretatie, die volgens hem «een vermomde toepassing van onuitgesproken algemene rechtsbeginselen» is: vanuit een bij de wet geregeld geval, stijgt men op naar een algemeen rechtsbeginsel, dat men dan toepast op een niet bij de wet geregeld, maar met het eerste analoog geacht geval¹⁹⁶. Een wat verruimde analogieredenering gaat over in een teleologische interpretatie¹⁹⁷. Bij een rechtsteleologische in-

terpretatie wordt de norm niet gesitueerd tegen de achtergrond van de concrete (tijdgebonden) bedoeling van de normgever t.a.v. een bepaalde norm of een deel ervan, maar op een meer abstract niveau, tegen de achtergrond van doeleinden, principes die aan het hele rechtssysteem of aan een onderdeel ervan ten grondslag liggen¹⁹⁸. Volgens M. Van Hoecke valt deze interpretatie nauwelijks of niet te onderscheiden van wat de rechter doet bij het formuleren van algemene rechtsbeginselen¹⁹⁹.

28. Het situeren van de algemene rechtsbeginselen op het niveau van de rechtsteleologische interpretatie is geschikt om een plausibel antwoord op enkele vragen te verschaffen.

Allereerst de historische opkomst van de algemene rechtsbeginselen als rechtsbron²⁰⁰, die verklaard kan worden vanuit een te enge rechterlijke opvatting over wetsinterpretatie, daar de rechters wellicht dezelfde resultaten hadden kunnen bereiken via de analogische en de teleologische interpretatiemethodes²⁰¹. Zo was een beroep op rechtsmisbruik ter zake van overeenkomsten noodzakelijk, omdat de Belgische rechtspraak het voorschrift van de goede trouw in artikel 1134, derde lid, B.W. eng heeft uitgelegd²⁰². Misschien ligt, zoals M. Van Hoecke²⁰³ schrijft, het gemis aan een uitgewerkte en wetenschappelijk verantwoorde interpretatietheorie ten grondslag zowel aan de opkomst als aan de latere stagnatie of zelfs relatieve neergang van de algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak²⁰⁴.

Vervolgens de grote beleidsinterpretatieve vrijheid die de rechter ongetwijfeld heeft, vooral wanneer hij de algemene rechtsbeginselen afleidt, niet uit de bestaande wetgeving, maar uit «wat leeft in het algemeen rechtsbewustzijn»²⁰⁵. Vooral M. Somerhausen, die m.b.t. de rechtspraak van de Raad van State inzake zes «algemene rechtsbeginselen» stelde dat deze niet meer heeft gedaan dan de wet toe te passen volgens de klassieke methodes van de juridische redenering²⁰⁶, heeft kritiek geuit op de hopeloze vaagheid van de algemene rechtsbeginselen, die, zoals uit sommige rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat is gebleken, soms moeten dienen om de politieke gezindheid van de rechter te doen zegevieren, tegen de wil van de wetgever in²⁰⁷⁻²⁰⁸. Men

¹⁹¹ BUTTGENBACH, A., en DEMBOUR, J., «Nature du lien juridique unissant les administrations publiques à leurs agents», *R.J.D.A.*, 1958, 10. *Adde* de referenties in nr. 23.

¹⁹² Deze zou niet vermogen de draagwijdte of de gevolgen van het recht van verdediging, zoals bepaald door de rechtspraak, bij reglement te beperken: R.v.St., Laenders, nr. 29.357, 17 februari 1988, en Meyers, nr. 29.760, 15 april 1988 (zie hieromtrent GEUS, J.C., «Le respect des droits de la défense en matière disciplinaire: évolutions récentes du contrôle exercé par le Conseil d'Etat», *A.P.T.*, 1989, 64-65).

¹⁹³ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», *o.c.*, 567-568. Bv. inzake het recht van verdediging: CLAEYS BOUÛAERT, Ph., *o.c.*, 933.

¹⁹⁴ VAN HOECKE, M., «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding», *Lezingencyclus Algemene Rechtsbeginselen*, U.F.S.A.L. (nog niet gepubliceerd), 29.

¹⁹⁵ *Ibidem*, 6 en 25 (bv. het recht op informatie van de burger tegenover het beroepsgeheim van de ambtenaar of het staatsbelang). Zie bv. R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986, *J.T.*, 1989, 307, noot LAGASSE, D., en Jacquart, nrs. 28.447-28.448, 15 september 1987: de schijn van onpartijdigheid van de overheid is een eis van openbare orde (vgl. boven, nr. 20), doch het karakter van openbare orde kan worden geneutraliseerd door een ander algemeen rechtsbeginsel, «*Fraus omnia corrumpit*», zodat het feit zich bewust of overdreven lichtzinnig te onthouden zijn rechten te doen gelden in een administratieve procedure om zich dan, als eenmaal de beslissing door de overheid is getroffen, bij de Raad van State over de miskenning van zijn rechten te beklagen, het onmogelijk maakt annulatiemiddelen te doen gelden, zelfs al zijn ze van openbare orde.

¹⁹⁶ VAN HOECKE, M., «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding», *o.c.*, 19 en 21? In dezelfde zin HUBERLANT, Ch., «Antonimies», *o.c.*, 234-235.

¹⁹⁷ VAN HOECKE, M., *ibidem*, 21. Zie hierover ook nr. 11.

¹⁹⁸ *Ibidem*, 22. Zie hierover ook nr. 12.

¹⁹⁹ *Ibidem*, 23.

²⁰⁰ Zie eveneens nr. 21.

²⁰¹ VAN HOECKE, M., *De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding*, *o.c.*, 34.

²⁰² SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», *o.c.*, 57-58.

²⁰³ «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding», *o.c.*, 17 en 26: de opkomst schrijft hij toe aan het feit dat de toepassing van een analogische of van een rechtsteleologische interpretatie voor de meeste rechters de grenzen van hun interpretatiebevoegdheid leek te overschrijden; in een eerste fase gold het erg fundamentele en onbetwistbare beginselen, maar in een tweede fase werden meer problematische beginselen naar voren geschoven, en bij gebrek aan een uitgebouwde theorie, was het voor de rechters niet eenvoudig om t.a.v. deze beweerde rechtsbeginselen een stelling in te nemen.

²⁰⁴ Zie hierover, wat het Hof van Cassatie betreft, nr. 20.

²⁰⁵ DEBAEDTS, F., *o.c.*, 643 en 651.

²⁰⁶ SOMERHAUSEN, M., «De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht», *T.B.P.*, 1970, 481-485.

²⁰⁷ *Ibidem*, 486-487.

kan hierop vanzelfsprekend antwoorden dat, wanneer de rechter een beroep doet op algemene rechtsbeginselen, hij onder de controle en met de stilzwijgende instemming van de wetgever handelt ²⁰⁹, doch, onder meer naar het Arbitragehof toe, is een meer algemene benadering geboden. Zij kwam reeds ter sprake bij de rechtsteleologische grondwetsinterpretatie ²¹⁰; bij de algemene rechtsbeginselen ligt de nadruk op de veralgemeenbaarheid van de rechterlijke redenering; niet de persoonlijke visie van de rechter weegt door, maar een «intersubjectieve consensus» over het al dan niet bestaan van een algemeen rechtsbeginsel ²¹¹. De rechter treedt, aldus L.P. Suetens ²¹², niet willekeurig op; hij voert geen «principes imaginaires» in maar vindt een grondslag voor zijn houding in de rechtsorde en derhalve in het recht. Men verlieze immers niet uit het oog dat een rechtssysteem een coherent geheel met een gemeenschappelijke inspiratie vormt ²¹³, en in dit verband pleit M. Van Hoecke voor algemene rechtsbeginselen, die aan de juristen een nieuw «ius commune» kunnen bieden, dat opnieuw eenheid kan brengen in sommige rechtstakken en vooral in het geheel van het rechtssysteem ²¹⁴. Slechts één voorbeeld ter illustratie én ter afronding: de toepassing van het beginsel «patere legem» door de rechtspraak, die in een niet door artikel 107 van de Grondwet voorzien geval, een algemeen rechtsbeginsel toepast, dat het meest overeenstemt met de uit het geheel van de Grondwet voortvloeiende impliciete eisen, en die aldus de «harmonie» van het rechtssysteem verzekert ²¹⁵.

III. Het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van rechtsmisbruik

§ 1. Het redelijkheidsbeginsel

29. Onder de in het administratief recht gangbare algemene beginselen van behoorlijk bestuur komt het redelijkheidsbeginsel voor, zij het onder verschillende andere benamingen ²¹⁶; het algemene verbod van willekeur ²¹⁷; het

evenredigheidsbeginsel, inzonderheid in tuchtzaken (zie hieronder § 2); de zuinigheidsplicht, «een vorm van redelijkheid die tot uiting moet komen bij het nemen van financiële beslissingen» ²¹⁸.

Sommigen zien een belangrijk verschil tussen «de eigenlijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur», die rechtsbeginselen zijn en op het legaliteitsgedeelte van de beslissing slaan, en «het redelijkheidsbeginsel», dat een, zij het marginaal, toetsen is van het beleidsgedeelte van de beslissing ²¹⁹: terwijl de eerste de beleidsvrijheid van de overheid niet wezenlijk zouden aantasten, zou de toepassing van het redelijkheidsvereiste, volgens hetwelk de overheid, alvorens haar beslissing te nemen, alle betrokken belangen op redelijke wijze dient af te wegen ²²⁰, er toe kunnen leiden dat het afwegingsproces zelf — de kern van het beleid — door de rechter wordt overgedaan, waarbij hij zijn resultaat dan vergelijkt met dat waartoe het bestuur is gekomen ²²¹.

30. De rechterlijke toetsing aan de redelijkheid, aan «wat ieder zinnig mens als redelijk kan aanvaarden» ²²², is een «marginale toetsing» ²²³. De figuur van de marginale rechterlijke toetsing, die waarschijnlijk uit het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid is gegroeid ²²⁴, maar ook toepassing vindt op tal van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen ²²⁵ waarin aan een partij een zekere handelingsvrijheid toekomt ²²⁶, is afkomstig uit het Nederlandse recht ²²⁷. De figuur heeft ondertussen ook in het Belgische publiek- én privaatrecht definitief bestaansrecht verworven, en vindt bijvoorbeeld toepassing in wat in het Frans als de controle op de «erreur manifeste d'appréciation» door de Raad van State bekend staat ²²⁸.

²¹⁷ Door de Raad van State vaak gesanctioneerd via de controle op de motieven: SUTENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 384.

²¹⁸ ROELANDT, M., «De zuinigheidsplicht», *T.B.P.*, 1987, 279.

²¹⁹ In die zin BOES, M., «Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing», in *Liber Amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 5-6.

²²⁰ DEBAEDTS, F., o.c., 645.

²²¹ BOES, M., «Rechter en bestuur», o.c., 9. Zijn besluit lijkt evenwel gedetermineerd te zijn geweest door het arrest-Decock van de Raad van State en laat zeker geen veralgemening toe: zie verder, nr. 31.

²²² DEBAEDTS, F., o.c., 646.

²²³ SUTENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 395, en «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur», o.c., 87.

²²⁴ RONSE, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», o.c., 208. Over de band tussen de zorgvuldigheidsplicht en marginale toetsing, zie o.m. BOES, M., «Rechter en bestuur», o.c., 9-10 (met verwijzingen naar afwijkende rechtsleer).

²²⁵ DEPUYDT, P., «Marginale toetsing of de rechter als grensrechter», *Jura Falconis*, 1974, 438 en 444-445. Zie ook en vooral RONSE, J., o.c., evenals reeds boven, nr. 21.

²²⁶ SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», o.c., 59.

²²⁷ In de Nederlandse rechtsliteratuur werd de term «marginale toetsing» geïntroduceerd door VAN WIJK, H.D., *Voortgaande terug-tred*, Inaugurale rede, V.U. Amsterdam, 1959, 3. Voor een samenvatting van deze literatuur, waarnaar hieronder gemakshalve wordt verwezen, zie DEPUYDT, P., o.c.

²²⁸ LAGASSE, D., «Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif», *A.P.T.*, 1985, 309 (aangepaste versie van de mondelinge verdediging van zijn proefschrift, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du*

²⁰⁸ Ook anderen hebben een waarschuwend stem laten horen: zie bv. DUMON, F., concl. bij Cass., 19 december 1980, *R.W.*, 1981-82, 1064-1065; LENAERTS, H., concl. bij Cass., 23 juni 1980, *T.B.P.*, 1980, 501-504; OST, F., o.c., 153-155.

²⁰⁹ DEBAEDTS, F., o.c., 652. *Adde* de verwijzingen in de nrs. 23 en 26.

²¹⁰ Zie boven, nr. 15.

²¹¹ VAN HOECKE, M., «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding», o.c., 34, volgens wie de algemene rechtsbeginselen meer houvast aan de rechter lijken te bieden dan de interpretatietechnieken, waarmee men het gevoelen heeft alle richtingen uit te kunnen naargelang de gekozen methode.

²¹² «Algemene rechtsbeginselen», o.c., 393-394.

²¹³ HUBERLANT, Ch., «Antinomies», o.c., 233. Vgl. boven, nr. 15 in fine.

²¹⁴ VAN HOECKE, M., «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding», o.c., 35.

²¹⁵ HUBERLANT, Ch., «Antinomies», o.c., 217-222. Zie hierover ook reeds boven, nr. 12 (rechtsteleologische interpretatie van art. 107 Gw.), en nr. 23 (gelijkheidsbeginsel).

²¹⁶ SUTENS, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur», o.c., 87.

Met G.J. Wiarda kan men spreken van marginale toetsing indien «de rechter zich bij de toetsing van een bepaald gedrag aan vage normen als redelijkheid en billijkheid beperkt tot een toetsing aan de grens van deze begrippen met het gevolg dat op een onredelijk gedrag of een onbillijke uitkomst de rechterlijke correctie alleen dan wordt toegepast, indien van een evidente onredelijkheid of onbillijkheid sprake is en de overeenstemming van het oordeel van de rechter met de algemene rechtsovertuiging dus vrijwel verzekerd is»²²⁹. Van marginale toetsing is slechts sprake indien een zekere vrijheid van handelen bestaat²³⁰. Dit is zeer duidelijk in het publiekrecht, waar de draagwijdte van de rechterlijke toetsing zich op evenredige wijze verhoudt tot de «discretionaire» appreciatiebevoegdheid van de administratieve overheid²³¹, die overigens nooit totaal kan zijn²³², daar krachtens het verbod van willekeur de overheidsbevoegdheden steeds met het oog op het algemeen belang moeten worden uitgeoefend²³³.

De marginale toetsing verschijnt dan als een compromis tussen de beleidsvrijheid van de overheid en de verhoogde rechtsbescherming die geëist wordt door wie deze vrijheid moet ondergaan²³⁴, en houdt het midden tussen het geheel ontbreken van een toetsing en de volledige toetsing waarbij de rechter oordeelt volgens zijn eigen maatstaven omtrent wat behoorlijk of onbehoorlijk is²³⁵. Het gaat derhalve om een grenscontrole²³⁶, waarbij de juridische grens van de «discretionaire» bevoegdheid wordt getrokken door het redelijkheidsbeginsel²³⁷. De bij de marginale toetsing gebruikelijke methode is inderdaad de toverformule «*kennelijke onredelijkheid*»²³⁸, een dergelijke onredelijkheid, dat

geen redelijk mens tot de bestreden beslissing kan komen²³⁹. Men bemerke het negatieve vereiste bij deze vorm van beperkte rechterlijke toetsing, welke de rechter slechts toelaat op te treden wanneer over de onjuistheid van het handelen geen redelijke twijfel kan bestaan²⁴⁰.

Zoals R. Soetaert terecht opmerkte, is de marginale toetsing niet een eenduidig begrip, kent zij vele gradaties en is zij eerder een variant dan een methode²⁴¹. Doordat de gradatie van de toetsing afhankelijk is van de aard van het verband, de verrichte taak en de omstandigheden, is er een grote variabiliteit in de wijde der toetsing, hetgeen meebrengt dat marginale toetsing en volledige toetsing dicht bij elkaar kunnen liggen²⁴², en dat men, mede door de vaagheid die aan het objectiveringsbeginsel eigen is, in concreto zeer wel van mening kan verschillen over de vraag wat de marginale toetsing in een bepaald geval moet meebrengen²⁴³. Dit verklaart wellicht waarom omtrent de draagwijdte van de toetsing in de rechtspraak van de Raad van State door sommigen kritische vragen zijn kunnen worden gesteld²⁴⁴.

31. Toetsing aan het redelijkheidsbeginsel kan ook licht ontaarden in beleidstoetsing²⁴⁵, daar toetsing aan «wat een ieder binnen het rechtssysteem als grondslag van het recht aanvaardt»²⁴⁶, «een van die momenten is waarop de rechter, zich eerder op zijn roeping dan op de wet bezinnend, zijn eigen bevoegdheid bepaalt, in zekere zin het recht in eigen (ambtelijke) handen neemt»²⁴⁷. «Judicial restraint» is dan ook noodzakelijk, en om die reden mag de «marginaliteit» van de redelijkheidstoetsing niet worden losgelaten²⁴⁸. Behoudens uiterst zeldzame gevallen²⁴⁹, lijkt de rechtspraak van de Raad van State, die sedert een twintigtal jaren controle uitoefent op o.m. de evidente inopportunititeit van overheidsbeslissingen — gereleveerd door een

pouvoir discrétionnaire de l'administration, II dln., Brussel, Bruylant, 1986).

²²⁹ WIARDA, G.J., «De rechter tegenover vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 187-188.

²³⁰ DEPUYDT, P., *o.c.*, 439.

²³¹ LAGASSE, D., «Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation», *o.c.*, 311. Hij omschrijft de «discretionaire» bevoegdheid van de overheid als de bevoegdheid, hetzij uitdrukkelijk erkend door de wetgever, hetzij impliciet uit de aard der zaak, om vrij te bepalen wat het algemeen belang vereist, en o.m. de grenzen te bepalen die het algemeen belang op de uitoefening van een individueel recht stelt (LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle des actes administratifs 'discretionnaires' par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986», *A.P.T.*, 1987, 239; zie eveneens SALMON, J., «Les progrès du contrôle juridictionnel en matière de sanctions disciplinaires», *A.P.T.*, 1984, 110-111).

²³² MAST, A., ALEN, en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Brussel, Storü-Scientia, 1989, 11e uitg., nr. 634. Zie eveneens BOES, M., «Rechter en bestuur», *o.c.*, 4; LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle», *o.c.*, 216-218; SALMON, J., *o.c.*, 110; TAPIE, P., «Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives», *A.P.T.*, 1977-78, 32.

²³³ Zie bv. R.v.St., Gemeente Schoten, nr. 8.477, 7 maart 1961. Zie ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie (bv. Cass., 7 november 1975, *R.C.J.B.*, 1977, 417, noot VANWELKENHUYZEN, A.), volgens welke de beslissingen, die de administratieve overheid neemt in de uitoefening van haar «discretionaire» bevoegdheid, aan de wettigheidstoetsing van de hoven en rechtbanken onderworpen blijven.

²³⁴ DEPUYDT, P., *o.c.*, 437.

²³⁵ RONSE, J., *o.c.*, 208.

²³⁶ DEPUYDT, *o.c.*, 437.

²³⁷ MAST, A., ALEN, A., en DUJARDIN, J., *o.c.*, nr. 634.

²³⁸ DEPUYDT, *o.c.*, 440.

²³⁹ *Ibidem*, 441. Vgl. R.v.St., Van Belleghem, nr. 19.922, 11 maart 1975: «kennelijk onredelijk (is), m.a.w. dat het gaat om een appreciatie waarvan het niet denkbaar is dat enige, naar redelijkheid beslissende overheid ze zou kunnen uitbrengen».

²⁴⁰ SUETENS, L.P., noot bij R.v.St., Bossuyt, nr. 19.244, 14 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2039. Zie eveneens BOES, M., «Rechter en bestuur», *o.c.*, 8, en RONSE, J., *o.c.*, 209.

²⁴¹ SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», *o.c.*, 61.

²⁴² DEPUYDT, P., *o.c.*, 447.

²⁴³ PRAKKE, L., *Toetsing in het publiekrecht*, Assen, Van Gorcum, 1972, 5.

²⁴⁴ Zie LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle», *o.c.*, 226: soms — al gaat het eerder om uitzonderingen — is er alleen een marginale toetsing van de juridische kwalificatie der feiten, daar waar deze normaal volledig is; soms wordt zelfs alles een kwestie van «redelijkheid».

²⁴⁵ DEBAEDTS, F., *o.c.*, 647. Zie ook nr. 29.

²⁴⁶ SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», *o.c.*, 60.

²⁴⁷ *Ibidem*, 61.

²⁴⁸ BOES, M., «Rechter en bestuur», *o.c.*, 9, evenals «Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing», *R.W.*, 1986-87, 1257-1258.

²⁴⁹ Inzonderheid R.v.St., Decock, nr. 20.116, 19 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2757, met noot (inzake het evenredigheidsbeginsel), waarin de Raad op positieve wijze stelde dat de feiten een tuchtschorsing, zoals een tijdelijke schorsing, konden meebrengen en derhalve niet ver verwijderd was van een loutere substitutie inzake de keuze van de straf (zie hierover BOES, M., «Rechter en bestuur», *o.c.*, 8-9; DEBAEDTS, F., *o.c.*, 646-647; LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle», *o.c.*, 236; SALMON, J., *o.c.*, 119).

klaarblijkelijke en niet verklaarde tegenstrijdigheid tussen de feiten of de stukken van het dossier en de bestreden beslissing ²⁵⁰ – en eist dat de overheid de voor hem bestreden beslissing heeft afgewogen aan de hand van werkelijk bestaande feiten waarvan zij zich een duidelijke voorstelling heeft kunnen vormen en die van zulke aard zijn dat zij de genomen beslissing «naar recht en redelijkheid» kunnen dragen ²⁵¹, geen bijzondere «ontsporingen» te vertonen. Men vergeet hierbij overigens niet dat de opportuniteit krachtens de wet, het reglement of een algemeen rechtsbeginsel een wettigheidselement kan uitmaken ²⁵², dat de controle op de «kennelijke onredelijkheid» – die in de rechtspraak van de Raad van State trouwens meer tot verwerpings- dan tot vernietigingsarresten leidt ²⁵³ – gelijkenis vertoont met andere rechterlijke controletechnieken ²⁵⁴, en kan voorkomen dat op diverse gebieden ²⁵² – zoals bij benoemingen en bevorderingen van ambtenaren ²⁵⁵ en examens ²⁵⁶ – de aan de overheid toegekende appreciatiebevoegdheid niet ontaardt in willekeur ²⁵⁷.

§ 2. Het evenredigheidsbeginsel

32. Doorgaans wordt in het administratief recht gesteld dat het evenredigheidsbeginsel een variant of een toepassing is van het redelijkheidsbeginsel ²⁵⁸. Het vindt er vooral toepassing op tuchtrechtelijk gebied, waar de Raad van State ²⁵⁹ de tuchtstraf vernietigt die «kennelijk onredelijk»

²⁵⁰ LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle», o.c., 236.

²⁵¹ MAST, A., ALLEN, A., en DUJARDIN, J., o.c., nr. 634.

²⁵² SALMON, J., o.c., 115 (met verwijzing naar de bekende Franse werken van DUBISSON, M., en VENEZIA, J.C.).

²⁵³ Voor een overzicht, zie LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle», o.c., 228-238.

²⁵⁴ LAGASSE, D., «Le contrôle de l'erreur manifeste», o.c., 315 (origineel is evenwel het criterium «kennelijk»). In dezelfde zin TAPIE, P., o.c., 34 (de controle op de machtsafwijking verschilt door het element van de bedoeling).

²⁵⁵ Waarbij moet blijken dat objectieve criteria – het belang van de dienst – niet op kennelijk onredelijke wijze het veld hebben moeten ruimen voor politieke willekeur: SUETENS, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur», o.c., 87. Zie bv. R.v.St., Bossuyt, nr. 19.244, 14 november 1978, R.W., 1978-79, 2036, noot SUETENS, L.P. (eerste vernietigingsarrest van een benoeming op grond van het redelijkheidsbeginsel), en R.v.St., Grevesse, nr. 27.378, 14 januari 1987, J.T., 1987, 156, noot LAGASSE, D.

²⁵⁶ Zie bv. R.v.St., Zoete, nr. 21.167, 12 mei 1981, R.W., 1981-82, 254, advies BORRET, J., en nr. 22.446, 8 juli 1982, R.W., 1982-83, 1633.

²⁵⁷ LAGASSE, D., «L'évolution du contrôle», o.c., 228.

²⁵⁸ Zie boven, nr. 29. Adde BOES, M., «Rechter en bestuur», o.c., 9, en DEBAEDTS, F., o.c., 646.

²⁵⁹ Voor de evolutie van deze rechtspraak, zie o.m. SALMON, J., o.c., 116-119. De Raad van State voerde het principe van zijn controle op de keuze van de tuchtstraf in bij het arrest-Noë: «dat de overheid inderdaad door het evenredigheidsbeginsel gebonden is, wat in tuchtzaken betekent dat de straf in een redelijke verhouding moet staan met de fout; (...) dat de Raad van State enkel een kennelijk volkomen in wanverhouding t.o.v. de fout staande straf als onwettig kan beschouwen, d.w.z. een straf waarvan het in redelijkheid ondenkbaar is dat enige overheid ze voor die fout zou afleggen» (R.v.St., Noë, nr. 16.592, 26 juli 1974). De eerste vernietigingen op die grond volgden evenwel later: R.v.St., Decock, nr. 20.116, 19 februari 1980, R.W., 1979-80, 2757, met noot (reeds vermeld in nr.

is, hetzij omdat zij buiten elke verhouding staat tot de ernst van de fout, hetzij omdat zij, al is ze evenredig hiermee, geen rekening houdt met de omstandigheden van de zaak ²⁶⁰. Hoewel de toepassing der interpretatieregels, de eisen der logica en de bezorgdheid om de billijkheid reeds impliceren dat de strafmaat door de rechter wordt gecontroleerd, moet deze controle marginaal blijven ²⁶¹.

33. Volgens F. Delpérée is het evenredigheidsbeginsel, eerder dan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat zich overigens niet tot het tuchtrecht beperkt ²⁶², een facet van de grondwettelijke gelijkheidsregel ²⁶³ en zelfs een regel «de bon sens» ²⁶⁴.

Men moet inderdaad erkennen dat meerdere grondwettelijke rechten en vrijheden een verwijzing inhouden naar het idee zelf van evenredigheid ²⁶⁵: artikel 11 van de Grondwet voorziet in geval van onteigening ten algemenen nutte in een «billijke schadeloosstelling», die dan ook even groot moet zijn als het bedrag dat moet worden betaald om zich een onroerend goed van dezelfde waarde aan te schaffen ²⁶⁶; in de rechtspraak omtrent het in artikel 6 van de Grondwet vervatte gelijkheidsbeginsel is de evenredigheid tussen de aangewende middelen en het beoogde doel één der criteria om de schending ervan na te gaan ²⁶⁷. Men denke ook aan de

31: «dat de disciplinair optredende overheid (...) door het evenredigheidsbeginsel gebonden is, zodat de straf in redelijke verhouding moet staan met de strafbare feiten, verantwoord moet zijn en niet van willekeur mag doen blijken») en Musiaux, nr. 22.890, 27 januari 1983.

²⁶⁰ SALMON, J., o.c., 120.

²⁶¹ *Ibidem*, 116. Vgl. hierboven, nr. 31.

²⁶² De vraag die zich in het tuchtrecht stelt, is slechts één van de vier hypothesen, die DELPÉRÉE, F., en BOUCQUEY-REMION, V., «Liberté, légalité et proportionnalité», A.P.T., 1979-80, 286-294, in hun overzicht van rechtspraak onderscheiden. Men vindt het evenredigheidsbeginsel ook terug in o.m. het administratief toezicht (de beoordelingsbevoegdheid van de toezichthoudende overheid is evenredig met de discretionaire bevoegdheid van het ondergeschikt bestuur: zie de desbetreffende rechtspraak in MAST, A., ALLEN, A., en DUJARDIN, J., o.c., nr. 84, noot 19), de administratieve politie (zie bv. de rechtspraak omtrent het vroegere artikel 97 (thans artikel 130) van de Gemeentewet, dat het college van burgemeester en schepenen toestaat in buitengewone omstandigheden elke vertoning te verbieden ten einde de openbare rust te handhaven: zie *ibidem*, nr. 423)...

²⁶³ DELPÉRÉE, F., en BOUCQUEY-REMION, V., o.c., 294.

²⁶⁴ DELPÉRÉE, F., «Le principe de proportionnalité en droit public», in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1978, 516.

²⁶⁵ DELPÉRÉE, F., en BOUCQUEY-REMION, V., o.c., 286-288.

²⁶⁶ Zie o.m. ALLEN, A., *Algemene beginselen en grondslagen*, o.c., 473.

²⁶⁷ Deze klassieke rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het Hof van Cassatie en de Raad van State (zie o.m. zeer beknopt in ALLEN, A., *Algemene inleiding tot het Belgisch publiek recht*, Brussel, Story-Scienia, 1986, 285-286), is overgenomen door het Arbitragehof in zijn eerste arresten m.b.t. het gelijkheidsbeginsel: «De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking

rechtspraak van de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens omtrent de in het E.V.R.M. voorziene beperkingen op de grondrechten, die opdat zij «nodig (zouden zijn) in een democratische samenleving» o.m. evenredig moeten zijn met het nagestreefde doel²⁶⁸. Stelden we hierboven niet reeds vast dat meerdere algemene rechtsbeginselen af te leiden zijn uit grondwets- en wetbepalingen²⁶⁹? En — algemener — is de evenwichtige afweging en beoordeling van belangen en waarden, waarnaar de weegschaal van de met het oog op onpartijdigheid geblinddoekte godin Themis verwijst, niet inherent aan de rechtsvindende én rechtsvormende rechterlijke activiteit²⁷⁰? Dit lijkt ons goed tot uiting te komen in het laatste in vogelvucht overschouwde algemeen rechtsbeginsel, ditmaal ontleend aan het privaatrecht, het verbod van rechtsmisbruik.

§ 3. Het verbod van rechtsmisbruik

34. Het is met een zekere schroom dat we dit leerstuk van een van de meest besproken algemene rechtsbeginselen²⁷¹ behandelen: er zijn de relatieve onvertrouwdeheid met het privaatrecht, de ontzaglijke literatuur en de noodzaak om niet al te nadrukkelijk op het aan andere preadviseurs toegewezen terrein te treden. Toch zijn er gewichtige redenen waarom niet zomaar aan het verbod van rechtsmisbruik kan worden voorbijgegaan: ons voorwoord hield een verwijzing in naar «de traditionele beginselen van rechtsmisbruik en van evenredigheid», die volgens gezaghebbende bronnen zouden volstaan zodat een beroep op een federaal getrouwheidsbeginsel overbodig zou zijn; er is de relatieve onbekendheid van het begrip en zijn toepassingsmogelijkheden in en voor het publiekrecht; ten slotte illustreert het rechtsmisbruik, waarvan de essentie is dat de uitoefening van een subjectief recht binnen zijn formele grenzen toch onrechtmatig kan zijn, de corrigerende werking van het ongeschreven recht²⁷². Alles wat logisch uit een wettelijk recht kan worden afgeleid, mag daarom nog niet als ongeoorloofd worden beschouwd²⁷³, en een «wetmatige» gedraging is, alleen daarom, nog geen «rechtmatige» gedraging, daar het recht ruimer, en in geval van rechtsmisbruik ook anders, is

tot het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aanwendende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel» (Arbitragehof, rolno. 140-142-arresten nrs. 21 en 23/89, 13 juli en 13 oktober 1989, B.S., 21 juli en 8 november 1989; idem Arbitragehof, rolno. 144 — arrest nr. 22/89, 28 september 1989).

²⁶⁸ Zie o.m. VELAERTS, J., *De juridische vormgeving van de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, 1988, I, nrs. 332-335 (nog niet gepubliceerd proefschrift).

²⁶⁹ Zie nr. 23.

²⁷⁰ VAN GERVEN, W., *Met recht en rede*, Tielt, Lannoo, 1987, 239-240.

²⁷¹ CLAEYS BOÛAERT, Ph., o.c., 988-990; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 587-590.

²⁷² HUBEAU, B. en RAUWS, W., «De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht», *T.B.B.R.*, 1987, 117.

²⁷³ MEIJERS, E., «Misbruik van recht en wetsontduiking», in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, II, Leiden, Univ. Pers, 1954, 67-68.

dan de wet²⁷⁴. De theorie van het rechtsmisbruik is ingegeven door de algemene eis van redelijkheid en een bepaalde graad van billijkheid in het rechtsverkeer²⁷⁵, waarvan de inachtneming volgens een lang gevestigde rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad besloten ligt in het wettelijk voorschrift dat de overeenkomst moet worden uitgevoerd met inachtneming van de «goede trouw»²⁷⁶. Ten slotte moet inzake het verbod van de kennelijk onredelijke rechtsuitoefening worden gewezen op parallelle ontwikkelingen in het publiek- én het privaatrecht²⁷⁴: in de voorgaande paragrafen kwam reeds de rechtspraak van de Raad van State aan bod, volgens welke de beoordelingsvrijheid van de administratieve overheid niet tot kennelijk onredelijke beslissingen mag leiden; thans komt de theorie van het misbruik van recht aan bod, die al lang niet meer beperkt is tot de uitoefening van het eigendomsrecht maar een algemene draagwijdte heeft²⁷⁷, en volgens welke de uitoefening van een recht niet mag geschieden op een wijze die — eveneens kennelijk — de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon. Het verbod van kennelijk onredelijk te handelen is een illustratie van de eenheidsgedachte die aan de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht ten grondslag ligt²⁷⁸, reden waarom het door W. Van Gerven²⁷⁹ «een algemeen beginsel van behoorlijk handelen» wordt genoemd.

35. Het begrip rechtsmisbruik kan niet beter omlijnd worden dan aan de hand van de ter zake geldende traditionele criteria²⁸⁰. Deze criteria zijn de volgende:

1° De houder van het recht gebruikt het met het oogmerk om een ander te benadelen.

2° De houder van het recht, die niet het oogmerk heeft om een ander te benadelen, oefent zijn recht zonder (redelijk) belang uit op een wijze, die voor een ander schadelijk is.

3° De houder van het recht verkiest, tussen verschillende wijzen om zijn recht uit te oefenen met hetzelfde nut, de uitoefening, die voor een ander schadelijk of het schadelijkst is («bij gelijk voordeel, geen nadeel voor derden»).

4° Hij verkiest, tussen meerdere mogelijkheden om zijn recht uit te oefenen met ongelijk nut, de uitoefening die aan een ander een nadeel toebrengt dat buiten verhouding staat tot het voordeel van de houder bij die wijze van uitoefening (het criterium van de «belangenafweging» of het «onevenredigheids criterium»)²⁸¹.

²⁷⁴ DE BOND, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 167.

²⁷⁵ HUBEAU, B. en RAUWS, W., o.c., 118.

²⁷⁶ VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk handelen», o.c., 973-975.

²⁷⁷ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., concl. bij Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 323.

²⁷⁸ VAN GERVEN, W., «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2492-2493.

²⁷⁹ «Beginselen van behoorlijk handelen», o.c., 976. Zie reeds boven, nr. 21.

²⁸⁰ In alle geschriften omtrent rechtsmisbruik vindt men een overzicht van deze criteria: zie bv. VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, o.c., nr. 70.

²⁸¹ Gent, 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 270, noot DE BERSAQUES, A., en Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 321, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., en *R.C.J.B.*, 1976, 300, noot VAN

Ten slotte wordt wel eens rechtsmisbruik aanvaard wanneer de maatschappelijke en economische bestemming van een recht voldoende vaststaan en de rechtsuitoefening strijdig is met die welbepaalde finaliteit (het «bestemmingscriterium») ²⁸². Dit finaliteitscriterium voor de «doelgebonden rechten», waarvoor de rechterlijke toetsing minder marginaal zou zijn dan bij gewone subjectieve rechten ²⁸³, vertoont duidelijk verwantschap met de publiekrechtelijke figuur van de machtsafwending: de houder van het recht blijft ogenschijnlijk binnen de perken van het recht, dat evenwel wordt afgewend van zijn voorwerp en de doeleinden waarvoor het aan de houder is verleend ²⁸⁴; ondanks mogelijke verschillen, ligt aan beide theorieën een zelfde idee ten grondslag, namelijk een door rechterlijke controle op het doel te handhaven interne wettelijkheid, ten einde de traditionele, strakke, formele grenzen van de handhaving der rechtsorde te doorbreken en het gebied van het recht te verruimen ²⁸⁵.

36. In zijn onvolprezen *Algemeen Deel* van 1969 bekleemtoonde W. Van Gerven ²⁸⁶ dat misbruik van recht in de eerste plaats foutieve rechtsuitoefening is, en situeerde hij reeds de juridische grondslag in de wetbepalingen betreffende de onrechtmatige daad, de artikelen 1382 en 1383 B.W. Dit is ook de opvatting geweest van het Hof van Cassatie ²⁸⁷, dit inzake de contractuele rechten het rechtsmisbruik evenwel heeft verbonden met artikel 1134, derde lid, B.W. ²⁸⁸, «d.w.z. dat de partij die misbruik maakt van een contractueel recht, te kort komt aan de verplichting de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren» ²⁸⁹. In deze cassatierechtspraak m.b.t. de contractuele rechten wordt, hetzij expliciet, hetzij impliciet, toepassing gemaakt van het

«onevenredigheidscriterium» ²⁹⁰, evenals van wat in het Nederlandse recht ²⁹¹, de «beperkende», «derogerende» of «corrigerende» werking van de goede trouw wordt genoemd, hetgeen inhoudt dat de rechter op grond van eisen van de goede trouw aan een schuldeiser het recht geheel of gedeeltelijk kan ontzeggen om nog verder een bepaald contractueel recht uit te oefenen ²⁹². W. De Bondt heeft in zijn proefschrift aangetoond dat artikel 1134, derde lid, B.W. voor de contractuele verhoudingen een gedragsnorm is, zoals artikel 1382 B.W. dit is voor buitencontractuele relaties, die de partijen verplicht te handelen als redelijke mensen, en dat in deze gedragsregelen zowel een aanvullend («norm-bepalend») ²⁹³ als een wijzigend («norm-corrigerend») ²⁹⁴ aspect besloten liggen ²⁹⁵. Het rechtsmisbruik-oordeel heeft een norm-corrigerende werking, want het is een «contra legem»-beslissing, in de zin dat de rechter, op grond van het ongeschreven recht – waarnaar sommige wettelijke gedragsregelen weliswaar verwijzen – een gedraging waarvan de wet de rechtmatigheid bevestigt, toch als onrechtmatig aanmerkt ²⁹⁶. Daarom is een *marginale toetsingsrecht* verantwoord: daar bij misbruik van recht de gerechtigde optreedt binnen de formele grenzen van een hem toekomend recht, zal de rechterlijke toetsing van wat binnen de uitoefening van het recht als onrechtmatig moet worden beschouwd wegens strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, een marginale toetsing zijn ²⁹⁷. Dit lijkt overigens besloten te liggen in de traditionele criteria inzake rechtsmisbruik, die geen loutere toepassing zijn van de fout-idee die ook de lichtste fout omvat, maar wijzen op gedragingen die, duidelijk, niet die zijn van een normaal voorzichtig persoon ²⁹⁸. Het Hof van Cassatie maakt in zijn rechtspraak omtrent rechtsmisbruik, overigens gewag van «de uitoefening (van een recht) op een wijze die *kennelijk* de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door

OMMESLAGHE, P. (eigendomsrecht); Cass., 19 september 1983, *R.C.J.B.*, 1986, 282, noot FAFNART, J.L. en T.B.H., 1984, 244 en 276, noot RAUWS, W., en Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 1470, noot VAN OEVELEN, A. (contractuele rechten).

²⁸² Zie o.m. BOCKEN, H., o.c., nr. 40; CORNELIS, L., «Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, 84; DE BONDT, W., o.c., 169.

²⁸³ VAN GERVEN, W., «Variaties», o.c., 2476.

²⁸⁴ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Propos», o.c., 588, en concl. bij Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 327. Zie eveneens HUBEAU, B., en RAUWS, W., o.c., 121-122; VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, o.c., nr. 67 in fine; VAN OMMESLAGHE, P., noot bij Cass., 10 september 1971, *R.C.J.B.*, 1978, 313 en 315 («detournement de pouvoir civil»).

²⁸⁵ DEBAEDTS, F., *Machtsafwending*, A.P.R., Brussel, Larcier, 1956, nrs. 55-67.

²⁸⁶ *Algemeen Deel*, o.c., nrs. 63, 69 en 70, D. In dezelfde zin DE BERSAQUES, A., noot bij Gent 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 273 en 287.

²⁸⁷ Zie o.m. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., en VAN OMMESLAGHE, P., resp. concl. en noot bij Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 326, en *R.C.J.B.*, 1976, 335.

²⁸⁸ Zie de reeds vermelde cassatiearresten van 19 september 1983 (m.b.t. de uitvoering van een partijbeslissing) en 16 januari 1986 (m.b.t. de keuze tussen de gedwongen uitvoering en de ontbinding van de overeenkomst). *Adde* Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 660 en 696, noot DIRIX, E. (de matiging van het schadebeding als aangepaste sanctie voor misbruik).

²⁸⁹ KRINGS, E., concl. bij Cass., 10 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 620, 1311.

²⁹⁰ Zie hierboven, nr. 35, 4°, en in die zin RAUWS, W., *T.B.H.*, 1984, 252, en VAN OEVELEN, A., *R.W.*, 1987-88, 1473.

²⁹¹ Zie het standaardwerk ABAS, P., *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972.

²⁹² DIRIX, E., *T.B.H.*, 1988, 662-663, en VAN OEVELEN, A., *R.W.*, 1987-88, 1472.

²⁹³ De partijen dienen hun gedrag te richten naar dat van een zorgvuldig persoon, resp. een loyaal contractant, geplaatst in dezelfde concrete situatie; de rechter heeft hieromtrent een volledig toetsingsrecht.

²⁹⁴ De uitoefening van een bevoegdheid kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn, nl. wanneer een zorgvuldig persoon, resp. een loyaal contractant, die bevoegdheid «kennelijk» niet op dezelfde wijze zou hebben uitgeoefend; de rechter heeft hieromtrent een beperkt toetsingsrecht.

²⁹⁵ DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, o.c., 265-266 en 280, en «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 110-124.

²⁹⁶ DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, o.c., 164.

²⁹⁷ VAN GERVEN, W., «Variaties», o.c., 2472, en «Beginselen van behoorlijk handelen», o.c., 972-975. In dezelfde zin o.m. BOCKEN, H., o.c., nr. 41; CORNELIS, L., o.c., 93; DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, o.c., 159-172, en «Redelijkheid en billijkheid», o.c., 124-125; SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», o.c., 64-65.

²⁹⁸ BOCKEN, H., *ibidem*; CORNELIS, L., o.c., 93-94; DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, o.c., 169 en 279.

een voorzichtig en bezorgd persoon»²⁹⁹. Al bestaat tussen privatisten nog veel onenigheid omtrent de grondslag van het rechtsmisbruik³⁰⁰, toch mag de drang de theorie van het rechtsmisbruik te verankeren in wetsartikelen³⁰¹ niet uit het oog doen verliezen dat deze theorie voortvloeit uit ongeschreven rechtsregels die aanleunen tegen fundamentele morele principes en maatschappelijke opvattingen³⁰². W.J. Ganshof van der Meersch³⁰³ drukte het als volgt uit: «Het acht slaan op andermans belang in de uitoefening van een recht door de houder ervan heeft in het rechtsmisbruik een criterium ingevoerd dat met de sociale evolutie van het recht strookt.» Volgens W. Van Gerven³⁰⁴ is de evolutie in de leer van het rechtsmisbruik een sprekende illustratie van de opmars van de billijkheid door het strakke recht heen en zijn «redelijk belang», «belangenafweging» ... begrippen van ongeschreven recht die als een rode draad, een «rule of reason», door het strikte, meestal wettenrecht heen lopen en de strakke toepassing ervan milder maken, versoepelen en vermenschelijken.

37. Laten we even kort terugkeren naar het publiekrecht, waar we m.b.t. het verbod van rechtsmisbruik, behoudens de mogelijke toepassingen hiervan in de verhoudingen tussen de federatie en de deelstaten in een federale Staat³⁰⁵, belangrijke en opvallende gelijkenissen tussen het publiek- en het privaatrecht hebben vastgesteld, zoals de corrigerende werking van het ongeschreven recht, een algemeen beginsel van «behoorlijk handelen», de marginale toetsing bij de belangenafweging en de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, de verwantschap tussen rechtsmisbruik en machtsafwending. Daarenboven vindt occasioneel het rechtsmisbruik ook uitdrukkelijk toepassing in de publiekrechtelijke rechtspraak. Wie ten gevolge van een onrechtmatige daad van de administratieve overheid schade lijdt, is gerechtigd de her-

stelling in natura te eisen, «indien zulks mogelijk is en geen *rechtsmisbruik* uitmaakt»³⁰⁶, hetgeen vóór het cassatiearrest van 26 juni 1980 door de lagere rechtspraak reeds werd toegepast op door de overheid zonder naleving van de voorgeschreven procedures doorgevoerde onteigeningen³⁰⁷. Via de verplichting om overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren, kunnen grondrechten in bepaalde privaatrechtelijke verhoudingen doen worden geëerbiedigd³⁰⁸. De overheid kan rechtsmisbruik plegen wanneer zij bij een overheidsopdracht de staking van de werkzaamheden oplegt en tot wederaanbesteding overgaat³⁰⁹, zij een ontijdig einde maakt aan een op geen enkel recht steunende tolerantie³¹⁰, zij een zeer hoge en twijfelachtige belastingaanslag vaststelt met de bedoeling de verjaring te stuiten en hem pas na drie jaar intrekt³¹¹. Ook een terugvordering vanwege het O.C.M.W.³¹² en het onderbreken van de gas- en elektriciteitslevering door een intercommunale³¹³ kunnen een rechtsmisbruik uitmaken. De gewone rechter³¹⁴ en de Raad van State³¹⁵ sanctioneren eveneens het «proces-rechtsmisbruik»³¹⁶. Ten slotte is de vraag gerezen of de

³⁰⁶ Cass., 26 juni 1980, *Pas.*, 1980, I, 1341, concl. VELU, J., en *R. W.*, 1980-81, 1661.

³⁰⁷ Zie bv. Gent, 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 270, noot DE BERSAQUES, A. Wegens de kwade trouw van de overheid werd soms wel de herstelling in natura bevolen: zie bv. Rb. Kortrijk (kort geding), 8 mei 1958, *R. W.*, 1958-59, 802 (vgl. Rb. Kortrijk (kort geding) 19 juni 1958, *Pas.*, 1960, III, 23).

³⁰⁸ Zie bv. in het huurrecht: VAN OEVELEN, A., «Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 122-127. Vgl. VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, o.c., nr. 71, die rechtspraak vermeldt volgens welke de opzegging van een arbeidsovereenkomst rechtsmisbruik uitmaakt wanneer zij een aanslag is op de syndicale vrijheid van de werknemer.

³⁰⁹ Zie bv. Cass., 6 april 1984, *R. W.*, 1984-85, 1638 (marginale toetsing).

³¹⁰ Zie bv. Luik, 14 februari 1964, *R.C.J.B.*, 1969, noot DE BERSAQUES, A. (een intercommunale die aan een dokter had toegestaan zijn patiënten te opereren in het ziekenhuis dat zij beheerde). Vgl. over de misbruik van het opzeggingsrecht door sociale huisvestingsmaatschappijen: HUBEAU, B., en RAUWS, W., o.c., *T.B.B.R.*, 1988, 44-45.

³¹¹ Brussel, 15 juni 1987, *J.T.*, 1988, 83, noot PEIFFER, E.

³¹² Vred. Sint-Gillis, 16 oktober 1986, *T. Vred.*, 1987, 255.

³¹³ Rb. Charleroi (kort geding), 30 januari 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 333, noot HAUBERT, B. (in casu geen rechtsmisbruik); vgl. Kh. Gent, 1 juni 1984, *R. W.*, 1984-85, 1721, noot STORME, M.E. Vgl. eveneens R.v.St., De Leener e.a., nr. 30.876, 27 september 1988, *J.T.*, 1989, 716 (vernietiging in de algemene voorwaarden voor elektriciteitslevering van de bepalingen waarbij de maatschappij zich onthefte van elke aansprakelijkheid t.a.v. de gebruikers, behoudens i.g.v. zware fout).

³¹⁴ Zie bv. Rb. Luik, 21 januari 1986, *Jur. Liège, Mons et Bruxelles*, 1987, 385 (het doordrijven van een procedure in hoger beroep door een gemeente).

³¹⁵ De verzoeker moet zelf te goeder trouw zijn: R.v.St., L.M., nr. 17.829, 19 oktober 1976, *R. W.*, 1976-77, verslag VERHULST en noot L.P.S. (misbruik van het recht van verdediging); Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986, *J.T.*, 1989, 307, noot LAGASSE, D., en Jacquart, nrs. 28.447-28.448, 15 september 1987 (reeds vermeld onder nr. 20).

³¹⁶ Zie hierover o.m. Taelman, P., «Gebruik en misbruik van procesrecht», *T.P.R.*, 1988, 89-119.

²⁹⁹ Cass., 10 september 1971 (reeds vermeld). Men vindt de beperkte toetsing ook terug in de reeds vermelde cassatiearresten van 19 september 1983 en 18 februari 1988.

³⁰⁰ Volgens de cassatierechtspraak art. 1382 B.W. voor de buitencontractuele rechten en art. 1134 B.W. voor de contractuele rechten, waaruit door sommigen reeds wordt afgeleid dat de stelling volgens welke het rechtsmisbruik een herstel van de onrechtmatige daad is, niet kan opgaan (RAUWS, W., *T.B.H.*, 1984, 249); ook de marginale toetsing, die immers in het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht niet wordt aangetroffen, doet hieraan twifelen (CORNELIS, L., o.c., 88).

³⁰¹ Vgl. anderzijds boven, nr. 28: «omdat de Belgische rechtspraak het voorschrift van de goede trouw in artikel 1134, derde lid, B.W. niet heeft weten te waarderen (zoals in Nederland: zie boven, nr. 34), werd een beroep op rechtsmisbruik ter zake van overeenkomsten noodzakelijk» (SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», o.c., 57-58). Zie eveneens STORME, M.E., noot bij Rb. Kh. Gent, 1 juni 1984, *R. W.*, 1984-85, 1731-1732.

³⁰² HUBEAU, B., en RAUWS, W., o.c., 120-121.

³⁰³ Concl. bij Cass., 10 september 1971, *R. W.*, 1971-72, 329, en «Propos», o.c., 589. Zie eveneens VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, o.c., nr. 259.

³⁰⁴ *Algemeen Deel*, o.c., nr. 73. Vgl. DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, o.c., 121-122 (de billijkheid is de grondslag van deze leer, die deel uitmaakt van de theorie van het rechtsmisbruik), en RAUWS, W., «Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot de rechtsgeschiedenis?», *R. W.*, 1983-84, 281 (het rechtsmisbruik is een zelfstandig billijkheidscorrectief).

³⁰⁵ Zie hierover het bijzonder gedeelte.

overheid zich op haar eigen fout mag beroepen ³¹⁷ doordat zij de onwettigheid van haar eigen akten inroept ³¹⁸.

B. BIJZONDER DEEL – DE GOEDE TROUW IN HET FEDERAAL BELGISCH GRONDWETTELIJK RECHT

«The federal and State governments are in fact but different agents and trustees of the people, constituted with different powers, and designed for different purposes. The adversaries of the Constitution seem to have lost sight of the people altogether in their reasonings on this subject; and to have viewed these different establishments, not only as mutual rivals and enemies, but as uncontrolled by any common superior in their efforts to usurp the authorities of each other. These gentlemen must here be reminded of their error (...).»

James Madison in *The Federalist*, n° XLVI

Inleiding

38. In het algemeen deel brachten we de algemene beginselen in herinnering betreffende de aard en de uitlegging van de grondwettelijke norm en situeerden we de algemene rechtsbeginselen ten aanzien van het leerstuk van de uitlegging van de grondwettelijke norm. We stelden daarbij telkens de centrale plaats vast van de rechtsteleologische uitlegging.

In het bijzonder deel gaan we nader in op de plaats van de goede trouw in het federaal Belgisch grondwettelijk recht. Onder de benaming «federaal grondwettelijk recht» dient het onderdeel te worden verstaan van het grondwettelijk recht dat specifiek betrekking heeft op de verhoudingen tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten in de federale Belgische Staat. Het is namelijk onze overtuiging dat België door de drie opeenvolgende Staatshervormingen van 1970, 1980 en 1988 heen werd omgevormd van een gedecentraliseerde unitaire staat tot een samengestelde staat van het federale type. De argumenten die nog steeds door sommigen worden aangevoerd om dit federaal karakter te ontkennen of hoogstens om te gewagen van een federale staat «in wording», missen ons inziens grond. Hierbij wordt voornamelijk gedacht aan het ontbreken van een statenkamer op het federale (nationale- gezagsniveau en aan de situering van de restbevoegdheid bij de nationale overheid, belangrijke programmapunten voor de derde fase van de actuele (derde) Staatshervorming. Van doorslaggevend belang ter beoordeling van het federaal karakter van een Staat is veeleer de inspraak van de deelgebieden in de vaststelling van hun autonomiestatuut, een kenmerk dat onmiskenbaar reeds deel uitmaakt van de actuele grondwettelijke verhoudingen tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten.

³¹⁷ Dat «niemand zijn dwaling omtrent het recht tot verschoning mag inroepen», is geen algemeen rechtsbeginsel: Cass., 19 december 1980, *R.W.*, 1981-82, 1061, concl. en noot DUMON, F.

³¹⁸ De vraag moet positief worden beantwoord daar de vraag toch door de rechter moet worden opgelost, en dient te worden onderscheiden van de – overigens in de rechtspraak van de Raad van State omstreden – vraag of de overheid zelf mag afwijken van haar vroegere reglementen die zij zelf onwettig acht: zie ALEN, A., *Rechter en bestuur*, o.c., II, nr. 448.

39. Het mag geen verwondering wekken dat, voor het onderzoek naar de plaats van de goede trouw in de rechtsverhoudingen tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, op de eerste plaats aansluiting wordt gezocht bij het grondwettelijk recht van de Duitse Bondsrepubliek. Het beginsel van de federale getrouwheid – de verplichting tot «Bundestreue» of tot «bundesfreundliche Verhalten» – is aldaar immers als een afzonderlijk rechtsbeginsel ontwikkeld. De analyse van het ontstaan en de betekenis van dit beginsel en van zijn toepassing in de rechtspraak van het federaal constitutioneel hof vormt een vruchtbaar uitgangspunt voor een analyse van de actuele jurisprudentie van de Raad van State en van het Arbitragehof ³¹⁹.

Men stelt overigens vast dat de verwijzing naar het «Bundestreue»-begrip een belangrijke referentie is geworden in het actuele politieke discours. Het wordt als wezenlijk onderdeel vooropgesteld van de politieke gedragsnorm in de hervormde Belgische Staat, waarin gemeenschappen en gewesten als gelijke partners optreden van het Rijk. De indruk kan aldus ontstaan van een politieke praktijk, waarin de «Bundestreue» fungeert als een soort «deus ex machina» voor de oplossing van spanningen tussen enerzijds het autonomiestreven van de samenstellende delen van de federale Staat en anderzijds de implicaties van het eenheidsverband. De duiding van het «Bundestreue»-begrip als onderdeel van het rechterlijk toezicht op de naleving van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen het Rijk, de gemeenschappen en de gewesten, kan allicht eventuele overspannen verwachtingen relativeren en het begrip in een juiste context terugplaatsen.

I. I. Het federaal getrouwheidsbeginsel – een noodzakelijk rechtsbeginsel? Ontstaan en draagwijdte van het «Bundestreue»-beginsel in de Duitse Bondsrepubliek

§ 1. De historische grondslagen van het «Bundestreue»-beginsel

40. De oorsprong van het «Bundestreue»-beginsel is te situeren in de grondslagen van de Duitse Reichsgrondwet van 1871, namelijk in een reeks verdragen gesloten tussen de toenmalige Duitse Staten ³²⁰.

Zo kwamen in de augustusverdragen van 1866 Pruisen en de overige Noord- en Middenduitse Staten overeen om een gemeenschappelijke federale Grondwet uit te werken. Dit leidde uiteindelijk tot de Grondwet van de Noordduitse Bond. In de novemberverdragen van 1870 kwamen de Noordduitse Bond en de vier Zuidduitse Staten vervolgens overeen om de Noordduitse Bond om te vormen tot een gemeenschappelijk Rijk. Deze verdragsrechtelijke oorsprong

³¹⁹ Hierbij wordt uitgegaan van onderzoek verricht in het raam van het doctoraal proefschrift van PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming*, Antwerpen, Universitaire Instelling Antwerpen, 1988, 2 dln.).

³²⁰ Zie BAYER, H.-W., *Die Bundestreue*, Tübingen, Mohr, 1961, 3 e.v.; voor een samenvatting van deze toonaangevende monografie: SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, W.H., «Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la Bundestreue (fidélité fédérale)», *R.D.P.*, 1979, 769-793.

van de Reichsgrondwet van 1871 vinden we in de Grondwet zelf terug, maar tevens in de staatsrechtsleer en -praktijk van het Keizerrijk. De toepassing van het «Treue»-beginsel op de verhoudingen tussen het Rijk en de deelstaten moet wettelijk in die verdragscontext worden gesitueerd. In de rechtsleer wordt aldus vaak verwezen naar de unanieme motie van 5 april 1884 van de Bundesrat waarin de regeringen hun vaste wil uitdrukken om in volstrekte trouw («Treue») de verdragen na te komen waarop de Reichsinstellingen zijn gebaseerd. Een jaar later verklaart Bismarck uitdrukkelijk voor de Bundesrat: «Das Deutsche Reich hat die feste Basis in der Bundestreue der Fürsten, in welcher seine Zukunft verbürgt ist»³²¹.

Vooraf in de staatsrechtelijke praktijk wordt sterk de nadruk gelegd op het aspect «Bond» voor de typering van de verhoudingen tussen het Reich en de deelstaten. Dit geldt in veel mindere mate voor de sterk rechtspositivistisch georiënteerde rechtsleer. Triepel verwerpt het beroep op de verdragen aangezien ze vervallen zijn; ze zijn vervangen door de Reichsgrondwet. De verdragsrechtelijke oorsprong is een louter historische categorie³²².

Hij verwijst naar de idee van de *Bundestreue*, maar dan enkel ten laste van de deelstaten. Laband behandelt het principe van de *Bundestreue* slechts vluchtig bij de bespreking van de rechtsfiguur van het «Reichsaufsicht»³²³.

41. De verplichting tot federale getrouwheid wordt pas werkelijk als een rechtsbeginsel aanvaard door toedoen van Rudolf Smend. In zijn bijdrage tot het *Festschrift für Otto Mayer* (1916), wijst Smend op de inhoudelijke onvolledigheid van de Reichsgrondwet, en op de noodzaak om ongeschreven grondwettelijke beginselen te aanvaarden. Hij verwerpt uitdrukkelijk de opvatting van Von Seydel van het Reich als een statenbond en wijst op de hiërarchische verhouding tussen het Reich en de deelstaten als hoofdkenmerk van de Grondwet. Daartegenover stelt hij de «Grundsatz der Vertragstreue und der bundesfreundlichen Gesinnung» als een ongeschreven rechtsbeginsel, dat naast het «System der über- und Unterordnung im Reich», «das ebenfalls grundlegende der bundesmäßigen Gleichordnung aller Einzelstaaten» impliceert³²⁴.

Hij is van mening dat het beginsel van de Bundestreue, naar analogie van het algemeen beginsel van *Treu und Glauben* in het burgerlijk recht, geen louter politieke traditie of conventie is, maar een belangrijk ongeschreven rechtsbeginsel dat inherent is aan de federale grondslag van de Reichsgrondwet³²⁵.

³²¹ Uit MAYER, O., «Republik und monarchischer Bundesstaat», *A.ö.R.*, 1903, 370.

³²² TRIEPEL, H., *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich*, Tübingen, 1907, 29).

³²³ LABAND, P., *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1911.

³²⁴ SMEND, R., «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat», in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, 52.

³²⁵ «Wie neben den sonstigen Vorschriften über den Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse für den Geist ihren Erfüllung der Grundsatz von Treu und Glauben rechtlich maßgebend ist, so für den Inhalt der Vorschriften der Reichsverfassung, soweit die Einzelstaaten irgendwie beteiligt sind, der Grundsatz der Vertragstreue und der bundesfreundlichen Gesinnung», geciteerd door GEIGER,

42. De opvattingen van Smend bleven niet zonder kritiek. Volgens Anschütz beroept Smend zich op het bestaan van ongeschreven recht – gewoonterecht – zonder het bewijs te leveren dat de voorwaarden hiertoe zijn vervuld, in het bijzonder de voorwaarde van de *opinio iuris atque necessitatis*³²⁶; Nadien blijkt Anschütz zijn opvatting van de *Bundestreue* als louter politieke gedragsregel te verlaten³²⁷. Triepel was aanvankelijk evenzeer terughoudend³²⁸. In zijn later werk wijst hij op het ongeschreven rechtsbeginsel waardoor de deelstaten als onderdelen van het Reich, gehouden zijn «die Interessen des Reichs oder andere von der Reichsverfassung anerkannte Gemeininteressen zu achten»³²⁹.

§ 2. De draagwijdte van het federaal getrouwheidsbeginsel in de rechtspraak van het Duitse federaal constitutioneel hof

43. Het federaal getrouwheidsbeginsel krijgt pas werkelijk concrete toepassing in de rechtspraak van het federaal grondwettelijk hof. W. Geiger vertolkte in 1961 voor een staatsrechtelijk colloquium zelfs de opvatting dat het grondwettelijk beginsel van de «Bundestreue» via de rechtspraak van het grondwettelijk hof, waarvan hij overigens deel uitmaakte, een determinerende invloed zou uitoefenen op de grondwettelijke ordening van de Bondsrepubliek. Het zou die ordening minstens even sterk kenmerken als het beginsel van de rechtsstaat of het democratisch beginsel³³⁰. Een analyse van de rechtspraak van het federaal constitutioneel hof leidt er nochtans toe die zienswijze nopens het belang en het impact van het federaal getrouwheidsbeginsel in belangrijke mate te nuanceren.³³¹

W., «Die wechselseitige Treuepflicht von Bund und Ländern», in *Föderalistische Ordnung*, SÜSTERHENN, A. (red.), Koblenz, 1961, 114).

³²⁶ MEYER-ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht*, München, 1919, 697 e.v., geciteerd door BAYER, J.-W., o.c., 12.

³²⁷ Zie de referenties bij BAYER, H.-W., o.c., 12.

³²⁸ TRIEPEL, H., o.c., Tübingen, 1907, 29 e.v.

³²⁹ TRIEPEL, H., *Die Reichsaufsicht*, Berlin, 1917, 451.

³³⁰ GEIGER, W., «Die wechselseitige Treuepflicht von Bund und Länder», in *Föderalistische Ordnung*, SÜSTERHENN, A. (red.), Koblenz, 1961, 123: «Es prägt unsere Verfassungsordnung mindestens so stark wie das Rechtsstaatsprinzip, das Sozialstaatenprinzip oder das freiheitlich-demokratische Prinzip. Das Prinzip der Bundestreue ist heute für die Verfassungswirklichkeit von grösserer theoretischen Bedeutung und praktischer Bedeutung als des föderalistische Prinzip, in dem es rechtssystematisch seinem Ursprung hat und von dem es eigentlich nur einen Teil, einen Teilaspekt bildet».

³³¹ Zie o.m. BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H.-J., *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin-New York, 1983, 824 e.v.; BLAIR, P.M., *Federalism and judicial review in West Germany*, Oxford, Clarendon Press, 1981, 151 e.v.; FALLER, H.J., «Das Prinzip der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *Festschrift für Theodor Mauns zum 80. Geburtstag am 1.9.1881*, MAUNZ, Th. (red.), München, Beck, 1981, 53-69; MÜLLER, G., «Bundestreue im Bundesstaat», in *Führung und Bildung in der heutigen Welt*, hrsg. zum 60. Geburtstag von Ministerpräsident Kurt Georg Kiesinger, Stuttgart, 1964, 213 e.v.; RUDOLF, W., «Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus anlab des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, II Bd, Verfassungsauslegung, Tübingen, 1976, 233-251.

44. Met uitdrukkelijke verwijzing naar de opvatting van Smend in zijn reeds vermelde bijdrage tot de feestbundel voor Otto Mayer (1916), beroept het Hof zich voor het eerst nominatim op het beginsel van «bundesfreundliche Verhalten» in een arrest van 21 mei 1952 betreffende de verdeling van de financiële middelen voor de woningbouw; uit het federaal beginsel vloeit een grondwettelijke getrouwheidsverplichting voort van de deelstaten ten aanzien van elkaar en ten aanzien van de Bond, evenals van de Bond ten aanzien van de deelstaten. De bij de grondwettelijke «Bündnis» betrokken partijen zijn hierdoor verplicht om in een federale geest samen te werken en om de Bond en de welbegrepen belangen van haar leden te bevorderen ³³².

45. In talrijke arresten heeft het Hof vervolgens dit algemeen beginsel geconcretiseerd ³³³. In de rechtsleer wordt daarbij het zgn. «Televisie-arrest» van 28 februari 1961 ³³⁴ aangewezen als een keerpunt in de rechtspraak van het Hof. Het Hof bleek na dat arrest niet meer bereid om het federaal getrouwheidsbeginsel verder extensief uit te leggen. De jurisprudentie wordt in dit arrest bondig door het Hof als volgt samengevat: uit het getrouwheidsbeginsel kunnen zowel concrete verplichtingen, boven op de uitdrukkelijke genormeerde grondwettelijke verplichtingen, worden afgeleid van de Länder tegenover de Bond en van de Bond tegenover de Länder, als concrete beperkingen op de uitoefening door Bond en Länder van de hen door de Grondwet toegewezen bevoegdheden ³³⁵.

46. De concrete draagwijdte van het getrouwheidsbeginsel ter begrenzing van de rechten die voortvloeien uit specifieke grondwettelijke bevoegdheidsbepalingen, kan nader worden geanalyseerd via het onderscheid dat ten aanzien van de bevoegdheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de discretionaire beoordeling of men al dan niet van de bevoegdheid gebruik gaat maken («Handlungsermessen») en de beoordeling van de inhoudelijke draagwijdte van die bevoegdheid («Gestaltungsermessen»).

47. De eerste hypothese wordt geïllustreerd door de situatie waarin enkel de Länder bevoegd zijn om op te treden. In voorkomend geval sluit dit voor hen niet de verplichting

uit om die bevoegdheid ook werkelijk uit te oefenen wanneer dit noodzakelijk blijkt voor de vrijwaring en het herstel van de grondwettelijke ordening. Het arrest van 30 juli 1958 inzake het gemeentelijk atoombewapeningsreferendum is hier van een treffend voorbeeld ³³⁶.

In het kader van een politiek conflict over de Duitse herbewapening maakte de S.P.D. van haar meerderheid in de Landtag van Bremen en Hamburg gebruik om wetten te doen aannemen tot organisatie van een consultatief referendum, als onderdeel van de oppositiestrijd tegen het federale herbewapeningsbeleid. Een gelijksoortig wetsontwerp werd ingediend in de deelstaat Hessen. Enkele gemeenten – o.m. Frankfurt, Darmstadt, Kassel en Offenbach – wachtten de afloop hiervan niet af. Ze namen zich voor om lokale, gemeentelijke volksraadplegingen te organiseren. De federale overheid deed tevergeefs een beroep op de Hessische deelstaatregering om de uitvoering van die initiatieven te voorkomen door middel van haar administratieve toezichtsbevoegdheid. De federale overheid baseerde daarop haar vordering voor het federaal constitutioneel hof op het argument dat de lokale overheden de exclusief federale bevoegdheid voor landsverdediging betraden. Zij beschuldigde de Landsregering van schending van het federaal getrouwheidsbeginsel doordat deze had nagelaten te waken voor de naleving van de Grondwet door de lokale overheden, een bevoegdheid die de federale overheid niet bezit. De regering van Hessen merkte daarentegen op dat de federale getrouwheidsverplichting op zichzelf geen zelfstandige verplichting kan opleggen aan het Land. Het zou ten hoogste een ongeschreven beperking kunnen stellen op de uitoefening van de bevoegdheden. Overigens rijst niet enkel de vraag naar een eventuele schending van de wet door de gemeentelijke overheden. Ook de discretionaire beoordeling van het Land om al dan niet op te treden moet in acht worden genomen.

Het Hof stelt vast dat de federale overheid ten aanzien van de gemeenten geen bevoegdheid heeft om een inbreuk op de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling te verhinderen. In die omstandigheden wordt de bevoegdheid van de Länder om tegen de gemeenten op te treden, in de verhouding tussen het Land en de Bond, een federale grondwettelijke plicht. Volgens het Hof vloeit deze rechtsplicht tot *vrijwaring en herstel van de grondwettelijke ordening in alle onderdelen en op alle niveaus van de Staat* voort uit het ongeschreven beginsel van de «bundesfreundliche Verhalten». Deze verplichting stelt volgens het Hof allereerst grenzen aan de bevoegdheidsuitoefening zowel van de Bond als van de Länder. Daarenboven impliceert die verplichting in bepaalde gevallen de plicht tot hulpverlening en medewerking ³³⁷.

Centraal staat de overweging dat wat overeenkomstig het recht van de deelstaat ten aanzien van de gemeenten een discretionaire bevoegdheid is van de Landsregering («eine im Ermessen liegende Befugnis»), naar federaal constitutioneel recht in de verhouding tot de Bond, een verplichting kan worden van het Land. Het Hof benadrukt daarbij overigens het objectief karakter van het Bundestreue-begrip. De vaststelling van een schending impliceert geenszins een bewijs van kwade trouw.

³³² BVerfGE 1, 299 (315).

³³³ Zie inzonderheid wat de arresten van het Bundesverfassungsgericht betreft opgenomen tot en met BVerfGE Bd. 79, 7 maart 1989; BVerfGE 1, 117 (130 e.v.); 1, 299 (314 e.v.); 3, 52 (57); 4, 115 (140 e.v.); 6, 309 (361 e.v.); 8, 122 (138 e.v.); 12, 205 (254 e.v.); 12, 54 (75 e.v.); 14, 197 (214 e.v.); 21, 312 (326); 26, 116 (137); 29, 221 (233); 31, 314, 337 (354 e.v.; dissenting opinion van de rechters GEIGER, RINCK en WAND); 32, 199, 227 (238 e.v.; dissenting opinion van de rechters GELLER, RUPP en WAND); 34, 9 (20 e.v., 38 e.v., 44 e.v.); 34, 165 (194 e.v.); 34, 216 (232); 35, 257 (262); 39, 96 (125); 41, 291 (308); 42, 103 (117 e.v.); 43, 291 (348 e.v.); 45, 400 (407, 409, 421); 55, 274 (345 e.v.; dissenting opinion van rechter NIEBLER); 56, 311, 322; 61, 204, 205; 72, 396, 402; 73, 197; 76, 77.

³³⁴ BVerfGE, 12, 205.

³³⁵ BVerfGE, 12, 255: «Die bisherige Rechtsprechung lässt anerkennen, dass sich aus diesem Grundgesetz sowohl konkrete, über die in der bundstaatlichen Verfassung ausdrücklich normierten verfassungsrechtlichen Pflichten hinausgehende, zusätzliche Pflichten der Länder gegenüber den Bund und zusätzliche Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern entwickeln lassen als auch konkrete Beschränkungen in der Ausübung der dem Bund und den Ländern im Grundgesetz eingeräumten Kompetenzen ergeben».

³³⁶ BVerfGE 4, 141.

³³⁷ Zie BVerfGE 8, 138: «Gegen diesen Grundsatz kann sowohl durch ein Tun als durch ein Unterlassen verstossen werden».

48. De inhoudelijke begrenzing van de bevoegdheidsuitoefening op grond van het getrouwheidsbeginsel kwam van meet af aan in de rechtspraak van het Hof aan de orde. Hierbij staat de gedachte centraal dat een federale staat slechts leefbaar is wanneer de Bond en de deelstaten zich bij de uitoefening van de hun formeel ter beschikking staande bevoegdheden, «rekenschap geven van elkaars bestaan»³³⁸.

Dit geldt in het bijzonder wanneer de gevolgen van een concrete bevoegdheidsuitoefening niet beperkt blijven tot het desbetreffende Land. In geschillen betreffende de toelaatbaarheid van verschillen van ambtenarenweden in de deelstaten en de Bond vestigde het Hof er de aandacht op dat de wetgever van de deelstaat bij de vaststelling van de ambtenarenweden rekening moet houden met de belangen van de Bond en van de overige Länder. Niettegenstaande de grondwettelijke begrotingsautonomie van Bond en Länder, vormen de financiën in een federatie één geheel: «Da auch der Bund und die übrigen Länder Beamte haben, müssen die Länder nach dem Grundsatz der Bundestreue bei der Regelung der Besoldigung ihrer Beamten jedenfalls soviel Rücksicht auf die Besoldungsverhältnisse im Bund und Ländern nehmen, dass eine Erschütterung des gesamten Finanzgefüges von Bund und Länder vermieden wird»³³⁹.

In de sector van de radio-omroep en de televisie is, zoals in België, de federale overheid bevoegd voor de technische aspecten, dit krachtens artikel 73, nr. 7, van de Grondwet. Het federaal constitutioneel hof maakt toepassing van het federaal getrouwheidsbeginsel bij de beoordeling van het impact van de federale bevoegdheidsuitoefening op het bevoegdheidsdomein van de Länder. Het Hof acht het getrouwheidsbeginsel geschonden wanneer zou blijken dat de Bond zijn bevoegdheid zo zou uitoefenen dat de bestaande omroepinstellingen het beschikkingsrecht zouden verliezen over hun zendinstallatie, dat hun de golflengten zouden worden ontnomen waarvan ze thans gebruik maken, of dat ze zouden worden gediscrimineerd bij de verdeling van de beschikbare frequenties. Beslissingen van die aard kunnen door de federale overheid uitsluitend om zendtechnische redenen worden genomen³⁴⁰.

³³⁸ BVerfGE, 4, 141 e.v.: «dass die Länder diese Pflichten weniger ernst nehmen als diejenigen, die sich aus positiven Rechtsvorschriften ergeben und einer strengeren verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegen. Ein Bundesstaat kann nur bestehen, wenn Bund und Länder im Verhältnis zueinander beachten, dass das Mass, in dem Sie von formal bestehenden Kompetenzen Gebrauch machen können, durch gegenseitige Rücksichtnahme bestimmt ist».

³³⁹ Arrest van 1 december 1954, BVerfGE, 4, 140. Zie ook een eerder analoog geschil: BVerfGE, 3, 52 betreffende een beroep van de federale regering om een beslissing van de deelstaten Beieren en Hessen ongedaan te maken om een kernratificatie te verstrekken aan hun ambtenaren. De federale overheid was van oordeel dat dit tot grote druk zou leiden op de andere Länder en op de federale overheid om een zelfde uitkering toe te staan, niettegenstaande hun benarde financiële situatie. Het Hof was van oordeel dat dit niet met een wettelijke verplichting voor de andere overheden gelijk te stellen was. Het vestigde niettemin de aandacht op de draagwijdte van de federale getrouwheidsverplichting bij de beoordeling van de opportuniteit van dergelijke uitkeringen. De Länder dienen hun budgettaire middelen af te wegen in het licht van de algehele financiële toestand van Bond en Länder.

³⁴⁰ BVerfGE, 12, 205.

49. In het «Televisie»-arrest gaf het Hof daarenboven nog toepassing aan het beginsel in een andere richting. Het Hof was namelijk van oordeel dat de wijze waarop de federale overheid was overgegaan tot de oprichting van de «Deutschland-Fernsehen-GmbH», in het bijzonder de wijze waarop de overlegprocedure door de federale overheid was afgehandeld, onverenigbaar is met het getrouwheidsbeginsel. Het optreden van de federale overheid volgens het «divide et impera»-beginsel, de bevoordeling van Länderregeringen van dezelfde politieke kleur, het in extremis opzietten van de Länder en ten slotte de aanstelling van een gevolmachtigde van de Länder, hoewel deze laatste klaarblijkelijk niet wensten mee te werken aan het project, werd strijdig bevonden met de getrouwheidsverplichting: «Auch das procedere und der Stil der Verhandlungen, die zwischen dem Bund und seinen Gliedern und zwischen den Ländern im Verfassungsleben erforderlich werden, stehen unter dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens».

50. Uit een analyse van de rechtspraak van het constitutioneel hof blijken anderdeels de beperkingen op de toepassing van het getrouwheidsbeginsel. Aldus kan het beginsel op de eerste plaats enkel toepassing vinden «in het kader van een concrete rechtsverhouding tussen de betrokken overheden waaruit een recht ontstaat voor de Bond of het Land dat, gelet op het federale getrouwheidsbeginsel, niet op een bepaalde wijze mag worden uitgeoefend of op grond waarvan op een bepaalde wijze moet worden opgetreden. Het Bundestreue-beginsel is derhalve van *accessoire aard*. Het stelt grenzen aan, of is de grondslag voor, rechten en verplichtingen in het raam van een bestaande rechtsverhouding»³⁴¹.

We treffen een eerste aanwijzing hiervoor aan in het zogenaamde «Neugliederungs»-arrest van 11 juli 1961³⁴². Het arrest betreft de eventuele verplichting voor de federale overheid om een wet uit te vaardigen strekkende tot de herindeling van het grondgebied, overeenkomstig artikel 29, § 1, 2°, in fine, en § 6, in fine, van de Grondwet. Hessen beriep zich inzonderheid op een schending van artikel 29 van de Grondwet, en van het federaal getrouwheidsbeginsel door de federale overheid. Uitgaande van het driedig bondstaatsconcept, was Hessen van mening dat het, zoals alle andere Länder, het grondwettelijk recht der Länder op een territoriale reorganisatie kan doen gelden. De Bond is als centrale staat jegens de zgn. «Gesamtstaat» (de Bondsrepubliek als geheel van Bond en Länder) verplicht tot die herindeling. De Länder kunnen via het beroep op het federaal constitutioneel hof aandringen op de naleving door de Bond van deze verplichting jegens de «Gesamtstaat». Die federale verplichting tot herindeling van het grondgebied zou daarenboven voortvloeien uit het getrouwheidsbeginsel. De heersende onzekerheid met betrekking tot de uiteindelijke territoriale grenzen bemoeilijkt de normstelling evenals de territoriale organisatie van het Landsbestuur.

Volgens de federale overheid vloeien uit de verplichting van de federale wetgever tot territoriale reorganisatie geen corresponderende aanspraken voort voor de Länder. Het Hof sluit zich hierbij aan. Tussen de Bond en de Länder be-

³⁴¹ FALLER, H.J., o.c., 61; RUDOLF, W., o.c., 248, met verwijzingen.

³⁴² BVerfGE, 13, 54 e.v.

staat er geen rechtsverhouding waaruit een Land een aanspraak kan afleiden op territoriale reorganisatie. De reorganisatieverplichting werd aan de Bond opgelegd, niet zozeer in het belang van de bestaande Länder, die trouwens kunnen worden opgeheven, maar in het belang van het geheel. Het Hof wijst nadrukkelijk het driedelig bondstaatsbegrip van de hand. Er bestaat evenmin enig grondwettelijk aanknopingspunt om de Länder bevoegd te achten om de rechten van een hypothetische «Gesamtstaat» jegens de centrale overheid af te dwingen.

Het getrouwheidsbeginsel stelt grenzen aan, of is de grondslag voor, rechten en verplichtingen in het raam van bestaande rechtsverhoudingen tussen de Bond en de Länder. Het vestigt echter op zichzelf geen zelfstandige rechtsverhouding³⁴³. Artikel 29 van de Grondwet vestigt een recht in het algemeen belang en een corresponderende plicht van de Bond. De Länder hebben dienaangaande geen aanspraken ten aanzien van de Bond.

Het Hof wijst de parallel met het standpunt ingenomen in het «Televisie»-arrest³⁴⁴ en in het «Atoomreferendum»-arrest³⁴⁵ van de hand. Niettegenstaande de vaststelling dat de federale verplichting geen corresponderende aanspraken van de Länder deed ontstaan, had het Hof op grond van het getrouwheidsbeginsel kunnen wijzen op de verplichting van de Bond om in het raam van de algemene rechten en verplichtingen, consideratie («Rücksichtnahme») te betonen voor de legitieme belangen van de Länder (bijvoorbeeld de bestuursmoeilijkheden die voortvloeiden uit de onzekerheid inzake de territoriale reorganisatie)³⁴⁶.

In het «Televisie»-arrest acht het Hof de vrijheid van omroep, besloten in artikel 5 van de Grondwet, van dermate wezenlijk belang voor het politiek en grondwettelijk bestaan van de Länder, dat deze laatste een vorderingsrecht bezitten om de naleving van de gemeenschappelijke grondwettelijke ordening af te dwingen. In het «Atoomreferendum»-arrest kan de Bond de vrijwaring van de grondwettelijke ordening vanwege het Land ten aanzien van de gemeenten afdwingen. In deze beide zaken was sprake van de naleving van de gemeenschappelijke grondwettelijke ordening van Bond en Länder. De niet-naleving van de reorganisatieverplichting kon daarentegen volgens het Hof de wettelijke belangen van de Länder niet schaden. Artikel 29 van de Grondwet schrijft integendeel de territoriale omschrijving voor van Länder, ten aanzien van wie dan wel de gemeenschappelijke grondwettelijke ordening zou gelden³⁴⁷.

³⁴³ BVerfGE, 33, 75.

³⁴⁴ Zie boven, nr. 48.

³⁴⁵ Zie boven, nr. 47.

³⁴⁶ Vgl. BLAIR, P.M., o.c., 184.

³⁴⁷ Zie bijvoorbeeld eveneens BVerfGE, 21, 312, 326: het Land Hessen riep de schending in van de artikelen 30 en 83 van de Grondwet, evenals van het getrouwheidsbeginsel ingevolge de toepassing van de Hessische waterwetgeving door de federale waterwegenadministratie. Voor de schending van het getrouwheidsbeginsel verwees Hessen naar de omstandigheid dat de federale overheid in deze materie de Länder verschillend behandelde. Daar de Länder grondwettelijk nevengeschiedt zijn, is de Bond niet gerechtigd in een bepaald Land aanspraak te maken op een uitvoeringsbevoegdheid, die hij elders aan de Länder zelf overlaat. Het Hof besluit tot een schending van de artikelen 30 en 83 van de Grondwet. De federale bevoegdheid tot uitvoering van de Hessische waterwetgeving kan niet

§ 3. De problematiek van de noodzaak van het «Bundestreue»-beginsel als een afzonderlijk rechtsbeginsel

52. De rechtspraak van het Duitse constitutioneel hof met betrekking tot de federale getrouwheidsverplichting, in het bijzonder de toepassing van de getrouwheidsverplichting in het «Televisie-arrest», leidde tot een kritische bevraging van haar bestaansredenen als afzonderlijk rechtsbeginsel.

De kritiek op de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* ging vooral uit van K. Hesse³⁴⁸ vanuit een analyse van de actuele betekenis van het federaal karakter van de Duitse staatsstructuur in het grondwettelijk recht. Hesse stelt het falen vast van de moderne rechtsleer om een actuele bondstaatstheorie te ontwikkelen. Ondanks die ontbrekende theoretische grondslag zijn elementen van vroegere theorievorming in de constitutionele rechtspraak te onderkennen. Hesse verwijst naar het driedelig bondstaatsbegrip dat het federaal constitutioneel hof in het zgn. «Konkordaat»-arrest³⁴⁹ blijkt te bevestigen, maar nadien, in het «Neugliederung»-arrest³⁵⁰ uitdrukkelijk van de hand wijst. Een ander element is volgens Hesse de uitbouw en de actualisering van het «Bundestreue»-beginsel. Hij verdedigt de opvatting dat het Hof bij nader toezien zonder enige noodzaak op dit beginsel een beroep heeft gedaan. R. Smend ligt in belangrijke mate aan de oorsprong van de ontwikkeling van de getrouwheidsverplichting. Hij steunde hiervoor op de Reichsgrondwet en het daarin nog sterk aanwezige *Bundnis*-principe, dat geldt als een rechtsnorm, niet in de zin van een afdwingbare norm, maar in de zin van een in rechte opgelegde samenwerking. De ontwikkeling van een ongeschreven grondwettelijk beginsel blijkt een zinvolle aanvulling van onvolkomen geschreven federaal grondwettelijk recht. Na-

gebaseerd worden op de federale beheersbevoegdheid voor waterwegen overeenkomstig artikel 89, § 2, van de Grondwet. Het Hof wijst evenwel een inbreuk op de getrouwheidsverplichting van de hand. Deze verplichting is immers slechts voorhanden wanneer tussen de Bond en de Länder een concrete grondwettelijke verhouding bestaat, waaruit dan een federale aanspraak voortvloeit. Het beginsel is dus slechts van accessoire aard. Het kan op zichzelf geen zelfstandige rechten en verplichtingen grondvesten. Het is slechts in het raam van een bestaande rechtsverhouding dat het beginsel inwerkt op de rechten en verplichtingen die daaruit voortvloeien of dat het deze met additionele plichten vervolledigt.

51. Het federaal getrouwheidsbeginsel dient daarenboven met terughoudendheid te worden toegepast. Te dezen kan worden gewezen op het standpunt van het constitutioneel hof dat enkel de willekeurige overschrijding van de uiterste grenzen als ontoelaatbaar moet worden beschouwd. Het Hof maakt die gedachte duidelijk wanneer het oordeelt dat een Landswet slechts kan worden vernietigd wegens schending van het getrouwheidsbeginsel «wenn der Landesgesetzgeber seine Freiheit offenbar Mißbraucht hätte».

³⁴⁸ HESSE, K., *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, 1962. Zie ook FALLER, H.J. «Das Prinzip der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag am 1.9.1981*, MAUNZ, Th. (red.), München, Beck, 1981, 60; FÜß, E.-W., «Die Bundestreue – ein unentbehrlicher Rechtsbegriff? Gedanken zu der Abhandlung von H.-W. Bayer», D.ö.V., 1964, 41; SCHEUNER, V., «Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik», D.ö.V., 1966, 515; SPANNER, H., *Zur Rechtskontrolle des bundesfreundlichen Verhaltens*, D.ö.V., 1961, 485.

³⁴⁹ BVerfGE, 6, 309, 340, 364.

³⁵⁰ Zie boven, nr. 50.

dien heeft Smend die opvatting getransponeerd op de anderzortige verhoudingen in de Weimar-republiek, met de premisse dat de basisideeën van de federale ordening van de Weimar-republiek identiek zouden zijn aan die van het Keizerrijk. Hesse ziet de huidige grondwettelijke ordening in de Duitse Bondsrepubliek als een volkomen ontwikkelde federale ordening, gewaarborgd door een allesomvattende grondwettelijke controle. Hij stelt de vraag naar de noodzaak om die ordening aan te vullen met ongeschreven grondwettelijk recht evenals naar de inhoud ervan. De verwijzing naar «het wezen van de bondsstaat» kan niet overtuigen. Men treft trouwens een soortgelijk beginsel niet noodzakelijk aan in alle andere federale staten. In zoverre het getrouwheidsbeginsel betrekking heeft op de naleving van de geschreven Grondwet, vloeit de verplichting om de Grondwet niet alleen naar de letter maar ook naar de geest na te leven, rechtstreeks voort uit die grondwetsbepalingen zelf. Het beroep op het getrouwheidsbeginsel versluiert aldus de werkelijke rechtsgrond. Men kan anderdeels gebruik maken van de traditionele beginselen van het rechtsmisbruik en van de evenredigheid. Hierbij sluit overigens het standpunt aan van het constitutioneel hof dat enkel de willekeurige overschrijding van de uiterste grenzen van de bevoegdheid als ontoelaatbaar moet worden beschouwd ³⁵¹. De zgn. «aanvullende nevenverplichtingen» – meestal overigens van procedurele aard –, die op grond van het getrouwheidsbeginsel worden vastgesteld, resulteren rechtstreeks uit de hoofdverplichting ³⁵².

Hesse merkt ten slotte op dat de betwistingen tussen Bond en Länder thans geen echte, authentieke federale conflicten zijn. Het gaat veeleer om partijpolitieke conflicten, die in de vorm van federale conflicten voor het grondwettelijk hof worden voorgedragen. Wanneer men op die betwistingen het beginsel van de federale getrouwheidsverplichting gaat toepassen, dan gaat men die betwistingen met inadequate middelen te lijf ³⁵³.

³⁵¹ Zie boven, nr. 51.

³⁵² Zie in dit raam ook de kritiek op de implicaties die uit het getrouwheidsbeginsel worden afgeleid voor de «Stil und Procedere» van het politiek optreden. Ofwel leidt de procedure tot een ongrondwettig resultaat; in dat geval hoeft de wijze waarop ze werd afgehandeld op zichzelf niet rechterlijk te worden getoetst. Ofwel is het resultaat grondwettig en dan is de kritiek op de «Stil und Procedere» irrelevant, tenzij het op zichzelf grondwettig resultaat hierdoor ongrondwettig is.

³⁵³ Zie ook SPANNER, H., «Zur Rechtskontrolle des Bundesfreundlichen Verhaltens», *D.b.V.*, 1961, 483 e.v. *Contra*: MÜLLER, G., «Bundestreue im Bundesstaat», in *Festgabe für K.G. Kiesinger*, 1964, 231 e.v. BLAIR maakt een onderscheid tussen zuiver federale conflicten, federale betwistingen met partijpolitieke implicaties en niet-federale betwistingen tussen federale partners («quasi-federale conflicten»). In de zuiver federale conflicten zijn er geen betekenisvolle motieven voorhanden naast de wens van de machtshebbers op de respectieve niveaus om hun machtsbasis op grond van de federale bevoegdheidsverdeling te behouden. In de deels federale, deels partijpolitieke twisten worden de argumenten geheel of ten dele ontwikkeld in termen van bevoegdheid, van rechten en verplichtingen van de respectieve overheidsniveaus. Dit maskeert evenwel een geschil tussen politieke partijen die een meerderheid hebben op onderscheiden overheidsniveau's. Het gaat uiteindelijk om partijpolitieke conflicten waarin de federaal geïnspireerde argumenten enkel een middel zijn voor een partijpolitiek doel. De quasi-federale con-

Naar de mening van Hesse fungeert het getrouwheidsbeginsel in het raam van de federale ordening uiteindelijk alleen als criterium van toetsing aan niet zelfstandige verplichtingen tot wederzijdse informatie, medewerking en consideratie, evenals aan de verplichting van de Länder tot uitvoering van federale verdragen ³⁵⁴.

53. Daartegenover staat de opvatting van de getrouwheidsverplichting als een afzonderlijk algemeen rechtsbeginsel dat immanent is aan het wezen van de Bondsstaat. De getrouwheidsverplichting geldt als een subsidiair, aanvullend beginsel, naast de bestaande rechten en verplichtingen ³⁵⁵. Men blijkt zich hiervoor te inspireren op de algemene rechtsbeginselen ontwikkeld in het privaatrecht, meer in het bijzonder op het algemeen beginsel van «Treu und Glauben» in het raam van § 242 BGB. Toegepast op het federaal getrouwheidsbeginsel, betekent dit dat de getrouwheidsverplichting op de eerste plaats moet worden beschouwd als een materieel beginsel naast de formele hoofdplicht. Zij draagt bij tot de noodzakelijke inhoudelijke aanvulling van deze laatste. De «Bundestreue» geldt hier dus als een aanvullende «Nebenpflicht». In tweede instantie geldt de getrouwheidsverplichting als een inhoudelijke beperking van formele rechten, als «Schranke die dem Recht immanent ist». De getrouwheidsverplichting geldt dan als grens voor de rechtsuitoefening («Rechtsausübungsschranke»).

G. Müller heeft gepoogd de kritiek op de toepassing van het getrouwheidsbeginsel te weerleggen ³⁵⁶. Hij beschouwt het «Bundestreue»-beginsel als een middel dat past in de grondwettelijke ordening en dat als dusdanig aangepast is aan de specifieke grondwettelijke vereisten ³⁵⁷. Het verbod van rechtsmisbruik kan niet steeds het getrouwheidsbeginsel vervangen. Dit geldt in het bijzonder wanneer, zoals in het «Atoomreferendum»-arrest ³⁵⁸ de verplichting van een positief optreden voortvloeit uit de getrouwheidsverplichting. De vraag rijst hoe men een dergelijke grondwettelijke verplichting om op te treden kan afleiden uit het willekeurverbod. Anderdeels moet het onbepaalde willekeurverbod als begrenzing van een onrechtmatige bevoegdheidsuitoefening evenzeer door federale overwegingen worden geconcretiseerd. Müller acht het daarom rechtsdogmatisch consequenter om analoge, specifiek federale problemen niet te beoordelen op grond van een algemeen verbod van willekeur, waarbij uiteindelijk toch het federaal aspect doorslaggevend zal zijn. De toepassing van het specifieke «Bundestreue»-begrip zou derhalve de voorkeur genieten. Ten aanzien van de opmerking dat Bond en Länder de Grondwet niet alleen naar de letter, maar ook naar de geest dienen na te leven, wordt opgemerkt dat het «Bundestreue»-beginsel er precies toe

flicten spelen zich af tussen de federale partners, maar ze zijn geenszins federaal geïnspireerd, ook niet naar buiten toe. Het conflict betreft de interpretatie van de Grondwet, o.m. inzake grondrechten en weerspiegelt vaak uiteenlopende ideologische gezichtspunten.

³⁵⁴ HESSE, K., *o.c.*, 10.

³⁵⁵ BAYER, W., *o.c.*, 63 e.v.

³⁵⁶ MÜLLER, G., «Bundestreue im Bundesstaat», in *Festgabe für F.G. Kiesinger*, 1964, 219 e.v. Zie eveneens LERCHE, P., «Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip», *VVDStRL*, 1964, 89.

³⁵⁷ Zie eveneens MAUNZ, Th., DÜRIG, G., e.a., *Grundgesetz Kommentar*, München, Bd. II, art. 20, nr. 63.

³⁵⁸ Zie boven, nr. 47.

strekt om de inhoud van de grondwettelijke ordening toe te lichten.

II. Federale getrouwheid en uitlegging van bevoegdheden

§ 1. Verschillende «soorten» bevoegdheden als resultaat van uiteenlopende uitleggingsmethodes

54. In het algemeen deel is reeds de aandacht gevestigd op de nauwe band tussen enerzijds de algemene rechtsbeginselen en anderdeels de rechtsuitlegging. We verwezen dienaangaande naar M. Van Hoecke die de opkomst van de algemene rechtsbeginselen verklaart met verwijzing naar het gebrek aan een uitgewerkte en wetenschappelijk verantwoorde interpretatietheorie³⁵⁹. Wat opgaat voor de algemene rechtsbeginselen in het algemeen, kan thans nader worden uitgewerkt ten aanzien van het leerstuk van de federale getrouwheid.

55. We vermeldde reeds dat Smend aan de basis ligt van de opvatting van de «Bundestreue» als algemeen ongeschreven rechtsbeginsel. Het is eveneens Smend geweest die het standpunt introduceerde dat het getrouwheidsbeginsel fungeert ter verduidelijking van de inhoud van de bevoegdheidsbepalingen. In die zin kan het beginsel ook beschouwd worden als een *interpretatiereg*³⁶⁰.

Hoewel Bayer lijkt te opteren voor het «Bundestreue»-beginsel als algemeen rechtsbeginsel, laat hij evenwel niet na het onderscheid met het leerstuk van de uitlegging van bevoegdheden te relativeren. Rechtstheoretisch kunnen rechtsuitlegging en rechtstoepassing als twee onderscheiden categorieën worden beschouwd. De rechtsuitlegging betreft het onderzoek naar de betekenis, naar de draagwijdte van de rechtsnorm. De rechtstoepassing betreft de subsumptie van een existentiële situatie onder de rechtsnorm. In de rechtspraktijk blijkt dit onderscheid niet zo duidelijk. De premisse die aan het onderscheid ten grondslag ligt, namelijk dat de subsumptie, anders dan de uitlegging, uitsluitend de waardenvrije voltrekking betreft van een logische redenering, blijkt niet realistisch. Er geschiedt integendeel steeds een concretisering in de zin van een keuze tussen meerdere waarden waardoor men zich bevindt in het domein van rechtsuitlegging³⁶¹.

56. Een nadere uitwerking van het getrouwheidsbeginsel in het raam van de bevoegdheidsuitlegging treffen we aan bij Hangartner, naar aanleiding van het onderzoek van de beperkingen die uitdrukkelijk toegewezen (federale) bevoegdheden ondergaan³⁶².

Alvorens hierop verder in te gaan dient evenwel de aandacht te worden gevestigd op wat in de rechtsleer van de Duitse Bondsrepubliek bekend staat als de zgn. «Ableitungsfrage», nl. de vraag naar de technieken van rechtsvinding die

leiden tot de affirmatie van een bepaalde bevoegdheid³⁶³.

In het algemeen rijst de vraag naar het onderscheid tussen de zogenaamd «uitdrukkelijk» toegekende bevoegdheden en de «stilzwijgend» toegekende bevoegdheden.

De problematiek van de «stilzwijgend toegekende bevoegdheden» wordt in de Duitse Bondsrepubliek gesteld naar aanleiding van het onderzoek van de draagwijdte van artikel 70 (1) G.G.³⁶⁴ dat het algemeen beginsel van de bevoegdheidsverdeling tussen de Bond en de Länder, vervat in artikel 30 G.G.³⁶⁵ toepast op de verdeling van de wetgevingsbevoegdheid. De enigszins verschillende formulering van artikel 30 en artikel 70 G.G.³⁶⁶ doet de vraag rijzen naar het bestaan van «ongeschreven» wetgevingsbevoegdheden in het grondwettelijk recht van de Bondsrepubliek³⁶⁷.

Het ongedifferentieerd gebruik van de kwalificatie «ongeschreven» bevoegdheden leidde tot allerlei misverstanden³⁶⁸. Enerzijds wordt op grond van de formulering van artikel 70 G.G., als *Lex specialis* van het beginsel vervat in artikel 30 G.G., het bestaan van ongeschreven federale bevoegdheden principieel afgewezen, terwijl anderdeels toch zgn. ongeschreven bevoegdheden «uit de aard van de zaak» («ungeschriebene Bundeszuständigkeit kraft Natur der Sache») en «krachtens materiële samenhang» («ungeschriebene Bundeszuständigkeit kraft Sachzusammenhang») worden erkend³⁶⁹.

³⁶³ Zie hierover meer uitgebreid: PEETERS, P., «Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatsvorming», o.c., II, 490 e.v., met verwijzing naar ACHTERBERG, N., «Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht», A.ö.R., Bd. 86, 1961, 65, 67, 71; KUCHENHOFF, E., «Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung», Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 19, 1951, 585 e.v.; id., «Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung», A.ö.R., Bd. 82, 1957, 413 e.v.; VON MANGOLDT, H., KLEIN, F., Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, Berlin-Frankfurt a.M., 1966, 1392 e.v.; VON MUNCH, I., Grundgesetz-Kommentar, Bd. II (art. 21 - art. 69 G.G.), art. 30, 246 e.v.

³⁶⁴ «Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.»

³⁶⁵ «Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder Zuläßt.»

³⁶⁶ I.h.b. «trifft oder zuläßt» in artikel 30, «verleiht» in artikel 70

³⁶⁷ Krachtens artikel 14 van de Weimar Reichsverfassung was het Rijk gemachtigd zich bij gewone Rijkswet de uitvoerende macht toe te eigenen ten aanzien van een materie waarvoor het de wetgevende bevoegdheid was toegewezen. Volgens ACHTERBERG, N., o.c., 77, vtn. 62, moet hierin de oorzaak worden gezocht van de haast uitsluitende aandacht van de huidige rechtsleer voor de stilzwijgende wetgevingsbevoegdheden in vergelijking tot de stilzwijgende uitvoeringsbevoegdheden. Zie dienaangaande KLEIN, H.H., «Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass der 25. jährigen Bestehens der Bundesverfassungsgerichts, II Bd., Verfassungsauslegung, Tübingen, 1976, 277-299.

³⁶⁸ VON MANGOLDT, H., KLEIN, F., Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, 1392 e.v.

³⁶⁹ Zie in die zin MAUNZ, Th., ZIPPELIUS, R., Deutsches Staatsrecht, München, 1983, 25e uitg., 266-267. In MAUNZ, Th., DURIG,

³⁵⁹ Zie nr. 28.

³⁶⁰ SMEND, R., «Ungeschriebenes Verfassungsrecht», o.c., 51. Zie ook BAYER, H.-W., o.c., 63 e.v., evenals HANGARTNER, Y., Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern, 1974, 225-226.

³⁶¹ BAYER, H.-W., o.c., 65-66.

³⁶² HANGARTNER, Y., o.c., 87 e.v.

57. De analyse van E. Kuchenhoff leidt tot de vaststelling dat de term «ongeschreven federale bevoegdheden» haast uitsluitend wordt gehanteerd voor middels algemene uitleggingstechnieken uit het geschreven grondwettelijk recht afgeleide bevoegdheden³⁷⁰. De ongedifferentieerde aanduiding als «ongeschreven» bevoegdheden leidt ertoe dat het verschil met de werkelijk ongeschreven bevoegdheden uit het oog wordt verloren. Werkelijk ongeschreven bevoegdheden worden gewonnen uit het ongeschreven grondwettelijk recht, d.i. het grondwettelijk gewoonterecht en andere ongeschreven rechtsbronnen (het natuurrecht, feitelijke rechtschepping van evolutieve, respectievelijk revolutionaire aard)³⁷¹.

58. Het onderscheid tussen de zgn. «uitdrukkelijk» en de «stilzwijgend» toegekende bevoegdheden ligt niet in de rechtsbron, noch in de inhoud van de bevoegdheden, maar in de wijze waarop ze uit het geschreven grondwettelijk recht worden afgeleid ³⁷². «Uitdrukkelijke» federale bevoegdheden zijn bevoegdheden die middels een louter grammaticale en logische uitlegging van de federale bevoegdheidsbepalingen van het geschreven grondwettelijk recht worden afgeleid ³⁷³. Het gaat om bevoegdheden «die im Wortlaut einer Kompetenznorm so hinreichend umschrieben sind, daß sie bereits im Wege der Wortsinn- und Begriffssinn- Interpretation aus dem Gesetzeswortlaut entnommen werden können» ³⁷⁴. «Uitdrukkelijke» bevoegdheden reiken verder dan zgn. «Prima facie»-bevoegdheden. De letterlijke uitlegging omvat het onderzoek van de semantische woordbetekenis en van de grammaticaal-syntactische samenhang van de woorden. De logische uitlegging verduidelijkt daarenboven de begripsbetekenis ³⁷⁵. Hiervan kunnen de bevoegdheden worden onderscheiden die middels technieken van rechtsvinding worden gewonnen, die de louter grammaticaal-logische uitlegging van de grondwettelijke bevoegdheidsbepalingen overstijgen. Het complex van bevoegdheden dat men met de benaming «bevoegdheden krachtens materiële samenhang» pleegt aan te duiden, heeft als gemeenschappelijk kenmerk dat ze middels zgn. «kontinuïerenden» uitlegging van het geschreven grondwettelijk recht worden afgeleid, d.i. op grond van een historische, systematische en teleologische uitlegging van de grondwettelijke bevoegdheidsbepalingen. E. Kuchenhoff stelt dan ook de benaming «stillschweigend – impliziert (mit) geschriebenen Bundes-

G., e.a., *Grundgesetz, Kommentar*, art. 30, fdnr. 19 e.v., valt die dubbelzinnigheid weg. Zie ook HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1975, 97; LEIBHOLZ, G., RINCK, H.J., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1971, 577; SCHMIDT-BLEIBTREU, B., KLEIN, F., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1977, 408-409.

³⁷⁰ KUCHENHOFF, E., «Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung», *loc. cit.*, 585 e.v.; *id.*, «Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung», *loc. cit.*, 413 e.v.

³⁷¹ ACHTERBERG, N., *o.c.*, 64-65; KUCHENHOFF, E., *o.c.*, *A.ö.R.*, Bd. 82, 1957, 473 e.v.; i.h.b. 474.

³⁷² KUCHENHOFF, E., *o.c.*, A.Ö.R., Bd. 82, 1957, 473 e.v.;
HANGARTNER, Y., *o.c.*, 73.

³⁷³ KUCHENHOFF duidt ze aan met de omschrijving «ausdrücklich (hin-) geschriebene Bundeszuständigkeiten».

³⁷⁴ KUCHENHOFF, E., *o.c.*, *A.ö.R.*, Bd. 82, 1957, 434.

³⁷⁵ HANGARTNER, Y., *o.c.*, 74.

zuständigkeiten» voor, om deze gemeenschappelijke aard te benadrukken ³⁷⁶. Daarnaast staan de «stillschweigend-evident (mit) geschriebenen Bundeszuständigkeiten», ter aanduiding van de specifieke rechtsvindings technieken waarmee de bevoegdheden «uit de aard van de zaak» («kraft Natur der Sache») worden gewonnen. Bedoeld worden de analogiserende in ruime zin en de gevolgtrekkingen uit de aan de Grondwet ten grondslag liggende structuurbeginselen («verfassungsgestaltende Grundentscheidungen») ³⁷⁷.

Volgens de heersende mening gaat het ook hier om bevoegdheden die door uitlegging in de ruimste zin uit de concrete Grondwet worden gewonnen, en niet om werkelijk ongeschreven, meta-positief recht ³⁷⁸ Stilzwijgende bevoegdheden als gevolgtrekkingen uit «aan de Grondwet ten grondslag liggende structuurbeginselen» zijn het resultaat van een analogieredenering in ruime zin. Hieronder kan men trouwens alle typologisch denken samenvatten ³⁷⁹. Onder «verfassungsgestaltende Grundentscheidungen» verstaat men «die auf einer Entscheidung des Staatsträgers (in der Demokratie: des Volkes) beruhenden (politischen) Gestaltungsprinzipien des staatlichen Lebens, die Art und Form der konkreten staatlichen Existenz bestimmen» ³⁸⁰. In tegenstelling met de algemene rechtsbeginselen berusten ze op veranderlijke politieke basisopties. Ze houden in het bijzonder verband met de verhouding tot de andere Staten, met de staatsstructuren en met de regeringsvorm. Ze kunnen uitdrukkelijk geformuleerd zijn, als programmatorische bepalingen, of als immanente grondwettelijke beginselen aan de

³⁷⁶ KUCHENHOFF, E., *o.c.*, *A.ö.R.*, Bd. 82, 1957, 451, en, *o.c.*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, 619.

³⁷⁷ KUCHENHOFF, E., o.c., *A.ö.R.*, Bd. 82, 1957, 451-473; hiervan enigszins afwijkend: *id.*, o.c., *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, 618 e.v.

378 ACHTERBERG, N., o.c., 67 e.v.; BULLINGER, M., *Die Mineralölföhrnleitungen. Gesetzeslage und Gesetzgebungskompetenz. Mit einem Gesetzesentwurf*, Stuttgart, 1962, 71 e.v.; *id.*, *Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat*, A.ö.R., Bd. 96, 1971, (237), 270; HANGARTNER, Y., o.c., 78 e.v.; KUCHENHOFF, E., o.c., A.ö.R., Bd. 82, 1957, 473 e.v.; *id.*, o.c., *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1961, 617-618; SCHRAMM, Th., *Staatsrecht*, Bd. 1 (Parlamentarische Demokratie- Bundesstaat- Sozialer Rechtsstaat), München, 1971, 160; VON MANGOLDT, F., *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. II, 1966, Berlin, Frankfurt a.M., 1391, 1398-1400; uiterst terughoudend, in het licht van de artikelen 30 en 70 G.G.: MAUNZ, Th., ZIPPELIUS, R., o.c., München, 1983, 266: *de Natur der Sache* komt, als louter uitleggingsmiddel, slechts zeer uitzonderlijk in aanmerking; in het algemeen is het overbodig. Zie ook FORSTHOFF, E., *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, 2, Halbbd., München, 1953, 319 e.v., geciteerd door BULLINGER, M., «Die Mineralölföhrnleitungen», 72, die ongeschreven federale bevoegdheden «uit de aard van de zaak» uitsluit met verwijzing naar de Grondwet als een gesloten normensysteem.

³⁷⁹ HANGARTNER, Y., o.c., 82, met verwijzing naar LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlijn-Heidelberg-New York, 1969, 2e uitg., 359. Zie trouwens de duiding door TRIEPEL van de bevoegdheden «uit de aard van de zaak» als toepassing van de analogeredenering (TRIEPEL, H., o.c., 271).

³⁸⁰ WOLFF, H.J., *Verwaltungsrecht I*, Ein Studienbuch, München, 1968, 7e uitg., 112, geciteerd door HANGARTNER, Y., o.c., 81; WOLFF, H.-J., «Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen», in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, 48 e.v.

grondwettelijke instellingen ten grondslag liggen³⁸¹. Men kan de keuze voor een federale opbouw van de Staat als een dergelijk structuurbeginsel aanwijzen. Men mag hier echter niet uit het oog verliezen dat er geen a-prioristisch bondsstaatsbegrip bestaat, waaruit dan bepaalde federale bevoegdheden «uit de aard van de zaak» zouden voortvloeien. De concrete bevoegdheidsverdeling is niet gebonden aan vooraf gegeven staatsrechtelijke types, zoals de statenbond, de bondsstaat en de gecentraliseerde eenheidsstaat. In die zin bestaat er voor de concrete bevoegdheidsverdeling geen «Typenzwang»³⁸². De *Natur der Sache* leidt er daarentegen toe, als louter uitleggingsmiddel, het specifieke, geconcretiseerde federaal structuurbeginsel tot uitgangspunt te nemen «und von daher in vorsichtigem, sachgerechtem Weiterdenken Folgerungen für solche Fragen zu ziehen, die im Verfassungstext nicht besonders bedacht sind»³⁸³.

§ 2. Uitdrukkelijke en stilzwijgende bevoegdheidsbeperkingen en de federale getrouwheid

59. Het getrouwheidsbeginsel gesitueerd in het raam van de bevoegdheidsuitlegging, wordt voornamelijk uitgewerkt als beperking die de uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheden ondergaan. Op dezelfde wijze als uiteenlopende «soorten» bevoegdheden kunnen, afhankelijk van de toegepaste uitleggingstechniek, insgelijks uitdrukkelijke en stilzwijgende beperkingen op de bevoegdheden worden onderscheiden. De stilzwijgende bevoegdheidsbeperkingen worden dan vastgesteld middels uitleggingstechnieken die verder reiken dan de logisch-filologische uitlegging. Analoot met de stilzwijgend toegekende bevoegdheden kunnen aldus de stilzwijgende (federale) bevoegdheidsbeperkingen «krachtens materiële samenhang» worden onderscheiden van de stilzwijgend (federale) bevoegdheidsbeperkingen «uit de aard van de zaak».

60. Het verband met het federaal getrouwheidsbeginsel betreft in het bijzonder de bevoegdheidsbeperkingen «uit de aard van de zaak». Een dergelijke beperkende uitlegging van bevoegdheidsbepalingen geschiedt niet op grond van bepaalde grondwettelijke bepalingen, maar op grond van de voormelde basisopties die aan de algehele grondwettelijke ordening ten grondslag liggen (de «verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen»). Wat de Zwitserse federale ordening betreft verwijst Y. HANGARTNER bijvoorbeeld naar artikel 8 BV waardoor de federale overheid bevoegd is om verdragen af te sluiten³⁸⁴. Hieruit kan evenwel niet de bevoegdheid van de federale overheid worden afgeleid om door middel van verdragen de basisstructuur van het Zwitserse grondwettelijk recht, met inbegrip van de bevoegdheidsverdeling tussen

federatie en kantons, wezenlijk te veranderen. Aan de differentiëring, eigen aan een federale staatsstructuur, kan niet de betekenis worden toegeschreven dat de bond en de deelgebieden totaal onafhankelijk en los van elkaar optreden. Ze dienen elkaar veeleer in hun respectieve activiteitsfeer aan te vullen. Ze dienen in het algemeen hun bevoegdheidsuitoefening in te bedden in de federale staatsstructuur.

61. We verwijzen in dit verband insgelijks naar de erkenning in het Amerikaanse grondwettelijk recht van de figuur van de zgn. «implied limitations» op de aan de federale overheid uitdrukkelijk toegekende bevoegdheden. Deze impliciete beperkingen gelden als tegenhanger van de meer bekende figuur van de «implied powers»³⁸⁵. Het leerstuk van de «implied powers» moet onmiskenbaar worden gesitueerd in het raam van de uitlegging van bevoegdheden. Naar gelang van de gehanteerde methode van rechtsvinding, kan men overigens, afgezien van de eigenlijke «implied powers», nog melding maken van zgn. «resulting» en «inherent powers»³⁸⁶.

De Amerikaanse Grondwet bevat slechts weinig uitdrukkelijke beperkingen op de opgesomde bevoegdheden van het Congres ten voordele van de staten. Het relatief gebrek aan «states' right limitations» kan worden verklaard op grond van de ontstaansgeschiedenis van de Grondwet. De zorg van de grondwetgever betrof vooral de omschrijving van de omvang van de federale bevoegdheden en van de grondrechten als bescherming van het individu tegen de federale en statelijke gezagsuitoefening. Dit neemt nochtans niet weg dat bij de uitlegging van de draagwijdte van de federale bevoegdheden ook rekening moet worden gehouden met zgn. «structural assumptions and tacit postulates of the Constitution as a whole»³⁸⁷ ter vrijwaring van het bestaan van de staten als relatief onafhankelijke beleidscentra. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het Supreme Court reeds geruime tijd afstand heeft genomen van de «dual federalism»-opvatting van de verhouding tussen de Unie en de deelstaten, waarbij de erkenning van gereserveerde kernen van stedelijke soevereiniteit fungeert als interne begrenzing van de federale bevoegdheidsfeer³⁸⁸.

³⁸⁵ Zie HANGARTNER, Y., o.c., 87 e.v.; KRUSE, H., «Implied powers and implied limitations», *Archiv des Völkerrechts*, 1953, 169-18.

³⁸⁶ Zie PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsuitlegging en bevoegdheidsverdeling na de tweede Belgische Staatshervorming*, o.c., II, i.h.b. 487 e.v.; CEREXHE, G., *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1989, 32 e.v. Zie eveneens RIMANQUE, K., GIJSSELS, J., PEETERS, P., «Stilzwijgend toegekende bevoegdheden», *T.B.P.*, 1980, 227 e.v.

³⁸⁷ TRIBE, L., *American constitutional law*, The Foundation Press Inc., 1988, 2e uitg., 279, met verwijzing naar rechter Rehnquist in *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410, 433 (1979).

³⁸⁸ LENAERTS, K., *Constitutie en rechter. De rechtspraak van het Amerikaanse Opperste Gerechtshof, het Europese Hof van Justitie en het Europees Hof voor de rechten van de mens*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 111 e.v.; PEETERS, P., o.c., I, 290 e.v.; TRIBE, L., o.c., 387.

³⁸¹ SCHÄFFER, H., *Verfassungsinterpretation in Österreich, Eine kritische Bestandsaufnahme*, Wenen-New York, 1971, 69-70, met verwijzing, wat de terminologie betreft, naar MERKL, A., «Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 8, 1934, 243.

³⁸² BULLINGER, M., *Die Mineralölföhrnleitungen*, 73 e.v., en «Unbeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat», o.c., 269-270; HANGARTNER, Y., o.c., 80.

³⁸³ BULLINGER, M., «Die Mineralölföhrnleitungen», 74, met verwijzing naar WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, 252, en STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957, 27, 29, 30 e.v.)

³⁸⁴ HANGARTNER, Y., o.c., 87 e.v.

III. Aspecten van het federaal getrouwheidsbeginsel in het Belgisch federaal grondwettelijk recht – Uitleggingsvraagstuk en rechtsbeginselen

§1. Algemene beschouwingen

62. We merken in het voorwoord reeds op dat naar ons weten noch in de jurisprudentie van de Raad van State, noch in die van het Arbitragehof tot op heden expliciet toepassing is gemaakt van een algemeen federaal getrouwheidsbeginsel. Uit het beknopt rechtsvergelijkend deel van dit preadvies blijkt dat er trouwens geen reden is om te besluiten tot het bestaan van een dergelijk algemeen beginsel als inherent aan een federale staat.

De toepassing van het «Bundestreue»-beginsel in de rechtspraak van het Duits federaal grondwettelijk hof blijkt integendeel historisch te wortelen in de rechtsleer van het Duitse Keizerrijk.

63. De ontstentenis van toepassing van een algemeen federaal getrouwheidsbeginsel in het Belgisch federaal grondwettelijk recht impliceert evenwel niet dat geen analoge technieken worden gehanteerd. Dit mag geen verwondering wekken. De affirmatie van wederzijds exclusieve bevoegdheids-sferen van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, noch de hiërarchische nevenschikking van de normen die uitgaan van de respectieve wetgevers, noch de principiële verticaliteit van de bevoegdheidsverdeling konden bewerkstelligen dat Staat, gemeenschappen en gewesten volkomen los van elkaar zouden kunnen functioneren zonder met elkaars bestaan rekening te houden. Zoals in elke andere federale staat, moet ook in België worden gewezen op de realiteit van de interdependentie van de respectieve beleidsniveaus en van de wederzijdse beïnvloeding bij de beleidsuitoefening³⁸⁹. We stellen vast dat de bevoegdheidspraktijk van het Arbitragehof en van de Raad van State zich wel degelijk van die realiteit van samenhang tussen de samenstellende delen van de federale staat rekenschap geeft.

§ 2. De autonomie versus de samenwerking tussen de nationale overheid, de gemeenschappen en de gewesten

64. De problematiek van de samenwerking, afgewogen tegenover het algemeen autonomiestatuut van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, kwam tot nu toe voornamelijk aan bod in de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State³⁹⁰. De afwezigheid die na de

tweede staatshervorming in vele gevallen moest worden vastgesteld van een uitdrukkelijke regeling van de samenwerking, belette de Raad van State niet om, gelet op de samenhang tussen de respectieve beleidssferen, de wenselijkheid van een dergelijke samenwerking en overleg te onderstrepen: «dat zelfs indien zulks niet uitdrukkelijk wordt voorgeschreven door de bijzondere wet, telkens de uitvoering van een wet raakpunten heeft met een aangelegenheid waarvoor het Gewest of de Gemeenschap bevoegd is, de *redelijkheid en de wederzijdse eerbied voor elkaars bevoegdheden in werkelijkheid (zal) nopen tot een onderling overleg tussen de betrokken overheden*»³⁹¹.

65. De vraag rijst dan uiteraard naar de mogelijkheden om een dergelijke samenwerking van de andere overheid af te dwingen, inzonderheid bij ontstentenis van uitdrukkelijke grondwettelijke of wettelijke bepalingen die dergelijke samenwerking opleggen³⁹². De Raad van State nam ter zake een zeer restrictief standpunt in, dit gelet op de autonomie van de gemeenschappen en de gewesten die ten grondslag wordt bevonden van de institutionele hervormingen van 1980. Slechts zeer marginaal werd, op het niveau van de *uitvoering van beleidsmaatregelen*, aanvaard dat bijvoorbeeld de gewesten en de gemeenschappen verplicht konden worden om aan het Nationaal Instituut voor de Statistiek mededeling te doen van hun beslissingen ten einde ze statistisch te kunnen verwerken³⁹³. Ten aanzien van die mogelijkheid om een andere overheid te verplichten, werd benadrukt dat zulks maar kan worden aanvaard in het licht van de coördinerende taak van het N.I.S. en dat de «noodzakelijke nationale coördinatie (...) de autonomie niet aantast»³⁹⁴.

66. Een interessant voorbeeld van de samenwerkingsproblematiek op het *normatieve vlak* vinden we in het advies van de Raad van State van 6 maart 1989 inzake een voorstel van wet «tot wijziging van de wet van 1 juli 1954 op de

ANDERSEN, R., e.a. *La Cour d'arbitrage. Actualités et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 240.

³⁸⁹ ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel. Over de samenwerking tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten na de derde Staatshervorming», *T.B.P.*, 1989 (speciaal nummer), 112. Deze vaststelling van wederzijdse afhankelijkheid van beleidssferen kan specifiek met betrekking tot de bevoegdheidsproblematiek zowel worden aangetoond op grond van een analyse van de wijze van bevoegdheidsomschrijving, eerste deel van de bevoegdheidsanalyse, als door een analyse van het proces van bevoegdheidsrechtelijke kwalificatie van concrete rechtsvoorschriften; zie hierover uitgebreid PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming*, o.c., II, 311 e.v.

³⁹⁰ ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *loc. cit.*, 110 e.v.; JADOT, B., «La jurisprudence de la Cour d'arbitrage et le système constitutionnel», in

³⁹¹ Advies R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, 17 juni 1981, inzake een wetsontwerp «betreffende de bescherming en het welzijn der dieren», *Gedr. St., Senaat*, 1982-83, nr. 469/1, 31 e.v. (door ons gecursiveerd). Zie eveneens advies R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, L. 14.006/1, 13 mei 1981, inzake een voorstel van decreet «houdende erkenning van vrije radio's»; advies R.v.St., afd. wetg., ver. kamer, L. 14.167/VR, 10 juni 1981, inzake een ontwerp van wet «betreffende het uitzenden van handelspubliciteit door de Instituten belast met de openbare radio- en televisiedienst»; advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 30 juni 1983, inzake een ontwerp van dierengezondheidswet, *Gedr. St., Senaat*, 1985-86, nr. 194/1; advies R.v.St., afd. wetg., tweede kamer, 20 juni 1985, inzake amendementen bij artikel 1 van het ontwerp van wet «houdende fiscale en andere bepalingen», *Gedr. St., Senaat*, 1984-85, nr. 873/31.

³⁹² Zie hierover meer uitgebreid ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *loc. cit.*, 110 e.v.

³⁹³ Advies R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, 30 mei 1985, inzake een wetsvoorstel «strekking tot coördinatie van de statistische en andere vragenlijsten gestuurd door allerlei overheidsdiensten aan de bedrijven», *Gedr. St., Kamer*, 1983-84, nr. 801/3.

³⁹⁴ Zie eveneens advies R.v.St., afd. wetg., ver. kamers, 9 mei 1984, *Gedr. St., Senaat*, 1984-85, nr. 757/1, 149; advies R.v.St., afd. wetg., ver. kamer, 7 november 1984, inzake een ontwerp van decreet «sur les mines et carrières», *Doc. Cons. Rég. W.*, 1984-85, nr. 165/1, 24.

riviervisserij»³⁹⁵. De vraag rees in het bijzonder betreffende de bevoegdheid van de gewesten tot aanpassing van de regeling inzake de verbeurdverklaring van vistuigen in de wet van 1 juli 1954 op de riviervisserij. Krachtens artikel 6, § 1, III, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is de bevoegdheid inzake de riviervisserij een gewestelijke materie. Daarenboven is overeenkomstig artikel 11 van dezelfde bijzondere wet het gewest bevoegd de niet-naleving van de voorschriften voor riviervisserij strafbaar te stellen en «de straffen wegens de niet-naleving (te)bepalen overeenkomstig boek I van het Strafwetboek, met uitzondering van de criminele straffen bepaald in artikel 7 van dat wetboek».

Artikel 43 van het Strafwetboek regelt de verbeurdverklaring anders naargelang het misdrijf een wanbedrijf of een overtreding is. Krachtens artikel 43, eerste lid, is de rechter verplicht de verbeurdverklaring uit te spreken telkens als hij veroordeelt wegens een wanbedrijf, terwijl hij krachtens het tweede lid in geval van een overtreding de verbeurdverklaring slechts mag uitspreken in de gevallen bij de wet bepaald. De wetgever heeft aldus steeds de mogelijkheid om ofwel, in geval van een wanbedrijf, de verbeurdverklaring uit te sluiten, ofwel, in geval van een overtreding, ze op te leggen. De grondslag hiervan is evenwel verschillend. In geval van het wanbedrijf is dit artikel 100 Sw. dat toestaat af te wijken van artikel 43, eerste lid; bij een overtreding is dit de machtiging vervat in artikel 43, tweede lid.

De rechtspraak van het Arbitragehof dat de gemeenschappen en de gewesten verbiedt een beroep te doen op artikel 100 Sw., ook al is die bepaling ondergebracht in Boek I van het Strafwetboek³⁹⁶ leidt tot het volgende resultaat. De decreetgever wordt elke mogelijkheid ontnomen om de verbeurdverklaring uit te sluiten wanneer hij de naleving van de bepalingen strafbaar stelt als wanbedrijf; alleen de nationale overheid is hiertoe bevoegd. Enkel in het geval dat zij een overtreding invoeren, kan hij de verbeurdverklaring opleggen daar hij dan slechts een bevoegdheid uitoefent die artikel 43, tweede lid, Sw. hem verleent. Deze regeling heeft bijgevolg tot gevolg dat de rechter eventueel een verbeurdverklaring zal moeten uitspreken op grond van artikel 43, eerste lid, Sw. hoewel die misschien noch door de nationale wetgever, noch door de decreetgever noodzakelijk wordt geacht. De verbeurdverklaring zou derhalve het gevolg kunnen zijn van het gedwongen stilzitten van de decreetgever terwijl de nationale wetgever misschien niet eens op de hoogte is. De Raad van State kan tegenover die «paradoxale situatie» dat de overheid die bevoegd is om de hoofdstraf te bepalen, niet de bijkomende straf kan regelen, alleen «maar hopen dat de nationale wetgever zijn prerogatieven in nauwe samenwerking met de decreetgever zal uitoefenen». De Raad maakt ten aanzien van die noodzakelijke bemoeiing van de nationale wetgever twee opmerkingen. Ten eerste dat die nationale wetgever rechtens «uiteraard niet gebonden is door de wensen die in een andere wetgevende vergadering kenbaar zouden zijn gemaakt». Ten tweede dat het autonomiebeginsel als grondbeginsel van de institutionele hervor-

ming geen andere uitzondering gedooft dan die waarin de Grondwet of een bijzondere wet uitdrukkelijk voorziet. De Raad van State ziet als enig mogelijke oplossing de wijziging van artikel 11 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen. Bij ontstentenis van erkenning van een algemeen rechtsbeginsel van federale getrouwheid, ziet men immers niet in op welke wijze men bij ontstentenis van enige expliciete grondwets- of wetbepaling die een dergelijke samenwerking oplegt, een in rechte afdwingbare verplichting kan construeren van de nationale wetgever om aanvullend normatief op te treden. Daarenboven kan nog in herinnering worden gebracht dat het federaal constitutioneel hof van de Duitse Bondsrepubliek vooral sedert het Televisie-arrest de nadruk legt op het accessoir karakter van het getrouwheidsbeginsel.

67. In het algemeen rijst aldus het probleem van de wijze waarop het bij hypothese onrechtmatig in gebreke blijven om positieve handelingen te stellen, kan worden gesanctioneerd. We herinneren aan de discussie in de derde staatshervorming nopens de gevolgen van het uitblijven van een verplicht samenwerkingsakkoord voorzien bij artikel 92bis van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen. Het betreft enerzijds de akkoorden die «in ieder geval» door de gewesten moeten worden gesloten (§ 2) en anderzijds de samenwerkingsakkoorden die «in ieder geval» door de bevoegde nationale overheid en de Gewesten moeten worden gesloten «voor het onderhoud, de exploitatie en de ontwikkeling van de telecommunicatie- en telecontrole-netwerken die, in verband met het verkeer en de veiligheid, de grenzen van een Gewest overschrijden» (§ 3) en de samenwerkingsakkoorden «voor de regeling van de aangelegenheden die betrekking hebben op de Zeevaartschool te Oostende en te Antwerpen en het internaat ervan» (§ 4). Bij de voorbereiding van de bijzondere financieringswet is daarbij de mogelijkheid overwogen ook de afwezigheid van dergelijke akkoorden te sanctioneren via een nationaal evocatierecht volgens een te bepalen jurisdictioneel toezicht door het Arbitragehof³⁹⁷. Vooruitlopend op de problematiek van de beperkingen die de bevoegdheidsuitoefening ondergaat, kan anderdeels worden gewezen op de algemene problematiek van de verhouding tussen die samenwerkingsakkoorden en de juridische orde van de contracterende overheden. We denken hierbij in het bijzonder aan de hypothese dat na de totstandkoming van een samenwerkingsakkoord dat bij wetgevende akte is goedgekeurd, een wetgevende norm wordt uitgevaardigd die onverenigbaar zou blijken met de bepalingen van het akkoord³⁹⁸. Noch de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, noch de parlementaire voorbereiding voorziet in een oplossing voor dit type van conflicten. In andere federale staten passen de federale rechtscolleges de regels van het internationaal recht suppletief toe om de lacunes in het in-

³⁹⁷ ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *o.c.*, 133-134 e.v.

³⁹⁸ ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *o.c.*, 135-136; ALEN, A., *De samenwerking tussen de federale staat en de deelstaten*, voordracht op de Constitutionele Studiedag België-Duitse Bondsrepubliek, 14 november 1989, 20.

³⁹⁵ Advies R.v.St., afd. wetg., negende kamer, 6 maart 1989, inzake een voorstel van wet «tot wijziging van de wet van 1 juli 1954 op de riviervisserij», *Gedr. St., Kamer*, 1988-89, nr. 411/2.

³⁹⁶ Arbitragehof, rol.nr. 36, arrest nr. 44, 23 december 1987, *B.S.*, 27 januari 1988.

terne recht op te vullen³⁹⁹. Dit kan leiden tot het besluit van de voorrang van het samenwerkingsakkoord naar analogie met de voorrang van het internationaal verdragrecht. In de rechtspraak van het Duitse federaal administratief hof wordt daarenboven teruggegrepen naar het Bundestreue-beginsel als grondslag voor verplichtingen ten aanzien van de andere contracterende partijen⁴⁰⁰.

§ 3. Beperkingen gesteld aan de bevoegdheidsuitoefening van Staat, gemeenschappen en gewesten

68. Zowel de jurisprudentie van de Raad van State als die van het Arbitragehof stellen beperkingen vast aan de bevoegdheidsuitoefening van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten. Dit geschiedt op uiteenlopende wijze: enerzijds door toepassing van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, anderdeels vanuit een uitdrukkelijke rechtsteleologische toetsing van de concrete bevoegdheidsuitoefening aan de implicaties van het samengaan van meerdere nevenge-schikte overheden in een federaal staatsverband.

a. De toetsing van de bevoegdheidsuitoefening aan het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel

69. In de adviespraktijk van de Raad van State treffen we talrijke voorbeelden aan van toetsing door de afdeling wetgeving van een bevoegdheidsuitoefening aan het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel⁴⁰¹ «... geen enkele van de

³⁹⁹ ERGEC, R., «Le droit international et les conflits au sein de l'Etat fédéral», *Revue de droit international et de droit comparé*, 1987, 347.

⁴⁰⁰ ERGEC, R., o.c., 347, met verwijzing naar BVerwG 9 juli 1976, *N.J.W.*, 1977, 66, betreffende de strijdigheid van een Lands-wet houdende instemming met een samenwerkingsakkoord afgesloten tussen Mänder, met grondwettelijke bepalingen van het desbe-treffende Land.

⁴⁰¹ Advies R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, 17 juni 1981, inzake een ontwerp van wet «betreffende de bescherming en het welzijn der dieren», *Gedr. St., Senaat*, 1982-83, nr. 469/1, 31: «De Koning mag van de hem in het ontwerp toegekende machtiging niet een zodanig gebruik maken dat voor de uitoefening van de gewestelijke bevoegdheid, of eventueel van de gemeenschapsbevoegdheid, geen ruimte meer zou overblijven»; advies R.v.St., afd. wetg., ver. kamers en negende kamer, 3 mei 1983, inzake een ontwerp van besluit van de Waalse Gewestexecutieve «portant interdiction de l'emploi d'her-bicides sur le domaine public», *B.S.*, 17 februari 1984; advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 23 juni 1983, inzake een ontwerp van dierengezondheidswet, *Gedr. st., Senaat*, 1985-86, nr. 194/1, 19 e.v.; advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 23 juni 1983, inzake een ontwerp van decreet «houdende regeling van de milieuef-fectrapportering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1981-82, nr. 139/2, 4; advies R.v.St., afd. wetg., tweede kamer, 22 maart 1984, inzake een ont-werp van besluit van de Vlaamse Executieve «houdende maatreg-e-len inzake natuurbehoud op de bermen beheerd door publiekrechtelijke rechtspersonen», *B.S.*, 2 oktober 1984; advies R.v.St., afd. wetg., negende kamer, 14 mei 1984, inzake een ontwerp van decreet «relatif aux déchets», *Doc. Cons. Rég. Wal.*, 1983-84, nr. 113/1; advies R.v.St., afd. wetg., tweede kamer, 12 juli 1985, inzake amen-dementen op het wetsontwerp betreffende de radiodistributie- en de teledistributienetten en betreffende de handelspubliciteit op radio en televisie, inzonderheid inzake het amendement DE BEUL op artikel 10 van het ontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1222/23, 2. Zie PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegd-*

Rijks-, Gemeenschaps- of Gewestoverheden mag bij het voe-ren van het beleid dat haar is toevertrouwd, zonder dat daar-toe een minimum van redelijke gronden voorhanden is, zo verregaande maatregelen treffen dat een andere overheid het buitenmate moeilijk krijgt om het beleid dat haar is toever-trouwd doelmatig te voeren»⁴⁰². Volgens de bewoordingen van de Raad van State gaat het om de toepassing van «een algemeen rechtsbeginsel (...) dat in de onderlinge verhoudin-gen tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, gel-ding heeft, te weten het proportionaliteitsbeginsel». De Raad verduidelijkt daarbij dat dit beginsel zelf slechts een specificering is van het redelijkheidsbeginsel dat gelding heeft telkens wanneer een overheid, welke ook, over een dis-cretionaire bevoegdheid beschikt. Als dusdanig vindt het ook toepassing buiten het nationale recht. De Raad van Sta-te verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en van het Europees Hof voor de rechten van de mens. Het redelijkheidsbeginsel geldt per definitie ongeacht of het in de aangelegenheid regelende tekst al dan niet bekrachtigd is⁴⁰³.

70. Het redelijkheidsbeginsel is een rechtsbeginsel. De beoordeling van de redelijkheid door de bevoegde overheid bindt de rechter niet⁴⁰⁴. Het wordt als onderdeel van het bevoegdheidsonderzoek nadrukkelijk door de Raad gesitueerd in het marginaal toetsingsrecht van de rechter. Geconfron-teerd met de vaststelling dat bepaalde aangelegenheden raakpunten kunnen vertonen met de bevoegdheids-sfeer van meerdere overheden, stelt de Raad van State de noodzaak voorop van «een scherpe juridische controle op de interne legaliteit (rechtmatigheid naar motieven en doel) van de han-delingen, particuliere en normatieve, der onderscheiden overheden (...), controle die als uiterste maatregel de toepas-sing van het redelijkheidsbeginsel (marginale toetsing) zal omvatten»⁴⁰⁵. Enkel in zeer marginale gevallen zal men Staat, gemeenschap of gewest kunnen verhinderen maatre-

heidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming, o.c., II, 566 e.v.; ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöpe-ratief federaal staatsmodel», *loc. cit.*, 112; DE HEMPTINNE, M., WYTINCK, P., «De bevoegdheidsverdeling na de Staatshervorming van 1980», *Jur. Fal.*, 1986-87, nr. 4, 478 e.v.; JADOT, B., «L'Etat, la Région et la protection de l'environnement», in BOCKEN, H. (red.), *De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake leefmilieu*, Story-Scientia, Brussel, 1986, 116 e.v.

⁴⁰² Advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 22 maart 1984, in-zake een ontwerp van besluit van de Vlaamse Executieve «houdende maatregelen inzake natuurbehoud op de bermen beheerd door pu-bliekrechtelijke rechtspersonen», *B.S.*, 2 oktober 1984; advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 23 juni 1983, inzake een ontwerp van dierengezondheidswet, *Gedr. St., Senaat*, 1985-86, nr. 194/1, 19 e.v.

⁴⁰³ Zie ook algemeen deel, nrs. 21 en 32.

⁴⁰⁴ Advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 23 juni 1983, in-zake een ontwerp van decreet «houdende regeling van de milieuef-fectrapportering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1981-82, nr. 139/2, 5. Vgl. bo-ven, algemeen deel, nr. 26.

⁴⁰⁵ Advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 23 juni 1983, in-zake een ontwerp van dierengezondheidswet, *Gedr. St., Senaat*, 1985-86, nr. 194/1, 19 e.v. Vgl. boven, algemeen deel, nr. 30.

gelen uit te vaardigen die de bevoegdheidsuitoefening door de andere overheden belemmeren ⁴⁰⁶.

71. Ook het Arbitragehof heeft reeds in het raam van de bevoegdheidscontrole ⁴⁰⁷ uitdrukkelijk toepassing gemaakt van het evenredigheidsbeginsel ⁴⁰⁸. Het Hof leek weliswaar reeds verder te willen gaan in de toetsing van de discretionaire bevoegdheidsuitoefening in het arrest van 22 oktober 1986. Het stelde vast «dat iedere wetgever (...) van oordeel (kan) zijn aan een schuldvordering die voortvloeit uit bepalingen die hij heeft uitgevaardigd ter regeling van een hem toegekende aangelegenheid, een voorrecht of een hypotheek te moeten verbinden. Vermits die voorrechten evenwel moeten kunnen worden ingepast in een zelfde rangorde vloeit voort dat elke wetgever bij het vaststellen van de rang van het voorrecht dat hij instelt, het belang dat hij door het instellen van het voorrecht beoogt te beschermen, dient af te wegen ten aanzien van de andere belangen die door voorrechten ingesteld door andere wetgevers worden beschermd. Die evenredigheid is in dit bijzonder geval een element van de bevoegdheid van de handelende wetgever». Het Arbitragehof behoudt zich het recht voor uit te maken of de rang die een wetgever heeft toegekend aan een voorrecht, voldoet aan die eis van evenredigheid ⁴⁰⁹. J. Velaers merkt terecht op dat het Hof in dit geval slechts van het evenredigheidsbeginsel gebruik kon maken omdat de decreetsbepaling precies de overname betrof van een nationaal voorrecht met behoud van de nationale rang. Een natuurlijke rangorde van belangen, waaraan een natuurlijke rangorde van voorrechten correspondeert, bestaat niet. Het Arbitragehof kon slechts een toezicht uitoefenen op de naleving van het evenredigheidsvereiste doordat het voor de invulling ervan uitging van de belangenafweging *illo tempore* door de nationale wetgever ⁴¹⁰.

In een arrest van 24 mei 1988 stelt het Hof zich daaren- tegen terughoudender op: «In elk geval mag het Gewest stedenbouw en ruimtelijke ordening niet opvatten op een zodanige wijze dat het voor de Staat niet doenbaar zou zijn om

een doeltreffend beleid te voeren in de aangelegenheden die tot zijn bevoegdheid behoren» ⁴¹¹.

b. Rechtsteleologische uitlegging en bevoegdheidsbeperkingen

72. Afgezien van de praktijk waarbij middels toetsing aan het algemeen redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel wordt besloten tot beperking aan de bevoegdheidsuitoefening, kan ten slotte worden gewezen op de zgn. «stilzwijgende» bevoegdheidsbeperking als resultante van een uitlegging van bevoegdheidsbepalingen in hun «contextueel-teleologische» context ⁴¹² zijnde de basisopties die aan de totale grondwettelijke ordening ten grondslag liggen.

73. We vermelden reeds het advies van de Raad van State van 30 juni 1983 inzake de dierengezondheidswet bij de uiteenzetting van de toepassing van het redelijkheidsbeginsel in de bevoegdheidspraktijk. De Raad onderzoekt in dit advies daarenboven de hypothese van een onverenigbaarheid tussen normen uitgaande van verschillende wetgevers terwijl de respectieve wetgevers ieder binnen de perken van hun bevoegdheid zijn gebleven, ook na de toetsing aan het rede-

⁴⁰⁶ JADOT, B., «L'Etat, la Région et la protection de l'environnement», in BOCKEN, H. (red.), *De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake leefmilieu*, Story-Scientia, Brussel, 1986, 118.

⁴⁰⁷ Over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het kader van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel; zie boven, algemeen deel, nr. 33; LAGASSE, D., «La loi-programme du 30 décembre 1988 imposait-elle aux laboratoires non hospitaliers de biologie clinique des conditions d'exploitation discriminatoires par rapport aux laboratoires hospitaliers?», noot onder Arbitragehof, 13 oktober 1989, *J.T.*, 1990, 7 e.v.

⁴⁰⁸ PEETERS, P., *o.c.*, II, 572 e.v.; ALEN, A., «De bevoegdheidsverdeling tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten – Enkele algemene bedenkingen na de derde staatsvorming», *T.B.P.*, 1989, 145; ALEN, A., PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel, *loc. cit.*, 112; JADOT, B., *o.c.*, 240; VAN HAEGENDOREN, G., «Een 'bijzondere' onschendbaarheid van de wet», *R.W.*, 1989-90, 429.

⁴⁰⁹ Arbitragehof, rolno. 22 – arrest nr. 27, 22 oktober 1986, *B.S.*, 13 november 1986.

⁴¹⁰ VELAERS, J., «De (impliciete?) bevoegdheid van de gewesten om voorrechten en 'decretaal' hypotheek te creëren», noot onder Arbitragehof, 22 oktober 1986, *T.B.P.*, 1987, 327-328.

⁴¹¹ Arbitragehof, rolno. 47-arrest nr. 54, 24 mei 1988, *B.S.*, 11 juni 1988. De verwijzing door G. VAN HAEGENDOREN (*o.c.*, *loc. cit.*, 429, voetnoot 75) naar het arrest van 31 mei 1989, nr. 12/89, als voorbeeld van toepassing van het redelijkheidsbeginsel is o.i. betwistbaar. De vaststelling van het Hof dat de Executieve bij de uitvaardiging van bijzondere regels het gebruik van voortplaatsen voor afvalstoffen afkomstig uit de andere Gewesten niet op volstrekte en algemene wijze onmogelijk mag maken, houdt o.i. immers eerder verband met de toetsing aan de implicaties van de E.M.U. Anderdeels is het duidelijk dat de verplichting tot inachtneming van het evenredigheidsbeginsel ook geldt voor de uitvoering van een algemene wettelijke of decretaal machtiging. Wanneer bijvoorbeeld het Arbitragehof vaststelt dat noch artikel 1 van de wet van 18 februari 1977 «houdende de bepalingen betreffende de openbare Radio- en Televisiedienst», noch artikel 2 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 12 december 1977 «houdende het statuut van de R.T.B.F.», gelet op de algemeenheid van de bewoordingen, een bevoegdheidsschending inhoudt, zal een bevoegdheidsconforme uitvoering ervan in ieder geval het redelijkheidsbeginsel in acht moeten nemen. Zo zal de Koning die door artikel 1 van de wet van 18 februari 1977 wordt gemachtigd om de vorm, de modaliteiten en de voorwaarden van de regeringsmededeling te bepalen, niet op «onredelijke» wijze de gemeenschapsbevoegdheid m.b.t. de vaststelling van het programma van de uitzendingen mogen doorkruisen: PEETERS, P., *o.c.*, 567, Vgl, wel Arbitragehof, rolno. 34-arrest nr. 40, 15 oktober 1987, *B.S.*, 30 augustus 1985, ov. 2.B.3: «door in algemene termen te stellen dat geen serviceflatgebouw, (...) mag worden geëxploiteerd dan met inachtneming van de door de Executieve bepaalde normen inzake veiligheid, schendt artikel 14, tweede lid, 6°, de (bevoegdheidsregels) in de mate dat de Executieve een onbegrensde delegatie wordt gegeven tot het vaststellen van veiligheidsnormen voor bedoelde bejaardenvoorzieningen». Kritisch hierover gelet op de techniek van de grondwetsconforme uitlegging: VANDE LANOTTE, J., «Brandpreventie of conflictpreventie? Commentaar bij het arrest nr. 40 van het Arbitragehof», *R.W.*, 1987-88, 1015; id., Bevoegdheidsverdeling inzake brandveiligheid», noot onder Arbitragehof, 10 maart 1988, *R.W.*, 1987-88, 1545. Zie ook VAN HAEGENDOREN, G., *o.c.*, *loc. cit.*, 429, met verwijzingen in voetnoot 68; RASSON-ROLAND, A., in ANDERSEN, R., e.a., *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 306 e.v., spreekt van een «technique de l'interprétation conciliante».

⁴¹² VAN HAEGENDOREN, G., *o.c.*, 429.

lijkheidsbeginsel. De argumentatie van de Raad voor de voorrang in die hypothese van de overheid bekleed met de volheid van bevoegdheid, blijkt uiteindelijk niet zozeer een toepassing te zijn van een «regel van uitlegkunde», als wel voort te vloeien uit een bepaalde opvatting van de Raad van State met betrekking tot de verhouding van de machten van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten in de federale Belgische Staat. In die zin kan dan ook worden vastgesteld dat de Raad van State de draagwijdte van de respectieve bevoegdheden mede onderzoekt in het licht van de totale grondwettelijke ordening. De conclusie van de voorrang van de overheid bekleed met de volheid van bevoegdheid (de nationale wetgever) stoelt uiteindelijk op een – betwistbare – identificatie van de grondwetgever en de bijzondere wetgever enerzijds, met de nationale wetgever anderzijds ⁴¹³. Niettegenstaande de vaststelling dat een «bijzondere» wet zowel in materiële als in formele zin een wet is ⁴¹⁴ leidt een juiste rechtsteleologische benadering o.i. evenwel tot een andere conclusie. De inschrijving van het autonomiestatuut van gemeenschappen en gewesten in de Grondwet, resp. in bijzondere meerderheidswetten strekt er juist toe om die autonomie te onttrekken aan het oordeel van de volstreekte meerderheid in de beide Wetgevende Kamers. De bijzondere communautaire meerderheid heeft wezenlijk tot doel de instemming van twee gemeenschappen uit te drukken. Dit geschiedt in de huidige stand van de staatshervorming in de schoot van nationale wetgevende organen via de techniek van de indeling in taalgroepen van de gekozen leden van elke Kamer. De vertegenwoordiging van de gemeenschappen ligt op twee niveaus: op het nationaal vlak door de indeling in taalgroepen en op het gemeenschapsvlak door de Raden. Zowel de taalgroepen als de Raden vervullen als fundamentele componenten van de huidige staatsstructuur eigen opdrachten in naam en ten behoeve van de onderscheiden gemeenschappen ⁴¹⁵.

74. Het meest treffende voorbeeld van bevoegdheidsbeperingen afgeleid uit een rechtsteleologische uitlegging is tot nog toe ongetwijfeld het arrest van het Arbitragehof van 5 februari 1988 betreffende het decreet van het Waalse Gewest van 7 oktober 1985 «sur la protection des eaux de surface contre la pollution» ⁴¹⁶. Het Hof gaat over tot de toet-

sing van de uitoefening door het Waalse Gewest van de eigen fiscale bevoegdheid «aan de begrenzing die inherent is aan de globale Staatsopvatting zoals die tot uiting komt in de bijzondere en de gewone wetten van 8 en 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen», aan «het globale kader van de Belgische staatsstructuur», aan «het nieuwe Belgische staatsbestel». Artikel 32 van het Waalse decreet van 7 oktober 1985 legde een belasting op van drie frank per kubieke meter oppervlakte- of grondwater, opgenomen of opgevangen in het Waalse Gewest, dat drinkbaar is of drinkbaar kan worden gemaakt, en dat naar buiten het gewest wordt gebracht ongeacht via welk kunstmatig middel met uitzondering van het overbrengen van water in flessen of in blik. Volgens het Hof blijkt uit het geheel van de grondwets- en wetbepalingen betreffende de hervorming der instellingen «dat het nieuwe Belgische staatsbestel berust op een economische en monetaire unie, d.i. het institutioneel kader van een uit deelgebieden opgebouwde economie, dat gekenmerkt wordt door een geïntegreerde markt (de zg. economische unie) en door de eenheid van de munt (de zg. monetaire unie)». Het bestaan van een economische unie impliceert in de eerste plaats het vrij verkeer van goederen en produktiefactoren tussen de deelgebieden van de Staat. Hiermee zijn niet verenigbaar de maatregelen die autonoom door de deelgebieden van de Unie worden vastgesteld en die het vrij verkeer belemmeren. Het Hof stelt vast dat de waterbelasting een intern doanerecht uitmaakt dat strijdig is met het vrij verkeer van goederen binnen een geïntegreerde markt. Een dergelijke belasting is bijaldien «niet bestaanbaar met de door de hervorming der instellingen beoogde economische unie en kan niet worden ingepast in het globale kader van de Belgische staatsstructuur». In een eerder arrest was reeds sprake van de noodzaak om de gewestelijke bevoegdheden inzake de kredietpolitiek overeenkomstig het vroegere artikel 6, § 1, VI, 3°, Bijz. W. («de gewestelijke aspecten van de kredietpolitiek, onverminderd de regels voorgeschreven in het kader van de nationale munt- en kredietpolitiek») in te passen in het nationale beleid en te situeren «binnen het normatieve kader van de economische en monetaire unie» ⁴¹⁷. De economische en monetaire unie werd als wezenlijk element van het «nieuwe Belgische staatsbestel» in het arrest van 25 februari 1988 door het Arbitragehof, onderkend als algemeen bevoegdheidsbegrenzend concept ⁴¹⁸. Naar analogie van de rechtspraak van het Duits constitutioneel hof inzake het federaal getrouwheidsbeginsel, maar dan wel onmiskenbaar in het raam van de uitlegging van bevoegdheden, deed het Arbitragehof aldus een beroep op het ideeëngoed dat ten grondslag ligt aan de bepalingen die de verhoudingen tussen de machten van de federale en de gefedereerde overheden regelen.

⁴¹³ LEJEUNE, Y., «Sur les methodes d'interprétation des règles répartitrices de compétence», noot onder R.v.St., 4 april 1986, inzake a.s.b.l. Inter-environnement Wallonie et Fagnoul t. Belgische Staat, J.T., 1987, 267; PEETERS, P., «Enkele algemene problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming», in ALEN, A. en SUETENS, L.P., (red.), *Zeven knelpunten na zeven jaar staatshervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 57 e.v.; id., o.c., doctoraal proefschrift, U.I.A., Antwerpen, 1988, I, 186 e.v.

⁴¹⁴ Zie in het algemeen hierover: VAN HAEGENDOREN, G., o.c., 426.

⁴¹⁵ Zie advies R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, 15 mei 1979, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1979, nr. 16/1; advies R.v.St., afd. wetg., achtste kamer, 25 juni 1986, inzake een wetsvoorstel «tot wijziging van artikel 1 van de wet van 3 juli 1971», *Gedr. St., Kamer*, 1985-86, nr. 154/2.

⁴¹⁶ Arbitragehof, rolnr. 45 - arrest nr. 47, 25 februari 1988, B.S., 17 maart 1988. Zie VANDERVEEREN, C., «Over leefmilieu en fiscaliteit in het raam van de economische en monetaire unie. Commentaar bij het arrest van het Arbitragehof van 25 februari 1988», R.W., 1988-89, 344 e.v.

⁴¹⁷ Arbitragehof, rolnr. 12 - arrest nr. 11, 25 februari 1986 inzake de wet van 13 juli 1983 betreffende de Nationale Kas voor Beroepskrediet, B.S., 19 maart 1986. Zie VANDERVEEREN, C., «Staatshervorming en economisch beleid», noot onder Arbitragehof, 25 februari 1986, R.W., 1985-86, 2510 e.v.; DEHOUSSE, F., «Une première approche du rôle de l'Etat et des régions dans le domaine de la politique économique», noot onder Arbitragehof, 25 februari 1986, J.T., 611 e.v.

⁴¹⁸ Zie eveneens Arbitragehof, rolnr. 58 - arrest nr. 57, 2 juni 1988 inzake een prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie van 11 juni 1987.

De bijzondere wet van 8 augustus 1988 houdende wijziging van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen sluit op uitdrukkelijke wijze aan bij dit begrip «economische en monetaire unie» bij de omschrijving van de gewestelijke bevoegdheden wat betreft de economie (artikel 6, § 1, VI): «In economische aangelegenheden oefenen de Gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen». Hoewel volgens de bewoordingen van de wet die binding slaat op de gewestelijke bevoegdheid in economische aangelegenheden, lijkt zulks gelet op de voormelde rechtspraak van het Arbitragehof ook te gelden voor de overige gewestbevoegdheden en de gemeenschapsbevoegdheden ⁴¹⁹.

75. In de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State deed zich reeds het probleem voor van de erkenning van administratieve rechtshandelingen van de ene overheid door de andere. Hierbij kan worden gerefereerd aan de zgn. «Full faith and credit clause» in de Grondwet van de Verenigde Staten van Amerika (artikel IV, sectie 1). Concreet rees de vraag naar de verenigbaarheid met de economische en monetaire unie van gewestelijke erkenningsvoorwaarden om in het desbetreffende gewest een uitzendbureau te exploiteren. Op grond van de vaststelling dat de regeling van de erkenning van de uitzendbureaus door de gewesten slechts een onderdeel is van de nationale regeling van de uitzendarbeid, is de Raad van oordeel dat «dit onderdeel uiteraard inpasbaar moet zijn in de door de nationale wetgever nagestreefde objectieven (...) Redelijkerwijs mag dan ook verwacht worden dat elk gewest in een erkenningsregeling zal voorzien en dat de in de betrokken deelgebieden gestelde erkenningsvoorwaarden gelijkwaardige waarborgen van deugdelijkheid zullen bieden». Hoewel de Raad vaststelt dat in het Belgisch grondwettelijk recht geen bepaling voorkomt analoog aan de voormelde «Full faith and credit clause», acht de Raad voor de uitzendbureau's met maatschappelijke zetel in het Brusselse of het Waalse Gewest, die in het respectieve gewest als dusdanig erkend zijn, een regeling mogelijk om die erkenning ook in het Vlaamse Gewest te doen gelden: «Dit minimum aan vertrouwen in de reglementering van de overige deelgebieden lijkt in dit geval volkomen gewettigd» ⁴²⁰.

⁴¹⁹ ALEN, A., «De bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten — Enkele algemene bedenkingen na de derde staatshervorming», *T.B.P.*, 1989, 146; ERGEC, R., «La réforme de l'Etat, V. — Les compétences économiques», *J.T.*, 1989, 143; HZUBERT, B. en VANDERNOOT, P., «La nouvelle loi de réformes institutionnelles du 8 août 1988», *A.P.T.*, 1988, 241-242; JADOT, B., «La Communauté économique européenne, l'Etat, la Région et la protection de l'environnement», *J.T.*, 1988, 758, 729; LAVRIJSEN, L., *Bevoegdheidsverdeling tussen de Staat en de gewesten inzake leefmilieu na de bijzondere wet van 8 augustus 1988*, Belgische Vereniging voor Milieurecht, Brussel, 13 december 1988, 30; *Contra*; P. LEGROS, *J.T.*, 144.

⁴²⁰ Advies R.v.St., afd. wetg., eerste kamer, 21 april 1988, inzake een ontwerpdecreet «betreffende de erkenning van de uitzendbureaus werkzaam in het Vlaamse Gewest». Vgl. advies R.v.St., afd. wetg., negende kamer, 15 oktober 1981 inzake een vooront-

werp van decreet «portant réglementation des entreprises de travail intérimaire et de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs par les services publics d'emploi», dat een wederkerigheidsvoorwaarde opdat ondernemingen gevestigd in het Vlaamse of Brusselse Gewest, zoals ondernemingen gevestigd in een andere E.E.G.-lidstaat, zouden kunnen genieten van een vrijstellingsregime, strijdig met de bevoegdheidsverdeling, met het gelijkheidsbeginsel en met de artikelen 58, 59 en 66 E.E.G. inzake het vrij verkeer van diensten.

76. Voorbeelden van rechtsteleologische uitlegging van bevoegdheden worden aangetroffen telkens als in de rechtspraak van het Arbitragehof wordt besloten tot een «ruime» uitlegging van de toegewezen bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten op grond van de vaststelling van de hen toegekende «autonomie». Hierbij blijft wel enigszins in het ongewisse wat precies wordt bedoeld met de kwalificatie «ruim» van de betrokken uitlegging, dit bij ontstentenis van enig criterium waaraan die uitlegging kan worden afgemeten ⁴²¹. In het arrest van 26 juni 1986 inzake het Vlaamse decreet van 20 maart 1984 houdende het statuut van de logiesverstrekkende bedrijven stelt het Arbitragehof vast dat «de in 1980 tot stand gebrachte hervorming van de instellingen (...) onbetwistbaar de autonomie van de Gemeenschappen meer diepgang (heeft) gegeven en het beginsel van de autonomie voor het Vlaamse Gewest en het Waalse Gewest in toepassing (heeft) gebracht». Het Arbitragehof baseert hierop de stelling dat «voor zover zij er niet anders over hebben beschikt (...) de grondwetgever en de bijzondere wetgever moeten worden geacht aan de Gemeenschappen en de Gewesten volledige bevoegdheid te hebben toegekend tot het uitvaardigen van de regels die eigen zijn aan de hun toegewezen bevoegdheden, en zulks onverminderd de mogelijkheid om desnoods beroep te doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980» ⁴²². Deze opvatting heeft er in ieder geval toe geleid dat het Hof de grondwettelijke begrippen «culturele» en «persoonsgebonden» aangelegenheden zelf ruim interpreteert. Ze vormen niet, zoals in een voorheen vrij constante adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State, de grondslag voor een beperking van de toegewezen bevoegdheden tot de culturele, respectievelijk persoonsgebonden «aspecten» van de opgesomde aangelegenheden ⁴²³. In het arrest van 30 juni 1988 was het Hof dan ook van oordeel dat de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake jeugdbescherming niet beperkt blijft tot aangelegenheden of onderdelen van aangelegenheden

werp van decreet «portant réglementation des entreprises de travail intérimaire et de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs par les services publics d'emploi», dat een wederkerigheidsvoorwaarde opdat ondernemingen gevestigd in het Vlaamse of Brusselse Gewest, zoals ondernemingen gevestigd in een andere E.E.G.-lidstaat, zouden kunnen genieten van een vrijstellingsregime, strijdig met de bevoegdheidsverdeling, met het gelijkheidsbeginsel en met de artikelen 58, 59 en 66 E.E.G. inzake het vrij verkeer van diensten.

⁴²¹ Zie hierover uitgebreid PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming*, o.c., I, 238 e.v.

⁴²² Arbitragehof, rol.nr. 18 - arrest nr. 25, 26 juni 1986, *B.S.*, 15 juli 1986. Zie insgelijks Arbitragehof, rol.nr. 22 - arrest nr. 27, 22 oktober 1986, *B.S.*, 12 januari 1987; Arbitragehof, rol.nr. 25 - arrest nr. 31, 20 januari 1987, *B.S.*, 4 februari 1987; Arbitragehof, rol.nr. 34 - arrest nr. 40, 15 oktober 1987, *B.S.*, 6 november 1987; Arbitragehof, rol.nr. 38 - arrest nr. 41, 29 oktober 1987, *B.S.*, 21 november 1987; Arbitragehof, rol.nr. 50 - arrest nr. 49, 10 maart 1988, *B.S.*, 29 maart 1988; Arbitragehof, rol.nr. 71 - arrest nr. 65, 15 juni 1988, *B.S.*, 30 juni 1988; Arbitragehof, rol.nr. 51 - arrest nr. 66, 30 juni 1988, *B.S.*, 21 juli 1988; Arbitragehof, rol.nr. 67 - arrest nr. 73, 22 december 1988, *B.S.*, 31 december 1988; Arbitragehof, rol.nr. 79 - arrest nr. 11/89, 11 mei 1989, *B.S.*, 31 mei 1989; Arbitragehof, arrestnr. 13/89, rol.nr. 80, 31 mei 1989.

⁴²³ Zie voor een uitgebreide analyse van die adviespraktijk: PEETERS, P., o.c., II, 341 e.v.

met een communicatief karakter, noch beperkt worden door het criterium van de vrijwilligheid. Regels van dwingende aard kunnen worden aangenomen o.m. betreffende de instellingen en voorzieningen waarin jeugdbeschermingsmaatregelen worden uitgevoerd ⁴²⁴. Geconfronteerd met de residuaire nationale bevoegdheid leidt zulks tot de vaststelling dat de Staat, op grond van die bevoegdheid, bevoegd is om algemene normen te stellen, terwijl de deelgebieden bevoegd zijn om specifieke normen uit te vaardigen met het oog op de bijzondere behoeften in het raam van de hun toegewezen materie. Aldus is bijvoorbeeld de nationale overheid bevoegd om basismatregelen inzake brandbeveiliging uit te vaardigen, terwijl de gemeenschappen en de gewesten in hun respectieve bevoegdheidssferen die normen kunnen «aanpassen en aanvullen, zonder die aan te tasten», o.m. in de sector van het hotelwezen, de bejaardenzorg, de jeugdzorg, enz. ⁴²⁵.

Algemene besluiten

77. We stellen de afwezigheid vast in de huidige stand van het Belgisch grondwettelijk recht van een algemeen federaal getrouwheidsbeginsel, naar analogie van de «Bundestreue» in de Duitse Bondsrepubliek. Dit neemt niet weg dat in de dagelijkse politieke verhoudingen tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, vaak naar de Bundestreue-verplichting wordt verwezen. Hiermee wordt dan blijkbaar vooral een politieke gedragsnorm bedoeld.

78. Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat er geen reden is om te besluiten tot het bestaan van een algemeen federaal getrouwheidsbeginsel als afzonderlijk rechtsbeginsel, inherent aan een federale staat. De toepassing van de Bundestreue in de rechtspraak van het federaal grondwettelijk hof van de Duitse Bondsrepubliek als een afzonderlijk rechtsbeginsel, wortelt in de rechtsleer van het Duitse keizerrijk. In de meeste andere federale staten ontbreekt een soortgelijk beginsel. In de Duitse rechtsleer wordt daarenboven de noodzaak van een dergelijk rechtsbeginsel in twi-
fel getrokken. In de meeste gevallen waarin het grondwettelijk hof refereerde aan de Bundestreue had een beroep op de traditionele beginselen van rechtsmisbruik en evenredigheid kunnen volstaan. Deze vaststelling was trouwens de aanleiding om na te gaan of in België, bij ontstentenis van het federaal getrouwheidsbeginsel als zodanig, «aspecten» ervan in de bevoegdheidspraktijk terug te vinden zijn. De wezenlijke voedingsbodem is immers voorhanden. Zoals in andere federale staten wordt ook in België vastgesteld dat de idee van het volkomen van elkaar gescheiden functioneren van Staat, gemeenschappen en gewesten in de praktijk niet opgaat. Er wordt integendeel een wezenlijke interdependentie tussen die overheidsniveaus vastgesteld. De «aspecten» van het getrouwheidsbeginsel moeten in dit kader worden gezocht.

⁴²⁴ Arbitragehof, rol nr. 51 - arrest nr. 66, 30 juni 1988, *B.S.*, 21 juli 1988.

⁴²⁵ Arbitragehof, rol nr. 34 - arrest nr. 40, 15 oktober 1987, *B.S.*, 6 november 1987, met commentaren van F. DEHOUSSE, *J.T.*, 1988, 154-155 en J. VANDE LANOTTE, *R.W.*, 1987-88, 1010-1016; Arbitragehof, rol nr. 50 - arrest nr. 49, 10 maart 1988, *B.S.*, 29 maart 1988, en *R.W.*, 1987-88, 1544-1545, met noot van J. VANDE LANOTTE; Arbitragehof, rol nr. 68, arrest nr. 67, 9 november 1988, *B.S.*, 2 december 1988; RIMANQUE, K., *o.c.*, 122.

79. De verplichting van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten om zich rekenschap te geven van elkaars bestaan is in de bevoegdheidspraktijk van het Arbitragehof en de Raad van State aan de orde als beperking aan de bevoegdheidsuitoefening. Hierbij kan men een onderscheid maken tussen enerzijds de toetsing van de bevoegdheidsuitoefening aan het algemeen redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, en anderzijds de rechtsteleologische uitlegging van de bevoegdheden. Dit onderscheid moet echter meteen worden gerelativeerd. De toetsing aan het redelijkheidsbeginsel kan immers beschouwd worden als een vorm van uitlegging van bevoegdheden.

80. Op grond van het evenredigheidsbeginsel, zelf een toepassing van het redelijkheidsbeginsel, wordt geoordeeld dat geen enkele overheid bij de beleidsuitoefening, zonder een minimum aan redelijke motieven zo verregaande maatregelen mag treffen dat een andere overheid het buitenmate moeilijk krijgt om het beleid dat haar is toevertrouwd, doelmatig uit te oefenen. Het is meteen duidelijk dat het beginsel enkel een zeer marginale toetsing van de bevoegdheidsuitoefening toelaat. De toepassing van het redelijkheidsbeginsel in het bevoegdheidsrecht stemt aldus overeen met de functie van algemene rechtsbeginselen in andere takken van het recht.

81. De rechtsteleologische uitlegging van bevoegdheden leidt tot een toetsing aan de basisbeginselen die aan de concrete federale ordening ten grondslag liggen. In de rechtspraktijk treffen we hiervan belangrijke voorbeelden aan: de toetsing van de bevoegdheidsuitoefening aan de implicaties van de economische en monetaire unie die door het Arbitragehof interpretatief is onderkend als wezenlijk onderdeel van het nieuwe Belgische staatsbestel; de autonomie die aan de gewesten en de gemeenschappen is toegekend als uitgangspunt voor een «ruime» omschrijving van de hun toegewezen bevoegdheden. In tegenstelling tot de marginale toepassing die de toetsing aan het redelijkheidsbeginsel kenmerkt, meet het Arbitragehof zich een ruime interpretatievrijheid toe. Dit is overigens typerend voor deze uitlegging in het algemeen. De voormelde voorbeelden kunnen toegevoegd worden aan de klassieke toepassingen van de rechtsteleologische grondwetsinterpretatie van vóór de staatshervorming. Terecht werd gesteld dat de rechter willekeurig zou handelen wanneer hij de keuze tussen de doeleinden enkel zou laten bepalen door zijn persoonlijke opvattingen en voorkeur in plaats van door een systematisch-teleologische situering van die doelstellingen in het kader van het gehele rechtssysteem. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat het relatief gewicht van de rechterlijke uitlegging toeneemt. De klassieke opvatting dat de grondwetsinterpretatie van de wetgever een hoger gezag toekomt dan die van de andere Staatsmachten, moet immers sedert de verdeling van de wetgevende functie worden gerelativeerd. De derde staatshervorming en de parlementaire voorbereiding die eraan voorafging, getuigen dat het Arbitragehof zich niet aan willekeur heeft bezondigd. De economische en monetaire unie is door de bijzondere wetgever uitdrukkelijk als bevoegdheidsconcept bevestigd, evenals de «ruime» uitlegging van het begrip «persoonsgebonden aangelegenheden». Dit laatste is wel een bijzonder treffend voorbeeld van wat in navolging van M. Van Hoecke, het interpretatief overbruggen kan worden genoemd van de historische kloof tussen vroeger en nu, door de norm te ontdoen van zijn historisch toevallige elementen.

“Bundestreue” in het Belgisch Grondwettelijk Recht

Een reactie van L.P. SUETENS op het rapport van A. ALLEN en P. PEETERS

Is een algemeen federaal getrouwheidsbeginsel – de Bundestreue – een juridisch begrip dat noodzakelijk of nuttig is of zou kunnen zijn in het Belgisch grondwettelijk recht?

Het antwoord op die vraag is kennelijk negatief, beide preadviseurs hadden zich tot enkele bladzijden kunnen beperken om dat, in zover nodig, toe te lichten.

Reeds in het voorwoord van hun preadvies worden trouwens de relevante kerngedachten uitstekend verwoord:

- de verplichting om de Grondwet niet alleen naar de letter maar ook naar de geest na te leven vloeit rechtstreeks voort uit de grondwetsbepalingen zelf;

- na de derde Belgische staatshervorming is de aandacht verschoven van de herverdeling van de bevoegdheden en van de scheiding van de beleidssferen, naar de omschrijving van de toelaatbare beleidsbeïnvloeding en naar de beperkingen die aan de bevoegdheidsuitoefening moeten worden opgelegd op grond van het samengaan van verschillende beleidsniveaus in één enkel staatsverband.

- het begrip “Bundestreue” is een verzamelnaam voor bepaalde interpretatiemethodes van inzonderheid constitutionele hoven in federale staten.

De grote verdienste van Allen en Peeters is evenwel dat zij de vraagstelling hebben opengetrokken en in een zeer ruim kader hebben geplaatst. Dit laat dan toch nog enige ruimte voor een zg. “respondent”, die het inhoudelijk met beide preadviseurs ten volle eens is, om in de marge enkele kanttekeningen te plaatsen.

In het algemeen deel van hun preadvies behandelen zij allereerst de aard en de uitlegging van de grondwettelijke regels: in hoofdzaak richtlijnen, waarvan de veeleer vage contouren nieuwe interpretaties volgens maatschappelijke veranderingen toelaten¹. Men denke hierbij aan de persvrijheid – van niet-inmenging tot subsidiëring van de opiniërs; aan de vrijheid van onderwijs tot de grondwetswijziging van 15 juli 1988; enz.

Grondwettelijke regels moeten het onderwerp zijn van “rechtsteleologische” interpretatie, “waarbij het globale rechtssysteem op het niveau van de doeleinden systematisch wordt geïnterpreteerd; de concrete teksten worden geïnterpreteerd in het licht van de basisprincipes van het rechtssysteem, die op hun beurt in hun maatschappelijke kontekst worden gesitueerd” (preadvies, nr. 12, met verwijzing naar M. van Hoecke).

Een dergelijke interpretatie laat een ruime interpretatievrijheid aan de rechter; zij is nauwelijks te onderscheiden

van wat de rechter doet bij het formuleren van algemene rechtsbeginselen (preadvies, nr. 27, eveneens met verwijzing naar M. van Hoecke).

Bijzonder lezenswaard zijn de beschouwingen van de preadviseurs in het derde hoofdstuk van het algemeen deel van hun preadvies m.b.t. het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van rechtsmisbruik; zij stellen “belangrijke en opvallende gelijkenissen tussen het publiek- en het privaatrecht vast... zoals de corrigerende werking van het ongeschreven recht, een algemeen beginsel van “behoorlijk handelen”, de marginale toetsing bij de belangenafweging en de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, de verwantschap tussen rechtsmisbruik en machtsafwending” (preadvies, nr. 37).

In het bijzonder deel van hun preadvies gaan de preadviseurs in op de plaats van de goede trouw in het grondwettelijk recht van de bondsstaat België, gretig puttend uit de rechtsleer, rechtspraak en rechtspraktijk van de Duitse Bondsrepubliek.

Het zij herhaald: de “Bundestreue” is een politieke gedragsnorm, een begrip waarvan in ieder geval de pedagogische en sociaal-psychologische betekenis niet kan worden ontkend, maar is als juridisch begrip een nutteloze complicatie, aangezien “de rechtsteleologische uitlegging van bevoegdheden leidt tot een toetsing aan de basisbeginselen die aan de concrete federale ordening ten grondslag liggen” (preadvies, nr. 81).

Het is die methode van rechtsteleologische interpretatie die het Arbitragehof heeft toegepast in het arrest nr. 47 van 25 februari 1988 m.b.t. de Waalse waterbelasting (zie preadvies, nr. 74).

In het licht van het voorgaande kunnen bij het preadvies van Allen en Peeters de volgende vraagpunten worden gesteld, waarvan het eerste – althans in mijn ogen – slechts een retorische draagkracht heeft.

- 1) Heeft het zin of is het nuttig een bepaling in de Grondwet op te nemen, volgens welke “de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten te goeder trouw moeten handelen”?

- 2) Is er nog ruimte voor een ruimere opvatting van zijn bevoegdheden door het Arbitragehof?

- 3) Kunnen via een ruimere toepassing van algemene rechtsbeginselen door het Arbitragehof, een aantal thans als “belangenconflicten” gekwalificeerde conflicten jurisdictionele oplossing krijgen? Zo ja, is er dan nog behoefte aan een specifieke regeling, zoals in België, voor de “belangenconflicten”?

- 4) Kan een “normenhiërarchie” tussen wet en decreet – of “Bundesrecht bricht Landesrecht” – voor zover dit politiek haalbaar is – op het juridisch vlak de Belgische Staatssordening beter doen functioneren?

¹ Het lijkt evenwel overtrokken te stellen – zij het met een verwijzing naar J. van der Hoeven – dat een nauwere binding aan het feitelijke gebeuren t.o.v. het normatieve element in het constitutionele recht een veel belangrijker plaats inneemt dan in het privaatrecht.

GEMEENSCHAPSTROUW : GOEDE TROUW IN E.G.-VERBAND

*Preadvies voor Congres Vlaamse Juristenvereniging 1990, met als thema : «De goede trouw»
door*

Walter VAN GERVEN

*Advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de E.G. en Buitengewoon Hoogleraar, K.U.Leuven,
m.m.v. Hans GILLIAMS,*

Referendaris bij het Hof van Justitie van de E.G.

INHOUD

Inleiding

- I. Gemeenschapstrouw en goede trouw : rechterlijk afdwingbaar en driedimensioneel
- II. Gemeenschap en Lid-Staten : handelen in wederzijds vertrouwen
 - A. Op algemeen beleidsniveau
 - 1. Loyale samenwerking bij de tenuitvoerlegging en totstandkoming van een gemeenschappelijk beleid
 - 2. Verbod eigen bevoegdheden te misbruiken
 - 3. Verplichting zich te onthouden van maatregelen die een communautair beleid verstoren
 - B. Samenwerking op wetgevend niveau
 - C. Samenwerking op bestuursniveau
 - D. Samenwerking op rechterlijk niveau
- III. Vraag- en raakpunten, bij wijze van conclusie, naar/met de Belgische staatsstructuur

Inleiding

1. Gemeenschapstrouw is de Europese variant van het in het constitutioneel recht van de Duitse Bondsrepubliek gebruikelijke begrip *Bundestreue*. Het is natuurlijk niet toevalig dat de term door het Duitse recht is ingegeven: Duitse juristen hebben reeds een belangrijke ervaring opgebouwd met de werkingsregelen van een federaal rechtssysteem. Binnen een dergelijk rechtssysteem staat het begrip «bonds-trouw» centraal. Zonder stelling te willen nemen ten aanzien van het al of niet federaal of prefederaal karakter van de Europese Gemeenschap¹, kan men stellen dat ook in de institutionele structuur van de Europese Gemeenschap het begrip «gemeenschapstrouw» centraal staat. Daarover gaat het in deze bijdrage. Het is duidelijk dat gemeenschapstrouw binnen het E.G.-recht een constitutioneel of institutioneel begrip is. De verbinding in de titel van dit rapport met het voornamelijk uit het privaatrecht stammend begrip goede trouw is dan ook in de eerste plaats ingegeven door het thema van dit congres. Dit belet niet dat tussen beide begrippen enige raakpunten zijn aan te wijzen, hetgeen we hierna zullen doen zonder in de verwantschap meer te willen zoeken dan nodig is. Het rapport is dus geschreven vanuit een institutionele ingesteldheid en enigszins met de bedoeling uit de ontwikkelingen op het E.G.-vlak, waar mogelijk, lering te trekken voor de Belgische staatsstructuur. Anders dan hun Duitse, Amerikaanse of Zwitserse collega's zijn Belgische en Vlaamse juristen minder vertrouwd met de werking van federale rechtssystemen. Een reden te meer om zich door het Europees recht — dat toch ook een recht is «van bij ons» — te laten inspireren.

2. Kenmerkend voor een institutionele structuur met federale inslag — daaronder brengen we allerlei systemen samen: echt federale, federale in wording, *sui generis* systemen met federale kenmerken — is dat de klassieke *trias politica* (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende bevoegdheid) ook verticaal op (min of meer) consequente wijze tot boven, en dus niet alleen op het provinciaal of gemeentelijk vlak, wordt opgedeeld: er zijn m.a.w. wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende functies op het «federaal» en «statelijk» vlak. De aan «bonds»- c.q. «gemeenschapstrouw» inherente gedachte is dan, dat er een wederzijds respect voor elkaars bevoegdheden en een daadwerkelijke bereidheid tot samenwerking moeten bestaan tussen de verschillende acteurs, in het bijzonder tussen de acteurs die een zelfde (wetgevende, executieve dan wel rechterlijke) functie op een verschillend niveau uitoefenen, met het oog op een goede werking van de gehele rechtsorde.

De gemeenschapsstructuur verschilt evenwel op een belangrijk punt van de klassieke federale bondsstructuur, en zo ook de gemeenschapstrouw van de bondstrouw: een moderne welvaartsstaat, of hij nu federaal of niet-federaal is georganiseerd, heeft een alomvattende roeping: alle actuele

en potentiële overheidstaken horen hem toe. Bij de Europese Gemeenschap ligt dat enigszins anders: hoewel tussen de doelstellingen van de Verdragen o.m. «een toenemende verbetering van de levensstandaard» en ook «nauwere betrekkingen tussen de in de Gemeenschap verenigde staten» vermeld staan (zie art. 2 EEG), is de Gemeenschap gebonden aan de in de Verdragen² omschreven doelstellingen. Aan dit onderscheid beantwoordt de alomvattende en dus «open» inhoud van het begrip bondstrouw in een «nationale» federale staat, en de meer gebonden en derhalve — wat de bestreken materies betreft — «gesloten» inhoud van het begrip gemeenschapstrouw³. Dit doelgebonden karakter van het begrip gemeenschapstrouw komt vooral tot uiting in het EEG-Verdrag (een duidelijk «traité-cadre»), dat in de nodige middelen voorziet ter verwezenlijking van de in de artikelen 2, 3, 8 en 8A van het Verdrag opgesomde taken en doelstellingen.

Bij de vergelijking van gemeenschapstrouw met bondstrouw moet bovendien rekening gehouden worden met de wisselwerking tussen het beginsel van de gemeenschapstrouw en de primauteit van het gemeenschapsrecht tegenover het recht van de Lid-Staten. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt, zoals hierna zal blijken, het principe van de gemeenschapstrouw vaak gebruikt ter ondersteuning (en legitimering) van de bevoegdheidsuitoefening door de Gemeenschap op een bepaald gebied, en de daarmee recht evenredige inperking van de residuaire bevoegdheden van de Lid-Staten op dat gebied. Een dergelijke wisselwerking kan in verband met het begrip bondstrouw maar aanwezig zijn indien de betrokken staatsstructuur de primauteit van het «bonds» op het «lands» recht aanvaardt.

I. GEMEENSCHAPSTROUW EN GOEDE TROUW: RECHTERLIJK AFDWINGBAAR EN DRIEDIMENSIONEEL

3. Het beginsel van de gemeenschapstrouw wordt in (en mede als gevolg van) de rechtspraak van het Hof van Justitie beschouwd als een rechterlijk afdwingbaar principe, en niet als een louter politieke wens. M.a.w., bepalingen in de Verdragen of in het secundaire gemeenschapsrecht die het beginsel verwoorden in een bepaald domein, worden niet geacht de grondslag maar slechts een concretisering te zijn van een algemeen rechtsbeginsel waaraan bv. handelingen van de communautaire instellingen of van de Lid-Staten via de daartoe geëigende rechtsgangen kunnen worden getoetst. Deze evolutie hangt nauw samen met de bijzondere aard van de communautaire rechtsorde in vergelijking met de internationale rechtsorde⁴. Het eigen rechtskarakter van de

² Dit zijn het EGKS-, het EEG- en het EGA-Verdrag. Hierna wordt met «het Verdrag», behoudens andersluidende aanduiding, het EEG-Verdrag bedoeld; onder «de Verdragen», de drie hiervoor genoemde.

³ Zie A. BLECKMANN, «Die Bundungswirkung der Praxis der Organe und Mitgliedstaaten der EG bei der Auslegung und Lückenfüllung des Europäischen Gemeinschaftsrechts: Die Rolle des Art. 5 EWG-Vertrag», in *Die Dynamik der Europäischen Gemeinschaftsrechts/The Dynamics of EC-law* (R. BIEBER en G. RESS, reds.), 1987, 161, op blz. 197.

⁴ Zie Hof van Justitie, 15 juli 1964, zaak 6/64, Costa/E.N.E.L., *Jurispr.*, 1964, 1199, op blz. 1218 e.v.

¹ Daarover bv. het interessante artikel van P. PESCATORE, «L'exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome», *Cahiers de Droit européen*, 1978, 387-406, en de recente toespraak van commissievoorzitter J. Delors, «L'impératif et l'urgence de l'Europe communautaire», gepubliceerd in *Europe* (Documents), nr. 1574, van 12 oktober 1989, en de bespreking ervan in het redactioneel artikel van *Europe*, nr. 5107, van 9 oktober 1989.

Europese Verdragen leidt ertoe dat de doelstellingen van de Gemeenschap die in de Verdragen zijn neergelegd, geen algemene rechtens onverbindende programmabepalingen zijn, maar bindende kracht bezitten; het nastreven van deze doelstellingen is m.a.w. onontbeerlijk voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap⁵. Daarnaast moet worden vermeld dat in de rechtspraak van het Hof het beginsel van gemeenschapstrouw ook als een afzonderlijke bron van rechten en plichten wordt beschouwd⁶.

In het beginsel zelf kunnen in het algemeen drie aspecten of dimensies worden onderscheiden, naar analogie van het begrip «bondstrouw» in een federaal rechtssysteem, en wel: de plicht de eigen verplichtingen correct uit te voeren en de eigen bevoegdheden niet te misbruiken; de plicht een loyale en actieve medewerking te verlenen aan het realiseren van de in de Verdragen geformuleerde doelstellingen; binnen zekere grenzen, de plicht van solidariteit.

Onder deze drie aspecten heeft het beginsel, zoals reeds aangestipt, uitwerking ten aanzien van alle acteurs binnen de institutionele structuur. Concreet betekent dit dat elke Lid-Staat (in zijn verschillende geledingen) en elke instelling van de Gemeenschap binnen de eigen bevoegdheidssfeer door het beginsel gebonden is. Het beginsel heeft aldus implicaties op de volgende niveaus: tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten, tussen de Lid-Staten onderling, tussen de gemeenschapsinstellingen onderling. Tot dusver zijn deze implicaties echter vooral onderzocht op het niveau van de verhoudingen tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten en dan nog voornamelijk wat betreft de verplichtingen van de Lid-Staten t.a.v. de Gemeenschap. De meest expliciete en ook meest algemene verwoording van het beginsel van de gemeenschapstrouw is overigens te vinden in artikel 5 van het EEG-Verdrag (c.q. art. 192 EGA-Verdrag en art. 86 EGKS-Verdrag), dat uitsluitend de verplichtingen van de Lid-Staten t.a.v. de Gemeenschap onder woorden brengt⁷. Het luidt:

«De Lid-Staten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de Instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak.

Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen.»

Dat vooral deze gezichtshoek aandacht kreeg, vindt ongetwijfeld zijn verklaring in het feit dat de bevoegdheids-

overdracht naar de Gemeenschap plaatsvond vanuit de bij de aanvang oppermachtige, en nog steeds machtige, Lid-Staten, die trouwens over een uitgebreide administratie beschikken waarop de Gemeenschap is aangewezen om haar beleid ten uitvoer te leggen. Naarmate de Gemeenschap macht en middelen bijwint, zullen de verplichtingen van de Gemeenschap tegenover de Lid-Staten voorzeker meer op de voorgrond treden.

4. In het rechterlijk afdwingen van de gemeenschapstrouw worden, als gezegd, drie aspecten onderscheiden die men kortweg kan omschrijven als de plicht van een correcte uitvoering en het verbod van misbruik, de plicht van loyale samenwerking en de plicht van solidariteit. Voor beoefenaars van het privaatrecht die vertrouwd zijn met het vereiste van de goede trouw, is het verleidelijk in dit driedimensionele karakter van de gemeenschapstrouw een gelijkenis te zien met het eveneens driedimensionele karakter van het natuurlijk eveneens rechterlijk afdwingbaar beginsel van de goede trouw, zoals dat het meest expliciet en ook het meest algemeen verwoord staat in artikel 1134, derde lid, B.W.

Ofschoon deze gelijkenis maar gedeeltelijk opgaat – van waar trouwens die neiging om zoveel mogelijk in alles een drie- (liever dan een vier- of een twee-) dimensioneel karakter te erkennen⁸? – is het niettemin leerzaam beide begrippen en de drie erin onderscheiden dimensies naast elkaar te plaatsen. Goede trouw, zo wordt vrij algemeen aanvaard, heeft een interpretatieve, een aanvullende en een beperkende (de-rogerende of matigende) functie. Maar eerst dit: in het algemeen duidt goede trouw op de verplichting voor elke recht-hebbende om zijn subjectieve rechten of bevoegdheden redelijk uit te oefenen (zoals een «gentleman» past), d.i. rekening houdend met de rechtmatige belangen van anderen en derhalve het eigen belang bij de rechtsuitoefening afwegend tegen het belang dat anderen kunnen hebben bij de uitoefening, of niet-uitoefening, van het recht op deze of gene manier⁹.

Vanuit deze algemene ingesteldheid heeft goede trouw, toegesneden op de contractuele verhouding, een interpretatieve functie, in die zin dat de draagwijdte van contractuele rechten en plichten naar de eisen van de goede trouw moet worden bepaald of vastgesteld; een aanvullende functie, in die zin dat uit het vereiste van goede trouw bijkomende plichten, o.m. tot loyale samenwerking bij langdurige overeenkomsten, kunnen worden afgeleid; en een corrigerende functie, in die zin dat de goede trouw vereist dat de recht-hebbende een bepaalde onredelijke rechtsuitoefening achterwege zou laten, ook al wordt daardoor afgeweken van een uitdrukkelijke contractuele clausule. Nodeloos te herhalen dat die drie functies onderscheiden kunnen worden maar niet goed van elkaar te scheiden zijn, des te meer omdat volgens sommigen de interpretatieve functie de andere twee functies omvat¹⁰.

5. De verwantschap tussen gemeenschapstrouw en goede trouw komt het duidelijkst tot uiting wanneer men aan de

⁸ Is het niet verdacht dat ook in het begrip «getrouw beeld» in het boekhoudrecht een soortgelijk driedimensioneel karakter wordt onderkend? Daarover W. VAN GERVEN EN A. DEWAELE, «Goede trouw en getrouw beeld», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, 103.

⁹ Zie bv. Cass., 22 juni 1978, *R.W.*, 1978-79, 1443.

¹⁰ Voor meer bijzonderheden over dit alles en verdere verwijzingen, zie W. VAN GERVEN EN A. DEWAELE, *art. cit.*

⁵ Zie het arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, *Europemballage en Continental Can/Commissie*, *Jurispr.*, 1973, 215, r.o. 23. Daarover K. LENAERTS, *Constitutie en rechter*, Antwerpen, 1985, 209-211.

⁶ Zie Hof van Justitie, 21 februari 1987, zaak 186/85, *Commissie/België*, *Jurispr.*, 1987, 2029, *Jurispr.*, 1988, 1835, waar de vastgestelde verdragsschending enkel bestond in een tekortkoming aan de samenwerkingsverplichting van artikel 5 EEG. Over dit vraagstuk, zie M. DAUSES, «Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du traité CEE», in *Die Dynamik der Europäischen Gemeinschaftsrechts/The Dynamics of EC-Law*, gecit., op blz. 229 e.v.

⁷ Zoals uit de tekst ervan blijkt, liggen in het artikel twee positieve en één negatieve verplichting voor de Lid-Staten vervat: daarover P.J. KAPTEYN EN P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 4e druk, 1987, op blz. 65 e.v.

kant van de gemeenschapstrouw de drie dimensies tot twee herleidt, nl. enerzijds de plicht van correcte uitvoering en het verbod van misbruik en anderzijds de verplichting van samenwerking en solidariteit, en men aan de kant van de goede trouw de interpretatieve en de derogerende functie samenvoegt en onderscheidt van de aanvullende functie.

Zonder daar al te ver op in te gaan is het namelijk opvallend hoe onder het beginsel van de bonds- of gemeenschapstrouw correcte uitvoering en verbod van misbruik worden omschreven: het gaat erom dat de federale overheid en de deelstaten resp. de Lid-Staten en de communautaire instellingen over en weer bij de uitvoering van hun plichten en bij de uitoefening van hun bevoegdheden rekening moeten houden met elkaars belangen en derwijze te werk gaan dat zij het functioneren van de andere entiteiten niet in het gedrang brengen, althans niet méér in het gedrang brengen dan onvermijdelijk is ¹¹. Zo functioneert de goede trouw ook in het privaatrecht tussen contractspartijen ¹², zoals trouwens het beginsel van rechtsmisbruik (waarvan het Hof van Cassatie de verwantschap met goede trouw uitdrukkelijk heeft aangenomen ¹³) in de buitencontractuele (én contractuele) verhoudingen functioneert.

Een zelfde parallelisme bestaat tussen de gemeenschapstrouw als verplichting tot loyaal en actief medewerken aan de realisering van de in de Verdragen gestelde doelstellingen en als verplichting tot solidariteit, en de goede trouw in haar aanvullende functie op grond waarvan evenzeer een samenwerkingsplicht tussen de contractspartijen wordt geconstrueerd. Waarbij dient te worden aangestipt dat de solidariteitsplicht die binnen de Gemeenschap in bijzondere gevallen tot kortstondige maar ook langdurige bijstand verplicht en o.m. ten voordele van ontwikkelingsregio's tot vermogenstransfers kan leiden, zijns gelijke niet of nauwelijks vindt in het privaatrecht ¹⁴.

6. Artikel 5 EEG-Verdrag is, als gezegd, de meest algemene, zij het niet een alomvattende tekst waarin het begrip gemeenschapstrouw verwoord is. Er zijn ook nog andere verdragsbepalingen die een of ander aspect ervan in een meer specifieke context onder woorden brengen.

Zo kan men een concretisering van het *verbod van rechtsmisbruik* lezen in de laatste alinea van artikel 36 EEG, die bepaalt dat het de Lid-Staten verboden is de daarin toege-

¹¹ Zie, wat betreft bondstrouw in de B.R.D., E. STEIN, *Staatsrecht*, Tübingen, 1978, blz. 275-276. Wat betreft het gemeenschapsrecht, zie bv. de recente conclusie van de advocaat-generaal F.G. JACOBS in de gevoegde zaken 206 en 207/88, Vessoso en Zanetti, genomen ter terechtzitting van 13 december 1989, i.h.b. nrs. 30 en 33.

¹² Verbazen kan deze verwantschap tussen privaatrecht en institutioneel recht niet als men weet dat in het verdragsrecht – en dus in de verhoudingen tussen internationaalrechtelijke personen – het vereiste van de uitvoering te goeder trouw uitdrukkelijk staat ingeschreven naar analogie van (o.m.) artikel 1134, derde lid, *Code civil*. Daarover E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Parijs, 1977.

¹³ Zie Cass., 19 september 1983, *R. W.*, 1983-84, 1480, dat de beperkende of derogerende werking van de goede trouw in verband brengt met het leerstuk van het rechtsmisbruik.

¹⁴ Ze is toch niet helemaal afwezig: men denke aan de plicht van bijstand tussen echtgenoten, in zekere mate tussen vennoten of zelfs tussen schuldeiser en schuldenaar (vgl. art. 1244, tweede lid, B.W.). In contractueel opgezette samenwerkingsverbanden komen ook wel bijstandplichten voor.

stane uitzonderingen op het vrij goederenverkeer te misbruiken als middel «tot willekeurige discriminatie (of) verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten»; evenals in artikel 219 EEG (en artikel 192 EGA), waarin de Lid-Staten zich verbinden om «een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van dit Verdrag niet op een andere wijze te doen beslechten dan in dit Verdrag is voorgeschreven».

Andere verdragsbepalingen concretiseren de *verplichting van loyale samenwerking*. Zo bv. het eerste lid van artikel 6 van het EEG-Verdrag, dat de Lid-Staten gelast om «in nauwe samenwerking met de Instellingen van de Gemeenschap, hun economisch beleid (te coördineren) in de mate waarin dit ter bereiking van de doelstellingen van dit Verdrag noodzakelijk is». Deze verplichting wordt verder uitgewerkt in o.m. de artikelen 102A-109 EEG, die de Lid-Staten een samenwerkingsplicht opleggen ter verwezenlijking van een verdere convergentie van het economisch en het monetair beleid (art. 102A jo. art. 104 EEG). Bovendien gaan de Lid-Staten in de artikelen 103 en 107 EEG de verbintenis aan om hun conjunctuurpolitiek en hun wisselkoerspolitiek als «een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang» te beschouwen. Dat impliceert niet alleen dat de Lid-Staten samenwerken bij het uitstippelen van de eigen conjunctuur- en wisselkoerspolitiek, maar ook dat zij rekening houden met de belangen van de andere Lid-Staten én met het gemeenschapsbelang. Dit laatste komt op treffende wijze tot uiting in art. 109 EEG, dat een Lid-Staat die met een plotselinge crisis in zijn betalingsbalans kampt, onder zekere voorwaarden toelaat om eenzijdige vrijwaringsmaatregelen te treffen. Maar: «die maatregelen moeten zo weinig mogelijk verstoringen in de gemeenschappelijke markt teweegbrengen en mogen niet verder reiken dan strikt onvermijdelijk is om de plotseling opgetreden moeilijkheden te overwinnen».

Ook aan de *plicht van solidariteit* is in sommige domeinen concrete gestalte gegeven. Zo voorziet artikel 108, lid 2, EEG, binnen het kader van de hierboven vermelde (beperkte) vergemeenschappelijking van de conjunctuur- en wisselkoerspolitiek, in maatregelen van wederzijdse bijstand ¹⁵ waaraan naderhand een stelsel van communautaire leningen voor bijstand bij betalingsmoeilijkheden is toegevoegd. In het raam van de sociale en regionale politiek, maar ook aan het landbouwstructuurbeleid, staan de Gemeenschap financiële instrumenten (incentives) ter beschikking die tot aanzienlijke inkomensoverdrachten tussen de Lid-Staten kunnen leiden ¹⁶. Meer in het algemeen stelt het Hof van Justitie dat, wanneer een Lid-Staat eenzijdig, naar zijn opvattingen van het nationaal belang, het evenwicht tussen voordelen en lasten dat voortvloeit uit zijn behoren tot de Gemeenschap doorbreekt, hij zijn solidariteitsverplichting niet nakomt en

¹⁵ Zie het arrest van 10 december 1969, gevoegde zaken 6 en 11/69, Commissie/Frankrijk, *Jurispr.*, 1969, 523, i.h.b. de r.o. 15-16. Zie over dit arrest P. PESCATORE, «Les objectifs de la Communauté comme principe d'interprétation du droit communautaire», in *Mélanges W. Ganshof Van der Meersch*, 1972, deel II, op blz. 350.

¹⁶ Voor meer bijzonderheden over elk van deze punten, zie in het kort P.J. KAPTEYN, en P. VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., op blz. 392 e.v. en meer uitgebreid in de desbetreffende bijzondere afdelingen of hoofdstukken.

de communautaire rechtsorde aantast ¹⁷. In het Europa van morgen zal aan de solidariteitsverplichting een grotere rol worden toebedeeld; getuige daarvan de door de Europese Akte aan het derde deel van het EEG-Verdrag toegevoegde titel V («Economische en sociale samenhang», art. 130A-130Q).

7. Er is hiervoor (nr. 3) op gewezen dat het begrip gemeenschapstrouw in zijn drie dimensies geroepen is om een rol te spelen zowel tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten als tussen de Lid-Staten onderling én tussen de gemeenschapsinstellingen onderling, maar dat het alleen op het eerstgenoemde niveau echt tot ontwikkeling is gekomen. Daarom wordt hierna alleen dat niveau uitvoeriger behandeld.

Wat de twee andere niveaus betreft, moge worden volstaan met enige korte aanduidingen te geven. Zo kan als een toepassing van *gemeenschapstrouw tussen de Lid-Staten* worden gezien: de verplichting voor de Lid-Staten om, in het kader van het in de artikelen 30-36 EEG-Verdrag geregelde vrij verkeer van goederen, produkten toe te laten die in een andere Lid-Staat regelmatig zijn geproduceerd en – wanneer zij, bij ontstentenis van een geharmoniseerde communautaire reglementering, niettemin bijkomende toelatingsvoorwaarden zouden opleggen – in beginsel genoegen te nemen met de in de andere Lid-Staat voor een zelfde doel uitgevoerde technische of chemische analyses ¹⁸. Dit beginsel van wederzijds vertrouwen geldt *a fortiori* wanneer de desbetreffende voorschriften geharmoniseerd zijn. Het ligt ten grondslag aan heel wat maatregelen ter verwezenlijking van de interne markt (artikel 8A EEG), zoals bv. de wederzijdse erkenning van diploma's en getuigschriften ¹⁹.

Tussen de gemeenschapsinstellingen speelt het beginsel van de gemeenschapstrouw (in het Duitse federale recht dan ook wel *Organstreue* genoemd) geen zichtbare rol. Er komen voor het Hof natuurlijk heel wat interinstitutionele bevoegdheidsgeschillen en dit zal, na het in werking treden van de Europese Akte, eerder toenemen dan afnemen nu de betrokkenheid van het Europees Parlement bij de totstandkoming van communautair recht is vergroot (nl. via de in een aantal domeinen voorgeschreven samenwerkingsbevoegdheid van het Parlement: zie artikel 100A jo. artikel 149 EEG). Het Hof heeft zich evenwel ten aanzien van dergelijke bevoegdheidsconflicten meestal vrij «afstandelijk» opgesteld, omdat het zich, zelfs op basis van de doelstellingen van het Verdrag, niet gelegitimeerd achtte om een wijziging te brengen aan de

door de Verdragen afgebakende bevoegdheidssferen van de instellingen ²⁰. Van «creatieve rechtsvinding», met behulp van een ruim geïnterpreteerd beginsel van gemeenschapstrouw, is er op dit vlak weinig te merken.

II. GEMEENSCHAP EN LID-STATEN: HANDELEN IN WEDERZIJDIG VERTROUWEN

8. In de verhouding Lid-Staten/Gemeenschap en omgekeerd speelt het begrip gemeenschapstrouw een belangrijke rol. Door het Hof van Justitie is duidelijk geponereerd dat artikel 5 EEG-Verdrag (hiervoor, nr. 3) «de uitdrukking (is) van het meer algemene beginsel, dat de Lid-Staten en de gemeenschapsinstellingen over en weer tot loyale samenwerking en bijstand verplicht zijn» ²¹. Zoals gezegd werkt dit beginsel tot dusver vooral in één richting: van de Lid-Staten naar de Gemeenschap toe.

A. Op algemeen beleidsniveau

1. Loyale samenwerking bij de tenuitvoerlegging en totstandkoming van een gemeenschappelijk beleid

9. Uitgangspunt is dat de door de Europese Verdragen gecreëerde rechtsorde een permanent en autonoom functionerende rechtsorde is en dat het «acquis communautaire» bijgevolg onomkeerbaar is ²². De verplichting van loyale samenwerking van de Lid-Staten ter verwezenlijking van de in de Verdragen gestelde doelstellingen moet in dit voortschrijdend perspectief worden gezien. Hoe verstrekkend deze verplichting *in concreto* kan zijn, werd door het befaamde *AETR*-arrest uit 1971 in het licht gesteld ²³. In dit arrest oordeelde het Hof dat, wanneer de Gemeenschap voor de *tenuitvoerlegging* van een in het Verdrag voorzien gemeenschappelijk beleid bepalingen heeft getroffen, waarbij in enigerlei vorm gemeenschappelijke regels worden ingevoerd, de Lid-Staten niet meer gerechtigd zijn om met derde landen verdragen te sluiten welke deze regels aantasten of aan de betekenis hiervan afdoen ²⁴. Het Hof vatte deze verdragsluitingsbevoegdheid ruim op: zij geldt op elk gebied waarvoor binnen de Gemeenschap communautaire regels en dus een communautair beleid zijn vastgesteld om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken; in zulk een geval verbiedt artikel 5 EEG-Verdrag de Lid-Staten buiten het kader van de communautaire instellingen om verbintenissen op internationaal vlak aan te gaan welke deze regels of dit beleid

¹⁷ Aldus Hof van Justitie, 7 februari 1973, zaak 39/72, Commissie/Italië, *Jurispr.*, 1973, 101, r.o. 24-25; 7 februari 1979, zaak 128/78, Commissie/Verenigd Koninkrijk, *Jurispr.*, 1979, 419, r.o. 12. Over solidariteit als een van de grondslagen van de Gemeenschap, zie ook P. VERLOREN VAN THEMATAAT, «Het economisch grondslagenrecht van de Europese Gemeenschappen», in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, 1982, 353.

¹⁸ Zie Hof van Justitie, 17 december 1981, zaak 272/80, Frans-Nederlandse maatschappij voor biologische produkten, *Jurispr.*, 1981, 3277, r.o. 14-15 en 11 mei 1989, zaak 25/88, Wurmser, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, r.o. 18. Ook voor het vrij dienstenverkeer geldt een soortgelijke verplichting: zie o.m. Hof van Justitie, 17 december 1981, zaak 279/80, Webb, *Jurispr.*, 1981, 3305, i.h.b. r.o. 19-20.

¹⁹ Daarover o.m. A. MATTERA, *Le Marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Parijs, 1988, blz. 203 e.v.

²⁰ Aldus K. LENAERTS, o.c., blz. 510. Voor de recente ontwikkelingen op dit punt, zie Hof van Justitie, 24 oktober 1989, zaak 16/88, Commissie/Raad, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, en de conclusie van de eerste auteur van deze bijdrage in de zaak C-70/88, Europees Parlement/Raad, genomen ter terechtzitting van 30 november 1989.

²¹ Hof van Justitie, 15 januari 1986, zaak 44/84, Hurd, *Jurispr.*, 1986, 29, r.o. 38, met verwijzing naar Hof van Justitie, 10 februari 1983, zaak 230/81, Luxemburg/Parlement, *Jurispr.*, 1983, 255.

²² Zie bv. Hof van Justitie, 15 juli 1964, zaak 6/64, reeds geciteerd in noot 4.

²³ Hof van Justitie, 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie t. Raad, *Jurispr.*, 1971, 263.

²⁴ Hof van Justitie, 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie t. Raad, *Jurispr.*, 1971, 263.

in het gedrang zouden kunnen brengen²⁵. Het Hof vatte deze verdragssluitingsbevoegdheid ruim op: zij geldt op elk gebied waarvoor binnen de Gemeenschap communautaire regels en dus een communautair beleid zijn vastgesteld om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken; in zulk een geval verbiedt artikel 5 EEG-Verdrag de Lid-Staten buiten het kader van de communautaire instellingen om verbintenissen op internationaal vlak aan te gaan welke deze regels of dit beleid in het gedrang zouden kunnen brengen²⁶. Het beginsel van gemeenschapstrouw werd hier aangewend om, in het licht van de doelstellingen van het Verdrag, de eerbiediging van de bevoegdheid van de Gemeenschap op een bepaald terrein *ook op het externe vlak* aan de Lid-Staten op te leggen, en aldus een ruime lezing te geven van de regel dat de Gemeenschap enkel de haar toegewezen bevoegdheden kan uitoefenen. De AETR-uitspraak werd in recente jaren meermaals bevestigd, en verbonden aan de vrijwaring van het nuttig effect van de bevoegdheden van de Gemeenschap. Zo luidt het in een arrest van 9 juli 1987: «Wanneer een artikel van het EEG-Verdrag (...) de Commissie met een welomschreven taak belast, valt aan te nemen – wil men althans niet ieder nuttig effect aan de betrokken bepaling ontnemen – dat dat artikel de Commissie daarmee tevens de noodzakelijke bevoegdheden verleent om die taak te kunnen vervullen²⁷.

10. Voornoemde plicht van loyale samenwerking rust evengoed op de Lid-Staten wanneer nog geen gemeenschappelijk beleid is uitgewerkt en de *totstandkoming* van een dergelijk beleid op moeilijkheden stuit. Dit principe wordt op treffende wijze geïllustreerd door de zgn. visserij-arresten²⁸. In deze arresten diende het Hof te oordelen over een situatie waarin de overgangperiode (ingesteld door art. 102 van de Toetredingsakte van 1972) waarbinnen de Raad op voorstel van de Commissie maatregelen tot behoud van de biologische rijkdommen van de zee op voorstel van de Commissie diende vast te stellen, nog niet was verstreken. Het Hof oordeelde dat het ging om een exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap, en knoopte daar de volgende conclusies aan vast. Het feit dat de Lid-Staten, bij gebrek aan een consensus binnen de Raad (d.i. tussen de Lid-Staten), tijdens de overgangperiode nog een zekere ruimte hadden behouden voor het vaststellen van instandhoudingsmaatregelen, betekent nog niet dat zij over een discretionaire bevoegdheid beschikken. Weliswaar mogen zij op nationaal niveau de geëigende instandhoudingsmaatregelen nemen, maar zij zijn gehouden deze maatregelen te treffen met inachtneming van de krachtens artikel 5 EEG-Verdrag op hen rustende verplichtingen, d.w.z. «in het gemeenschappelijk belang en met inachtne-

ming van zowel de materiële als de formele bepalingen van het gemeenschapsrecht»²⁹.

Deze stelling werd op nog krachtiger wijze bevestigd in het arrest van 1981, dat handelde over de situatie waarin voornoemde overgangperiode was verstreken, met het gevolg dat de bevoegdheid om instandhoudingsmaatregelen te treffen, onherroepelijk en op exclusieve wijze aan de Gemeenschap toekwam. Wanneer de Raad in een dergelijke situatie nalaat de nodige instandhoudingsmaatregelen vast te stellen, kan dit verzuim in geen geval de Lid-Staten de bevoegdheid en de vrijheid teruggeven om op dit gebied eenzijdig op te treden, ook niet in samenloop met de Gemeenschap³⁰. De Lid-Staten kunnen in zo'n geval niet anders dan als *beheerders van het gemeenschappelijk belang* handelen, en eventueel noodzakelijke, tijdelijke instandhoudingsmaatregelen enkel nemen in het kader van samenwerking met de Commissie, onder eerbiediging van de algemeen-toezicht-houdende taak die aan deze Instelling toekomt. Een en ander impliceert dat de Lid-Staten niet alleen verplicht zijn de Commissie omstandig te raadplegen en te goeder trouw moeten proberen haar goedkeuring te verkrijgen, maar ook dat zij geen nationale instandhoudingsmaatregelen mogen invoeren tegen de door de Commissie eventueel geformuleerde bezwaren, voorbehouden of voorwaarden in³¹.

2. Verbod eigen bevoegdheden te misbruiken

11. In de rechtsleer is er terecht op gewezen dat een Lid-Staat zijn verplichting om op loyale wijze te streven naar het tot stand brengen van een gemeenschappelijk beleid schendt wanneer hij in de Raad een «lege-stoel-politiek» voert, of meer in het algemeen niet bereid is de nodige compromissen te sluiten³², of nog met toepassing van het zogenaamde compromis van Luxemburg zijn veto stelt tegen het treffen van een bepaalde regeling³³.

Het verbod voor de Lid-Staten om, in strijd met het beginsel van de gemeenschapstrouw, de eigen bevoegdheden te misbruiken heeft in aanzienlijke mate aan belang gewonnen nu de Raad, ingevolge de Europese Akte³⁴, krachtens het bij die gelegenheid aan het EEG-Verdrag toegevoegde artikel 100A de bevoegdheid heeft gekregen om ter verwezenlijking van de «interne markt» (zie artikel 8A EEG) een aan-

²⁵ R.o. 17 van het arrest.

²⁶ R.o. 20-22 van het arrest.

²⁷ Hof van Justitie, gevoegde zaken 281, 283 tot en met 285 en 287/85, Duitsland e.a./Commissie, *Jurispr.*, 1987, 3203, r.o. 28. Zie ook Hof van Justitie, 30 mei 1989, zaak 242/87, Commissie/Raad (het zgn. «Erasmus»-arrest), nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, i.h.b. r.o. 10-11.

²⁸ Zie de arresten van het Hof van Justitie van 14 juli 1976, gevoegde zaken 3, 4 en 6/76, Kramer e.a., *Jurispr.*, 1976, 1279; 16 februari 1978, zaak 61/77, Commissie/Ierland, *Jurispr.*, 1978, 417; 10 juli 1980, zaak 32/79, Commissie/Verenigd Koninkrijk, *Jurispr.*, 1980, 2403, en 5 mei 1981, zaak 804/71, Commissie/Verenigd Koninkrijk, *Jurispr.*, 1981, 1045.

²⁹ Arrest van 10 juli 1980, reeds aangehaald, noot 26, r.o. 15.

³⁰ Arrest van 5 mei 1981, reeds aangehaald, noot 27, r.o. 17-20. Zoals gezegd beschikt de Gemeenschap inzake het behoud van de biologische rijkdommen van de zee immers, zoals ter zake van de gemeenschappelijke handelspolitiek, over een exclusieve bevoegdheid.

³¹ *Ibid.*, r.o. 22-31.

³² Zie bv. A. BLECKMANN, «Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Gemeinschaftstreue», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1981, 653, blz. 655.

³³ Zie hierover onlangs nog oud-E.G.-Commissaris P. SUTHERLAND, in «Ireland: Where do we really stand on European Integration?», *Studies*, 1989, die o.m. stelt dat het zogenaamde vectorrecht dat niet op de Verdragen is gebaseerd, de negatie is van de communautaire methode. Over deze beschouwingen van Sutherland, zie het redactioneel artikel van E. GAZZO in *Europe* van 22 september 1989.

³⁴ Daarover in het algemeen P. ECKHOUT, «De Europese Akte, 1992 en de interne markt», *R.W.*, 1988-89, 1 e.v.

tal harmonisatiemaatregelen met gekwalificeerde meerderheid van stemmen vast te stellen.

Artikel 100A EEG bevat immers, in lid 4 en 5, de mogelijkheid voor de Lid-Staten om, nadat de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen een harmonisatiemaatregel heeft genomen, onder bepaalde daar nader omschreven omstandigheden en voorwaarden en onder het toezicht van het Hof van Justitie, nationale vrijwaringsmaatregelen te nemen. Deze bepaling, die heel wat kritische bedenkingen heeft uitgelokt³⁵, doet talrijke onbeantwoorde vragen rijzen waarop wij hier niet ingaan³⁶. Volstaan moge worden in het raam van deze bijdrage met erop te wijzen dat, ook al is de regel van artikel 5 EEG niet uitdrukkelijk in artikel 100A opgenomen (lid 4 van het artikel verbiedt wel misbruik van de in het vierde lid van artikel 100A bedoelde bevoegdheden), dergelijke vrijwaringsmaatregelen de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag, en heel in het bijzonder de nu in artikel 8A genoemde doelstellingen van de interne markt, niet in gevaar mogen brengen. In dat opzicht is er ongetwijfeld plaats voor een ook in andere gebieden door het Hof toegepaste proportionaliteitstoets³⁷.

Deze zienswijze sluit overigens aan bij een standpunt dat reeds vóór het in werking treden van de Europese Akte werd verdedigd, nl. dat het beginsel van gemeenschapstrouw een Lid-Staat verbiedt om afwijkende maatregelen te treffen wanneer een harmonisatie op het gemeenschapsvlak op het getouw staat, om het bereiken van een compromis niet te bemoeilijken³⁸.

3. *Verplichting zich te onthouden van maatregelen die een communautair beleid verstoren*

12. Een interessante illustratie van de plicht voor de Lid-Staten om zich te onthouden van maatregelen die een communautair beleid doorkruisen, is te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende nationale maatregelen van mededingingsversturende aard of met dito uitwerking³⁹. Ook al hebben de artikelen 85 en 86 EEG op zich

slechts betrekking op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten, toch moeten deze laatste de in artikel 3, sub f, EEG vermelde doelstelling («de invoering van een regime waarvoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst») respecteren. Daarom rust op hen een onthoudingsverplichting overeenkomstig de tweede alinea van artikel 5 EEG: zij mogen geen maatregelen, zelfs van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Volgens diezelfde rechtspraak is dat bijvoorbeeld het geval, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met de mededingingsregels van het Verdrag strijdige gedragingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen⁴⁰.

B. Samenwerking op wetgevend niveau

13. Voor de uitvoering (zie hierna, nr. 14) maar ook voor het afdwingen en sanctioneren van het communautair recht, met inbegrip van de handhaving van op het gemeenschapsrecht gebaseerde aanspraken van particulieren, is de Gemeenschap aangewezen op de medewerking van de Lid-Staten, hun administraties en rechtscollèges, die gehouden zijn deze medewerking te verlenen overeenkomstig het beginsel van gemeenschapstrouw. Wat de daaruit voortvloeiende verplichting tot regelgeving betreft, kunnen bij wijze van voorbeeld twee belangrijke domeinen worden genoemd waarvoor de basisregelen op nationaal niveau zullen moeten worden vastgesteld.

Een eerste domein is dat van de sanctionering van inbreuken op het gemeenschapsrecht. Immers, het beginsel van loyale samenwerking verplicht de Lid-Staten alle algemene en bijzondere maatregelen – ook strafrechtelijke – te treffen om de nakoming van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren⁴¹; de op de inbreuken op het gemeenschapsrecht gestelde sancties moeten m.a.w. *doeltreffend* zijn⁴². De verplichting om te voorzien in doeltreffende sancties op overtredingen van het gemeenschapsrecht wordt soms uitdrukkelijk in een verdragsbepaling⁴³ of in een bepaling van secundair gemeenschapsrecht opgelegd⁴⁴.

tral Parameters thereof», 11 *Fordham International Law Journal*, 1988, 409.

⁴⁰ Zie laatst Hof van Justitie, 21 september 1988, zaak 267/86, Van Eycke, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, r.o. 16.

⁴¹ Zie Hof van Justitie, 2 februari 1977, zaak 50/76, Amsterdam Bulb, *Jurispr.*, 1977, 137, r.o. 32-33.

⁴² Zie Hof van Justitie, 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jurispr.*, 1984, 1891, i.h.b. r.o. 9-15.

⁴³ Zie bv. artikel 63, lid, 3, EGKS.

⁴⁴ Zo bv. artikel 17 van verordening (EEG) nr. 3820/85 van de Raad van 20 december 1985 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, *PB*, 1985, L 370, blz. 1; zie ook resolutie 85/C 348/01 van de Raad van de vertegenwoordigers der regering der Lid-Staten, in het kader van de Raad bijeen, van 20 december 1985 ter verbetering van de toepassing van

³⁵ Zie bv. P. PESCATORE, «Some critical remarks on the 'Single European Act'», *C.M.L. Rev.*, 1987, 9; meer gematigd is J. MERTENS DE WILMARS, «Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen na de Europese Akte», *S.E.W.*, 1986, 601.

³⁶ Zie bv. B. LANGEHEINE, «Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100A du traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationales», *Rev. M. Comm.*, 1989, 347; J.H. JANS, «Europeesrechtelijke grenzen aan nationaal milieubeleid», *S.E.W.*, 1989, 217, op blz. 221-227; M. WÆLBROECK, «Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen», *Cah. Dr. eur.*, 1989, 41.

³⁷ Zie P.J. SLOT, «Harmonisatie van wetgeving in de EEG», *S.E.W.*, 1989, 453, blz. 458.

³⁸ Zie voor een weergave van het standpunt van het Duitse Ministerie van Justitie, A. BLECKMANN, o.c., *Recht der internationalen Wirtschaft*, 655, en *id.*, commentaar op art. 5 EEG-Verdrag, in H. VON DER GROEBEN e.a., *Handbuch des Europäischen Rechts*, nr. 17, op blz. 54.

³⁹ Daarover o.m. L. GYSELEN, «State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty Competition Provisions», *C.M.L. Rev.*, 1989, 33; R. JOLIET, «Réglementations étatiques anti-concurrentielles et droit communautaire», *Cah. dr. eur.*, 1988, 363; B. VAN DER ESCH, «The System of Undistorted Competition of Article 3(f) of the EEC Treaty and the Duty of Member States to Respect the Cen-

De sanctiëring door de Lid-Staten van inbreuken op het gemeenschapsrecht biedt een interessante illustratie van de beïnvloeding van de nationale (in dit geval regelgevende of normatieve) bevoegdheidsfeer door het Europees recht. Het staat de Lid-Staten daarbij immers niet vrij, althans niet even vrij als inzake sanctiëring van nationaal recht, om naar eigen inzicht sancties op te leggen. M.a.w., de beleidsvrijheid die de Lid-Staten bij het bepalen van sancties behouden, is een doelgebonden vrijheid, omdat zij gehouden zijn de betrokken communautaire bepalingen doeltreffend te sanctiëren, d.i. genoeg (maar, gelet op het proportionaliteitsbeginsel, niet meer dan nodig) om de doelstellingen ervan te verwezenlijken. Zij moeten daarenboven overtredingen van bepalingen van communautair recht op dezelfde wijze bestraffen als overtredingen van nationale regels van een zelfde aard en belang ⁴⁵, zodat de rechtsonderhorigen op gelijke wijze tot naleving van communautair recht als van nationaal recht worden aangezet. Er is echter nog meer: wanneer de Lid-Staten optreden ter uitvoering van het gemeenschapsrecht, zijn zij, zo komt het ons voor, gehouden de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht (en o.m. de ervan deel uitmakende grondrechten) te eerbiedigen ⁴⁶. In de mate waarin het nationale recht op dat punt niet dezelfde waarborgen zou inhouden, kan dit voor de nationale wet- of regelgever die het communautair recht ten uitvoer legt, bijkomende beperkingen inhouden ⁴⁷.

Een tweede, met het eerste nauw verbonden domein betreft het verzekeren van een adequaat systeem van rechtsbescherming om de handhaving te verzekeren van op het gemeenschapsrecht gebaseerde aanspraken. Deze rechtsbescherming is immers in belangrijke mate aan de nationale rechter opgedragen, aangezien het communautair recht doorgaans noch procedureregels, noch een afdwingingsmechanisme omvat. In dat opzicht zijn de Lid-Staten gehouden, op grond van het in de gemeenschapstrouw vervatte samenwerkingsbeginsel, om in de nationale rechtsorde de bevoegde rechter aan te wijzen evenals in procesgangen en -regels te voorzien voor deze rechtsoverdringen. Ook hier geldt de regel dat voor de handhaving van deze aanspraken een even efficiënte rechtsbescherming moet bestaan als voor

de handhaving van soortgelijke op het nationaal recht gebaseerde aanspraken ⁴⁸.

C. Samenwerking op bestuursniveau

14. Samenwerking op bestuursniveau tussen de Gemeenschap, d.i. in hoofdzaak de Commissie, en de nationale administraties — in al hun geledingen — biedt een vruchtbaar toepassingsgebied voor het beginsel van gemeenschaps-trouw. De talrijke implicaties ervan zijn evenwel nog niet grondig geanalyseerd ⁴⁹.

Aan de kant van de Commissie moet daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen de terreinen waarop de Commissie een sturings/toezichtsfunctie uitoefent, d.i. waarvoor zij de nodige bevoegdheden bezit om bij wijze van concrete en individuele maatregelen zelf haar beleid ten uitvoer te leggen (kartel-, dumping-, staalbeleid) of het toch van nabij te controleren (overheidssteun, handelspolitiek), en de terreinen waarop zij voornamelijk een beheersfunctie uitoefent over de communautaire begrotingsmiddelen die immers vaak via de nationale administraties, ingevolge communautaire bepalingen, onder de rechthebbenden worden verdeeld (Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw, stelsel van monetair compenserende bedragen, Europees Sociaal Fonds) ⁵⁰.

Aan de kant van de Lid-Staten liggen de zaken verschillend naargelang de Lid-Staat al dan niet een federale of federaliserende rechtsorde heeft waardoor de samenwerking met de Lid-Staat op communautair niveau al dan niet gecombineerd moet worden met de samenwerking binnen de Lid-Staat tussen het centrale niveau en het regionale niveau.

15. De interbestuurlijke relatie tussen de gemeenschapsadministraties (in hoofdzaak de diensten van de Commissie) en de nationale administraties is in de Verdragen en het secundaire gemeenschapsrecht slechts op schematische wijze geregeld. Het Hof van Justitie heeft evenwel geoordeeld dat de belangrijkste leemtes dienen te worden opgevuld met behulp van twee (op elkaar inwerkende) grondbeginselen: de hoofdzaak van loyale samenwerking tussen de communautaire en de nationale autoriteiten ⁵¹, en de eerbied voor de

de sociale verordeningen op het stuk van het wegvervoer, *PB*, 1985, nr. C 348, blz. 1.

⁴⁵ Zie Hof van Justitie, 21 september 1989, zaak 68/88, Commissie/Griekenland, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, r.o. 24, en het hiervoor in noot 41 geciteerde arrest van 10 april 1984.

⁴⁶ In die zin Hof van Justitie, 30 september 1987, zaak 12/86, Demirel, *Jurispr.*, 1987, 3747, r.o. 28, en 13 juli 1989, zaak 5/88, Wachauf, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*. Zie ook K. LENAERTS, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, 1988, blz. 580 e.v., die uit de rechtspraak van het Hof afleidt dat de Lid-Staten de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht in acht moeten nemen telkens wanneer hun op grond van artikel 5 EEG een handelings- of onthoudingsverplichting toevalt.

⁴⁷ Voor meer bijzonderheden, zie conclusie van de eerste auteur dezes in zaak 326/88, Hansen, genomen op 5 december 1989, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, in verband met een systeem van objectieve penale verantwoordelijkheid, dat werd onderzocht in het licht van het beginsel *nulla poena sine culpa*.

⁴⁸ Zie Hof van Justitie, 16 december 1976, zaak 45/76, Comet, *Jurispr.*, 1976, 2043, r.o. 13, en zaak 33/76, Rewe, *Jurispr.*, 1976, 1989, r.o. 5. In beide zaken ging het om de toepassing van door het nationale recht ingestelde beroepstermijnen (voorgeschreven op straffe van verval van rechten) op de instelling van vorderingen tot terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde heffingen.

⁴⁹ Men raadplege in dit verband U. EVERLING, «Elemente eines europäischen Verwaltungsrechts», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1983, 649, evenals J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, deel 1, 1988, 659 blz., en de bespreking daarvan door J. MERTENS DE WILMARS in *T.P.R.*, 1989, 919 e.v.

⁵⁰ J. SCHWARZE, o.c., duidt deze twee functies aan met «gemeenschapsinterne» en «gemeenschapsexterne Verwaltung». In het tweede geval is de communautaire administratie een «conceptie»-administratie, de nationale een «uitvoerings»-administratie: aldus J. MERTENS DE WILMARS, *loc. cit.*, blz. 921.

⁵¹ Dit beginsel is uitdrukkelijk opgenomen in de laatste alinea van artikel 5 van het EGKS-Verdrag, die als volgt luidt: «De instellingen van de Gemeenschap verrichten (de hun opgedragen) taak met een beperkt administratief apparaat in nauwe samenwerking

gelijkheid tussen de economische agenten in de onderscheiden Lid-Staten, die immers de voornaamste belanghebbenden zijn bij een loyale samenwerking, en het daaruit voortvloeiende vereiste van een correcte en eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht⁵². Het is vooral op het vlak van de hiervoor genoemde beheersfunctie van de Commissie dat die grondbeginselen niet alleen verplichtingen impliceren voor de Lid-Staten maar ook voor de Commissie. Op dat vlak beschikt deze laatste vaak over een aanzienlijke beoordelingsmarge, onder toezicht weliswaar van het Hof van Justitie, om de financiering te weigeren van de belangrijke geldsommen die de Lid-Staten hebben toegekend, omdat zij niet in overeenstemming met de desbetreffende communautaire bepalingen zouden zijn uitbetaald. Voor de Commissie nemen die verplichtingen de vorm aan van door haar na te leven, in de rechtspraak van het Hof geconcretiseerde, *beginselen van behoorlijk bestuur*, zoals de plicht om de rekeningen binnen redelijke termijnen te vereffenen⁵³, de eis om vervaltermijnen (die voor een Lid-Staat het verlies tot gevolg hebben van reeds toegezegde financiële steun) in duidelijke en nauwkeurige regels vast te leggen⁵⁴ en de verplichting om de bij de aanvang van een begrotingsjaar vastgestelde richtlijnen voor de toekenning van bedragen niet in de loop van hetzelfde begrotingsjaar te wijzigen met als gevolg dat bedragen die vóór die wijziging zijn aangevraagd, op grond van die wijziging zouden worden geweigerd⁵⁵.

16. In federale (of semi-federale) Lid-Staten heeft de samenwerking tussen Gemeenschap en Lid-Staten, zoals gezegd, een «binnen-staatelijk» verlengstuk. Eigenlijk is dit al te veel gezegd aangezien tegenover de Gemeenschap alleen de Lid-Staat als dusdanig optreedt. Een Lid-Staat heeft immers de vrijheid om de hem toekomende bevoegdheden intern naar eigen goeddunken te verdelen en het gemeenschapsrecht via maatregelen van regionale of plaatselijke overheden ten uitvoer te leggen. Deze bevoegdheidsverdeling ontslaat hem echter niet van de verplichting te zorgen dat de bepalingen van het gemeenschapsrecht (meestal een richtlijn) nauwkeurig in nationaal recht worden omgezet. Bovendien is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een Lid-Staat zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen niet kan beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn nationale rechtsorde⁵⁶. Men heeft dus te maken met een

dubbele, in elkaar grijpende samenwerkingsplicht: de samenwerking tussen de Gemeenschap en de Lid-Staat moet, aan de kant van Lid-Staat, worden waargemaakt over de samenwerkingsplicht die centrale en regionale overheden elkaar over en weer binnen die Lid-Staat verschuldigd zijn. M.a.w., gemeenschapstrouw en bondstrouw vullen elkaar aan.

De Bondsrepubliek is ongetwijfeld binnen de Gemeenschap de Lid-Staat die de grootste ervaring heeft met dit ineengrijpen van «gemeenschaps-» en «bondstrouw». We blijven daarom even stilstaan bij de Duitse regeling dienaangaande. Uitgangspunt is het *Gesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte* van 28 februari 1986⁵⁷, waardoor de Europese Akte in de Bondsrepubliek door de *Bundestag* met de instemming van de *Bundesrat* (d.i. het orgaan waarin de *Länder* vertegenwoordigd zijn, hierna Bondsraad genoemd) is goedgekeurd. Daarin worden tevens, in artikel 2, de relatie tussen de Bondsregering en de Bondsraad geherstructureerd wat betreft het optreden van de Bondsrepubliek in E.G.-verband. Het komt hierop neer dat (i) de Bondsregering de Bondsraad uitgebreid en zo vlug mogelijk informeert over alle in het raam van de Europese Gemeenschap voorgenomen handelingen, die voor de *Länder* van belang kunnen zijn; (ii) dat zij de Bondsraad vooraf in de gelegenheid stelt om stelling te nemen ten aanzien van alle E.G.-besluiten die uitsluitende bevoegdheden van de *Länder* betreffen of die hun wezenlijke belangen raken; (iii) dat zij deze stellingname in overweging neemt en in haar besluitvorming betreft met dien verstande dat, wanneer het gaat over een uitsluitende bevoegdheid van de *Länder*, de Bondsregering van de stellingname van de Bondsraad enkel mag afwijken, met mededeling van redenen, op grond van gebiedende redenen van buitenlandse politiek of «integratiepolitieke» aard; (iv) voor zover dat voor haar mogelijk is, moet de Bondsregering desgewenst vertegenwoordigers van de *Länder* bij de besprekingen en overlegcommissies van de EG-Raad en de Commissie betrekken⁵⁸.

Ingevolge deze bepaling hebben de Bondsregering en de regeringen van de (elf) *Länder* op 17 december 1987 een (bij mijn weten niet gepubliceerde) overeenkomst gesloten, waarin de voornoemde informatie en handelingsverplichtingen nader «im wechselseitigem Treueverhältnis» worden gepreciseerd. Wat de eventuele aanwezigheid van vertegenwoordigers van de *Länder* bij de beraadslagingen op het communautaire vlak betreft wordt een lijst van commissies aangelegd en wordt de aanwijzing en het aantal (één of twee) van dergelijke vertegenwoordigers geregeld evenals de manier waarop zij aan de beraadslagingen deelnemen. Daarbij wordt uitdrukkelijk overeengekomen dat de leiding van de delegatie en de spreekverantwoordelijkheid bij de Bondsregering ligt, maar dat een landsvertegenwoordiger met de

met de belanghebbenden» (de term «belanghebbenden» in het EGKS-Verdrag omvat zowel de kolen- en staalondernemingen als de Lid-Staten).

⁵² Zie Hof van Justitie, 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, *Jurispr.*, 1983, 2633, r.o. 17.

⁵³ Zie bv. Hof van Justitie, 26 mei 1982, zaak 44/81, *Duitsland/Commissie*, *Jurispr.*, 1982, 1855, r.o. 15 (het geschil betrof de vereffening van rekeningen van het Europees Sociaal Fonds).

⁵⁴ Hof van Justitie, 26 mei 1982, geciteerd in de vorige voetnoot, i.h.b. r.o. 16, en 14 november 1989, zaak 14/88, *Commissie/Italië*, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, i.h.b. r.o. 18-19.

⁵⁵ Hof van Justitie, 1 oktober 1987, zaak 84/85, *Verenigd Koninkrijk/Commissie*, *Jurispr.*, 1987, 3765, i.h.b. r.o. 21-26.

⁵⁶ Zie Hof van Justitie, 14 januari 1988, gevoegde zaken 227 tot en met 230/85, *Commissie/Nelgië*, *Jurispr.*, 1988, 1, r.o. 9-10, en de conclusie van de advocaat-generaal MANCINI, nr. 2 *in fine*, die erop wijst dat het beginsel van gemeenschapstrouw zich ertegen verzet dat een Lid-Staat in zijn nationale rechtsorde een wet — zelfs

van constitutionele rang — opneemt welke de doelstellingen van de verdragen in gevaar kan brengen.

⁵⁷ *Bundesgesetzblatt*, 1986, *Teil II*, 1102 e.v.

⁵⁸ Dat de toepassing van deze afspraken niet steeds rimpelloos verloopt, blijkt uit twee recente beslissingen van het *Bundesverfassungsgericht* van resp. 12 mei 1989 en 11 april 1989, waarin telkens een verzoek in kort geding werd afgewezen van de Vrijstaat Beieren dat ertoe strekte het (stem)gedrag van de Bondsregering in de Europese Raad te beïnvloeden. De beslissing over de grond van de zaak is nog niet gevallen.

toestemming van de delegatieleider verklaringen mag afleggen. Met kenmerkende Duitse grondigheid worden al deze punten verder binnen het Bondsministerie voor Economie in detail geregeld ⁵⁹.

D. Samenwerking op rechterlijk niveau

17. Het is niet de bedoeling hier in te gaan op de in de Verdragen zelf, via de prejudiciële vraagstellingsprocedure, voorziene samenwerking tussen nationale rechtscollèges en het Hof van Justitie. De aandacht gaat veeleer naar een minder bekende toepassing van de in de gemeenschapstrouw vervatte samenwerkingsplicht, en wel naar de verplichting van nationale rechters om nationale wetgeving op «gemeenschapsconforme» wijze te interpreteren.

De problematiek duikt voornamelijk op in verband met de interpretatie en toepassing van richtlijnen. Zoals bekend kunnen de in richtlijnen vervatte regels onder bepaalde omstandigheden, wanneer de termijn voor correcte omzetting van de richtlijn in nationaal recht verstreken is, directe werking hebben ten aanzien van de in gebreke blijvende Lid-Staat (en de onder hem ressorterende overheidsinstellingen). Na enige aarzeling heeft het Hof van Justitie daarentegen beslist «dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen» ⁶⁰. Dit betekent, m.a.w., dat een richtlijn, uit zichzelf, geen werking tussen particulieren kan hebben (zogenaamde horizontale rechtstreekse werking).

18. Deze stellingname heeft het Hof echter niet belet te oordelen dat nationale rechters in een geschil tussen particulieren – waarbij een nationale bepaling ter sprake komt die op het eerste gezicht onverenigbaar blijkt te zijn met een richtlijn – gehouden zijn deze nationale bepaling *conform de richtlijn* te interpreteren. Deze verplichting volgt, aldus het Hof, uit artikel 5 EEG-Verdrag, op grond waarvan alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten, en dus ook de rechterlijke instanties, de nakoming van de uit

een richtlijn voortvloeiende verplichtingen moeten verzekeren ⁶¹. In de zaak waarin het Hof deze formule voor het eerst gebruikte naar aanleiding van een prejudiciële vraag uitgaande van een Duitse rechter, leidde die rechter daaruit af dat hij de bewuste nationale bepaling niet volgens de in de eigen nationale rechtsorde gebruikelijke (ruime) interpretatiemethode mocht uitleggen, maar dat hij haar integendeel op strikte wijze moest interpreteren, zodat aan het geschil een «richtlijnconforme» oplossing kon worden gegeven, nl. door terug te vallen op een meer algemene nationale bepaling waarvan de eerste *afweek* ⁶².

Een uiteenzetting over de precieze draagwijdte en het nut van gemeenschapsconforme interpretatie van nationale bepalingen ⁶³ zou het bestek van dit preadvies te buiten gaan. Volstaan moge worden met erop te wijzen dat, zoals er op het stuk van de regelgevende activiteit bijkomende beperkingen of eisen kunnen worden opgesteld aan de beleidsvrijheid van de nationale regelgever wanneer hij nationale regelen uitvaardigt ter uitvoering van gemeenschapsrecht (hiervoor, nr. 13), er dus ook op het stuk van de rechterlijke activiteit bijkomende beperkingen of eisen kunnen worden gesteld aan de interpretatievrijheid van de rechter wanneer die nationale bepalingen in het licht van communautaire bepalingen dient uit te leggen.

III. VRAAG- EN RAAKPUNTEN, BIJ WIJZE VAN CONCLUSIE, NAAR/MET DE BELGISCHE STAATSSTRUCTUUR

19. Het voorgaande schetsmatige overzicht toont de niet te veronachtzamen rol aan die het beginsel van de gemeenschapstrouw speelt bij het vormgeven en moduleren van de verhoudingen tussen Gemeenschap(sorganen) en Lid-Staten. Niettegenstaande de eigenheid van de Europese Gemeenschap (in het bijzonder het principe van de primauté van het gemeenschapstrouw en de «doelgebonden aard» van de door de Verdragen ingestelde rechtsorde), biedt het niettemin waardevolle punten van vergelijking met de werking van federale systemen of federale systemen in wording, zoals het Belgische.

Wegens de eigenheid van de Europese constitutionele structuur zijn de hierna geformuleerde bedenkingen veeleer bedoeld als vraagbakens en bruggen naar het preadvies over het Belgische grondwettelijke recht, dan als voorstellen ter verbetering van de Belgische staatsstructuur. Zij doen tevens dienst als conclusies van wat voorafgaat.

a. Aan een constitutionele orde met federale inslag ligt onvermijdelijk een beginsel van gemeenschaps- of bondstrouw (hierna eenvoudigweg «het beginsel» genoemd) ten grondslag. Het is aangewezen om een dergelijk beginsel – en dan zelfs ruimer geformuleerd dan het geval is in artikel 5 EEG (hiervoor, nr. 3) – uitdrukkelijk te voorzien. Eveneens lijkt het in de logica van een (pre)federale systeem zelf

⁵⁹ Terloops zij een financiële uitloper van de intern-federale structuur vermeld. Zoals hiervoor (nr. 15) gezegd, kan de Commissie de terugbetaling weigeren van door Lid-Staten aan rechthebbenden uitbetaalde bedragen, zoals premies of restituties, wanneer zulke betalingen door de Lid-Staat in strijd met bepalingen van gemeenschapsrecht zijn verricht. Als die betalingen in overeenstemming met de interne bevoegdheidsregeling door de overheid van een Land of regio zijn verricht, rijst de vraag naar de interne financiële aansprakelijkheid bij weigering van terugbetaling: vallen de financiële gevolgen ten laste van de centrale overheid (die immers tegenover de Gemeenschap de Lid-Staat vertegenwoordigt) of, integendeel, van de regionale overheid (die binnen de interne rechtsorde bevoegd is en de bij veronderstelling ongerechtvaardigde uitbetaling heeft gedaan)? Over dit delicate probleem is ook binnen de Bondsrepubliek tot dusver geen politieke consensus bereikt. Zie daarover W. STORCK, «Verteilung der Finanzierungslast in der Bundesrepublik Deutschland bei Nichtanerkennung von Ausgaben durch den EAGFL-Garantie», *Agrarrecht*, 8/88, 216, waarin de problematiek vanuit het oogpunt van de centrale administratie wordt besproken.

⁶⁰ Hof van Justitie, 26 februari 1986, zaak 152/84, Marshall, *Jurispr.*, 1986, 723, r.o. 48. Daarover in een ruim perspectief P.E. MORRIS, «The Direct Effect of Directives – Some recent developments in the European Court», *Journal of Business Law*, 1989, 233 e.v. en 309 e.v.

⁶¹ Aldus het arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, reeds geciteerd in noot 41, r.o. 26.

⁶² Arbeitsgericht Hamm, 6 september 1984, *Der Betrieb*, 1984, 2700.

⁶³ Daarover in een ruim perspectief, Y. GALTOT en J.C. BONICHOIT, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national», *Rev. fr. droit adm.*, 1988, 1, i.h.b. blz. 20 e.v.

te liggen (ook al zou het systeem, zoals in de Europese rechtsorde wél het geval is, geen hiërarchie tussen conflicterende normen kennen), dat het beginsel rechterlijk afdwingbaar is. De zeer ruime interpretatie die het Hof van Justitie aan de afdwingbaarheid van het beginsel van gemeenschapstrouw heeft gegeven (overigens deed het zulks vaak in het kader van procesgangen die particulieren ter beschikking staan, vooral de prejudiciële procedure), heeft ertoe geleid dat het gaandeweg een veelzijdige concrete inhoud heeft verkregen. Ook in de Belgische constitutionele structuur is plaats voor een soortgelijk rechterlijk optreden, al dient rekening te worden gehouden met de meer beperkte gronden waarop het Arbitragehof de verenigbaarheid van wetten en decreten met de Grondwet kan nagaan⁶⁴.

b. In de rechtspraak van het Hof van Justitie worden in het beginsel drie dimensies onderscheiden: (i) het verbiedt de gemeenschapsinstellingen en de Lid-Staten (hierna kortweg «entiteiten» genoemd) misbruik te maken van hun bevoegdheden door te vereisen dat zij bij de uitoefening daarvan die manier kiezen welke het functioneren van de andere entiteiten het minst in het gedrang brengt; (ii) het verplicht de entiteiten loyaal met elkaar samen te werken ter verwezenlijking van de in de Verdragen geformuleerde doelstellingen; (iii) het verplicht, onder duidelijk afgelijnde omstandigheden en voorwaarden, ook tot solidariteit. Het beginsel speelt, in deze drie dimensies, op alle vlakken: tussen «centrale» en «regionale» entiteiten, tussen de «regionale» entiteiten onderling, en tussen de instellingen (organen) van de entiteiten. Concreet betekent het dat de verschillende entiteiten verplicht zijn alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de (als constitutioneel handvest fungerende) Verdragen te verzekeren en elkaar de vervulling van de eigen opdracht te vergemakkelijken, en dat zij zich van elk optreden moeten onthouden dat de doelstellingen van de door de Verdragen ingestelde rechtsorde in gevaar zou kunnen brengen. Het driedimensioneel karakter van het beginsel lijkt ook voor de Belgische constitutionele structuur als leidraad te kunnen dienen.

c. Kenmerkend voor een federale of federaliserende constitutionele orde is, dat de bevoegdheden ook verticaal over verschillende beslissingsniveaus verspreid liggen. De rol die het beginsel van gemeenschapstrouw speelt bij het afgrenzen van bevoegdheidssferen en het beslechten van bevoegdheids geschillen, kan in de Europese rechtsorde niet worden los gezien van het principe van de primautiteit van het gemeenschapsrecht. In het *AETR*-arrest (hiervoor, nr. 9) functioneerde het beginsel aldus ter ondersteuning van het «effet utile» van de externe verdragssluitende bevoegdheid van de Gemeenschap op een gebied waar de Gemeenschap geen exclusieve bevoegdheid had, in die zin dat het beginsel de Lid-Staten verplichtte ook daar de primautiteit van de gemeenschapsbevoegdheid te eerbiedigen. In de visserij-arresten daarentegen (hiervoor, nr. 10) functioneerde het beginsel op een gebied waar de Gemeenschap wel exclusieve bevoegdheden bezat, niet zozeer als «versterker» van de primautiteit van het gemeenschapsrecht, maar wel ter consolidering van de exclusiviteit van deze bevoegdheid: ook wanneer de Gemeenschap er niet in slaagt haar bevoegdheid daadwerkelijk

uit te oefenen, mag dit stilzitten niet leiden tot het «renationaliseren» van het bewuste bevoegdheidssterrein. In een federaal systeem zoals het Belgische dat (i) geen primautiteit van een bepaald niveau kent, (ii) principieel slechts exclusieve (zij het binnen een bepaald gebied eventueel verdeelde) bevoegdheden kent en (iii) omdat de bevoegdheidsoverdracht, anders dan in het Europese systeem, van het centrale naar het regionale niveau verloopt, centrifugale in plaats van centripetale trekken vertoont, ligt een dergelijke rechterlijke opstelling minder voor de hand. Toch zal ook in een systeem met principieel exclusieve maar niettemin verdeelde bevoegdheden, aan de hand van het beginsel van loyale en trouwensvolle samenwerking een omschrijving moeten plaatsvinden van ontoelaatbare bevoegdheidsuitoefening, m.a.w. van beperkingen die aan de bevoegdheidsuitoefening moeten worden gesteld op grond van het samengaan van verschillende beleidsniveaus in één enkel staatsverband⁶⁵. Dit laatste is, net zoals in de Europese rechtsorde, een taak die bij uitstek aan de rechter toekomt.

d. De hierboven gesignaleerde, niet te onderschatten verschillen tussen de Europese rechtsorde met normenhiërarchie en een federale (of federaal geïnspireerde) rechtsorde zoals de Belgische zonder normenhiërarchie beletten evenmin dat het beginsel van loyale samenwerking in beide rechtsorden (en dus ook binnen de Belgische, in het kader van de in het vorig punt gesignaleerde noodzaak van de omschrijving van toelaatbare bevoegdheidsuitoefening) geroepen is om in sommige gebieden de realisering van welomschreven doelstellingen te vergemakkelijken.

Zo bv. streeft de Europese Gemeenschap sedert de Eenheidsakte naar het *tot stand brengen* van een «interne markt», d.w.z. «een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van het EEG-Verdrag» (artikel 8A EEG), terwijl de opzet in België op hetzelfde gebied eerder ligt in het *in stand houden* van een «economische en monetaire unie» (cf. artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1988). Niettegenstaande de bestaande verschillen komt het er in beide gevallen op aan deze doelstellingen hun volle inhoud, d.i. «effet utile», te geven. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft dit principe toegepast om de bevoegdheid van de Gemeenschap op een bepaald beleidsgebied zó te interpreteren dat de Gemeenschap niet de nodige middelen worden onzegd voor het voeren van dit gemeenschappelijk beleid (hiervoor, nr. 9) en dat de Lid-Staten zich moeten onthouden van maatregelen die de mededingingsstructuur van de gemeenschappelijke markt zouden aantasten (hiervoor, nr. 12). Deze uitspraken kunnen vergeleken worden met een recent arrest van het Arbitragehof, waarin een (fiscale) bevoegdheidsuitoefening van een Gewest o.m. werd getoetst aan «de globale staatsopvatting» en «het globale kader van de Belgische staatsstructuur», dat volgens het Hof berust op een

⁶⁵ Zie A. ALEN en P. PEETERS, «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *T.B.P.*, 1989, 343, met uitgebreide verwijzingen naar P. PEETERS, *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische Staatshervorming*, doctoraal proefschrift, Antwerpen, 1988.

⁶⁴ Zie daarover M. LEROY, «Sens et non-sens dans le règlement des conflits», *J.T.*, 1989, 557.

economische en monetaire unie ⁶⁶. In al deze uitspraken kan een verplichting van terughoudendheid bij de uitoefening van bevoegdheden op één niveau ten bate van een ander niveau worden gelezen, wanneer dit nodig is ter verwezenlijking van een bepaalde doelstelling.

e. Met betrekking tot het in België zo delicaat liggende punt van de externe betrekkingen wagen wij het niet veel verder te gaan dan het hiervoor gestelde. Uit het Europese recht kunnen twee punten worden onthouden: enerzijds, dat uit het principe van «*effet utile*» (weliswaar gecombineerd met dat van de primauté van het Europese recht) kan worden afgeleid dat, wie op het interne vlak beleidsbevoegdheden heeft, deze ook in het verlengde daarvan naar buiten moet kunnen uitoefenen; anderzijds, dat uit het beginsel van een loyale samenwerking een zekere verplichting van terughoudendheid kan voortvloeien om, gelet op de in een concreet gebied doorgevoerde verdeling van bevoegdheid en recht evenredig daarmee, het andere niveau te laten voorgaan. Geen van deze twee punten hoeft in de weg te staan aan concrete afspraken tussen de onderscheiden niveaus — intege-

deel, het samenwerkingsbeginsel verplicht hen het maken daarvan loyaal na te streven — omtrent de organisatie van spreekverantwoordelijkheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid tussen de onderscheiden niveaus zowel op het vlak van de Gemeenschap als op dat van de Staat in verband met deelneming aan internationale of supranationale besprekingen.

f. Afdalend van het vlak van de (fraaie) beginselen naar het vlak van de (dagelijkse, wat verformfaaide) praktijk moet men vaststellen dat ook binnen de Europese Gemeenschap de samenwerking op bestuursniveau een nog niet ten volle ontgonnen gebied is. Toch komt daar reeds duidelijk tot uiting dat, zeker in gebieden waar voor rekening van andere entiteiten financiële middelen worden beheerd of uitgaven worden geprefinancierd, de interbestuurlijke relaties in concreto zullen moeten worden gemoduleerd overeenkomstig eventueel aangepaste beginselen van behoorlijk bestuur; eventueel aangepast omdat het hier gaat over relaties tussen overheden en niet om relaties tussen overheid en burgers. Deze beginselen kunnen bv. vereisen dat, wanneer aan een bepaalde gedraging een verlies van financiële middelen is verbonden, een dergelijke «*sanctie*» slechts zou worden toegepast als de «*gesanctioneerde*» gedraging op voorhand duidelijk genoeg is omschreven (hiervoor, nr. 15).

⁶⁶ Arbitragehof, rol nr. 45 — arrest nr. 47, 25 februari 1988, B.S., 17 maart 1988, en de bespreking ervan door A. ALEN en P. PEETERS, *o.c.*, T.B.P., 1989, 345-346.

Over de goede trouw in de institutionele relaties binnen een federatie

Een reactie van J. GIISSELS op het rapport van W. VAN GERVEN

Aanloop

Hoeft de commentaar die men op een congres van een "respondent" verwacht, noodzakelijkerwijze in te gaan tegen de analyse, het betoog en de besluiten van de preadviseur? Hopelijk niet, want het zou in dit geval, met het uitstekende preadvies van prof. Walter Van Gerven en referendaris Hans Gilliams als onderwerp, een hopeloze opgave zijn. We laten dus de harmonie gedijen, met ten hoogste — een opdracht is een opdracht — een paar kanttekeningen om mogelijke misverstanden te kunnen uitpraten en enkele beschouwingen bij de conclusies van de preadviseur.

"De aan 'bondstrouw' c.q. 'gemeenschapstrouw' inherente gedachte is dat er een wederzijds respect voor elkaars bevoegdheden en een daadwerkelijke bereidheid tot samenwerking moeten bestaan tussen de verschillende acteurs (...) met het oog op een goede werking van de gehele rechtsorde."

Gemeenschapstrouw is een beginsel met drie dimensies of aspecten, die zijn: de plicht de eigen verplichtingen correct uit te voeren en de eigen bevoegdheden niet te misbruiken; de plicht een loyale en actieve medewerking te verlenen aan het realiseren van de in de verdragen geformuleerde doelstellingen; binnen zekere grenzen, de plicht tot solidariteit.

Aldus de preadviseur.

De gemeenschapstrouw is derhalve niet alleen onontbeerlijk als een minimumeis voor de goede werking van het systeem ("correcte uitvoering van de aangegane verplichtingen", wat niet méér zou kunnen zijn dan een soort houterig conformisme met zo weinig mogelijk inzet en geen toekomstperspectief), maar bovendien is zij een factor van dynamische ontwikkeling naar de eigen finaliteit van de hele opzet ("de actieve medewerking aan het realiseren van de in de Verdragen geformuleerde doelstellingen en de plicht tot solidariteit").

De respondent juicht toe.

De preadviseur toont aan dat het beginsel zijn neerslag heeft gevonden in de verdragsteksten en vooral dat het Hof van Justitie vaak op het beginsel een beroep heeft gedaan om bevoegdheidsgeschillen te beslechten.

Is het niet juist omdat het Hof van het begin af de fundamentele wezenskenmerken van de EG, de specifieke eigenheid van die nieuwe rechtsorde en vooral de doelstellingen van de Europese integratie in acht heeft genomen, dat het met zijn veeleer teleologische dan legalistische opstelling, meteen grote waardering heeft genoten en dat het in de barre tijden tussen 1963 en het begin der jaren tachtig de enige institutionele hoedster is geweest van de gemeenschapsidee?

Tot hier dus alleen maar harmonie.

De klemtonen lijken wel iets anders te kunnen worden gelegd, wanneer het gaat om de rechtstheoretische duiding van de gemeenschapstrouw. Die rechtstheoretische duiding, hoe

emfatisch het woord moge klinken, is nodig indien men "uit de ontwikkelingen op het EG-vlak lering wil trekken voor de Belgische staatsstructuur", wat de preadviseur uitdrukkelijk wenst en, meer algemeen, indien men wil aansluiten bij het thema van het congres "de goede trouw" in al zijn toepassingsferen, zo privaatrechtelijke als publiekrechtelijke, zo nationale als Europese of internationale.

Goede trouw als beginsel van recht

Goede trouw (en dus ook EG-gemeenschapstrouw, Bundestreue en de Belgische "staatsvormingstrouw" waarvoor wij, taalslome spitstechnologen, nog geen woord hebben gevonden) is een "rechtsbeginsel", zo zegt men. De preadviseur vermijdt het woord: hij heeft het over het "beginsel". Terecht, want een zgn. rechtsbeginsel is slechts "een beginsel van recht", een uitgangspunt voor de rechtsvorming, een grondslag waarop het recht steunt, een voedingsbodem waaruit men recht put, het doel waarop het recht is gericht, om het even de beeldspraak, maar géén récht, in de positiefrechtelijke zin van het woord.

"Een beginsel heeft de ruime betekenis van de fundamentele opvattingen die de mens op verschillende levensterreinen heeft" (Grote WP, V° Beginsel). Ook in het recht. Beginselen zijn ethische normen, staatkundige concepten, politieke theorieën, sociale doelstellingen, die in een bepaalde gemeenschap leven, die de gemeenschap een eigen aanzijn geven en die, om daadwerkelijk de relaties binnen die gemeenschap te kunnen bepalen, in het recht (moeten) worden geïntroduceerd. Rechtsvorming is nooit méér en ook nooit minder dan het introduceren (uitwerken, zegt Scholten) in de rechtssfeer van ideeën, overtuigingen, ethische gevoelheden, middelen om bepaalde doelen te verwezenlijken e.a., die bij bepaling niet juridisch zijn. Het recht is het middel om de beoogde waarden, ideeën en belangenstreven in de uiterlijke relaties van de gemeenschapsleden te actualiseren. Het komt de rechtsvormers toe dat te doen: de grondwetgever (daarmee zijn de voormalige oostbloklanden heden doende), de wetgever, of hij bijzonder is of gewoon, de bestuursoverheden, de verdragsluitende partijen in de internationale relaties, de contractanten in de particuliere sector en ook de rechters op alle niveaus. Zij putten uit de "materiële rechtsbronnen" en zij creëren de "formele rechtsbronnen": grondwetten, wetten, verdragen, contracten, rechtspraak. (Mijn reactie begint op een college te lijken, zodat ik voor het overige moge verwijzen naar mijn "Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht", *R.W.*, 1988-89, 1105).

Voor de Europese Gemeenschappen is dat vooraf voorgehouden te realiseren beeld, dat programmatisch doel, het volgende: om de verarmende en zelfs gevaarlijke antagonismen van enkele gelijkgezinde buurlanden op te vangen

wordt een organisatie opgericht die bevoegd wordt gemaakt voor een aantal aangelegenheden en bekleed met normatieve, bestuurlijke en rechterlijke functies en bekwaam om als een eenheid naar buiten op te treden; alle niet overgedragen bevoegdheden blijven de lidstaten eigen; de overdracht van aangelegenheden wordt etappegewijze verruimd, met als uiteindelijk doel de totstandkoming van een politieke federatie.

Bij de Belgische staatsvorming was het de doelstelling om vanuit de centrale staat aangelegenheden toe te wijzen aan de samenstellende bevolkingsdelen opdat zij voor die aangelegenheden de autonomie verwerven waarvan het ontbreken aanleiding heeft gegeven tot een vrij frustrerend en soms bewogen samenleven; er worden te dien einde instellingen opgericht van normatieve en bestuurlijke aard waarbij, volgens het federaal model, de staat de niet toegewezen bevoegdheden (voorlopig?) voor zich houdt; bovenaan waakt een Arbitragehof over de naleving van die constitutionele doelgerichte afspraken.

Kanttekeningen

Het is vanuit die al te summiere begripsomschrijving van het "beginsel" dat, mede ter verduidelijking ervan, enkele kanttekeningen worden gemaakt bij het preadvies.

1. Goede trouw in het privaatrecht en in het publiekrecht

Dat de goede trouw "een uit het privaatrecht stammend begrip" is en de "gemeenschapstrouw een constitutioneel of institutioneel begrip" (Inleiding, 1), maakt m.i. geen verschil. Beide begrippen komen uit dezelfde gemeenschappelijke sfeer van ideeën die fundamenteel zijn voor de wijze waarop in onze regimes recht moet worden gemaakt, begrepen en beoefend. Zij vertonen dus méér dan "raakpunten" (ibidem). Het gaat erom dat in juridische relaties loyaliteit, correctheid, redelijkheid, evenredigheid moeten heersen, dat men er als gentleman, behoorlijk moet optreden, dat men zelfs als men het recht aan zijn zijde heeft, de andere niet noodloos moet schaden, dat men, indien men iets samen heeft afgesproken, trouw moet blijven aan die gemeenschappelijke doelstelling.

De aandachtige lezer zal gemerkt hebben dat ik dezelfde woorden en uitdrukkingen gebruik als de preadviseur. Ik stem met dat woordgebruik volkomen in, maar ik onderstreep dat die woorden en uitdrukkingen stuk voor stuk wijzen op ethische waarden. Zij zijn te herleiden tot de eerbied voor de andere (de "Anerkennung"), onverschillig of die andere de gehuwde vrouw is, een debiteur, het Waalse Gewest, het Land Hessen in de BRD of Griekenland in de EG. Het onderscheid "privaat-/publiek recht" speelt daarbij geen rol.

2. Is een beginsel "afdwingbaar"?

Moeilijker ligt de idee dat het beginsel van de gemeenschapstrouw een "rechterlijk afdwingbaar principe" zou zijn (onder I.3). Misschien stoort mij alleen het woordgebruik. Maar misschien gaat het om een dieper meningsverschil dat erin zou bestaan dat de preadviseur een "beginsel" als positief recht zou opvatten terwijl ik dat uiteraard niet doe. Zoals zij is geformuleerd geeft de idee in ieder geval de indruk dat men van de rechter (of in een vroeger stadium van de rechtspartner) kan eisen tot en met de afdwingbaarheid, een beginsel toe te passen (hier de goede trouw), tégen

de wet, het verdrag of het contract in. Zo zie ik het niet. Het is de rechter zelf (toegegeven, daartoe aangespoord door een der partijen) die een beroep doet op een boven-juridische waarde om de onrechtmatige gevolgen van een blote rechtstoepassing te verijdelen. Rechtsgenoten kunnen er zich op beroepen, maar zij kunnen het niet "afdwingen". De rechter zelf zet derhalve een extra-juridische waarde om in een juridisch relevant argument ten behoeve van het rechtmatig rechtsgebruik, daar waar het positief recht zelf in gebreke blijft om rechtmatigheid te doen heersen. Hij doet dat ter vermindering van het "summuni ius", summa iniuria". Maar hoe zou een dergelijk beroep op een beginsel "geëist" kunnen worden en "afdwingbaar" zijn? net of het "positief recht" is? Niemand zal er immers ooit in slagen de concrete reikwijdte, de nauwkeurige inhoud van "goede trouw" af te lijnen. Wie kan met precisie zeggen wat correct, loyaal, gentlemanlike, behoorlijk is? En behoeft het positief recht niet juist die nauwkeurigheid, scherpheid en concreetheid? Feit is dat het de rechter is die in casu recht vormt, door een beginsel de doorslag te laten geven in een concreet rechtsgeschied.

Hij geniet daarbij een uiterst ruime keuzevrijheid. Hij kan zich van een beroep op een beginsel onthouden en het tekstenrecht toepassen. De preadviseur zegt zelf dat het EG-Hof zich t.a.v. sommige bevoegdheidsconflicten ("Organtreue") "vrij afstandelijk" opstelt (onder I.7), t.a.v. andere conflicten veel minder afstandelijk en uitzonderlijk zeer kortdaat. Had men de Franse Republiek rechte kunnen dwingen of voor het Hof eisen dat zij opnieuw haar zegel in de Raad zou komen bezetten in het tweede semester van 1965 (preadvies onder II.2.11, over de "lege-stoel-politiek")? Had men met een beroep op de "gemeenschapstrouw" kunnen afdwingen of met succes voor het Hof eisen dat de lidstaten zouden afzien van de eenparigheid van stemmen en dus van het vetorecht die "de negatie zijn van de communautaire methode" (preadvies, voetnoot 32)? Had men met een beroep op de gemeenschapstrouw kunnen beletten dat de meeste hoofdstukken van het Euratom-Verdrag niet zijn toegepast overeenkomstig de opzet, de globale doelstelling, het communautair concept? (Gegevens over het Hof van Cassatie worden mondeling verstrekt.)

3. Een rechtsbron: een materiële of een formele?

Een beginsel, ook het beginsel van de goede trouw, kan wel als een "afzonderlijke bron van rechten en plichten worden beschouwd" (onder I.3). Aansluitend bij voorgaande kan ik het daarmee eens zijn voor zover men met "bron" een materiële rechtsbron bedoelt zoals die hiervoor is beschreven, niet de formele rechtsbron, namelijk de bronnen van het positieve recht (wet, verdrag, contract, rechtspraak) waartoe de beginselen duidelijk niet behoren.

4. Beginsel en doel

De goede trouw die moet heersen onder de "acteurs" binnen een institutioneel verband als gemeenschapstrouw, Bundestreue of Belgische "staatsvormingstrouw", betreft hoofdzakelijk de afbakening van de bevoegdheden van de ene en de andere. Wanneer de teksten geen uitsluitel bieden, dan kan en doet de rechter niets anders dan onderzoeken wat de bedoeling was van de bevoegdheidsoverdracht (EG), resp. -verdeling (België), en meer algemeen wat het doel is geweest van de oprichting van een supranationale organisatie als de

EG, resp. wat het doel is geweest van de omvorming van een unitaire Belgische staat tot een federale. Hij toetst dan het probleem (het conflict) aan de "globale staatsopvatting" of het "globale kader van de Belgische staatsstructuur", zoals het Arbitragehof dat doet (onder III.19.c) of, zoals het EG-Hof, aan "de algemene doelstellingen van het betrokken verdrag", aan de "bijzondere aard van de communautaire rechtsorde in vergelijking met de internationale rechtsorde" (Costa/ENEL, onder I.3) of aan de "doelgebonden aard" (onder III.19) van de door de Verdragen ingestelde rechtsorde.

Telkens is het doel of de opzet van de institutionele creatie medebepalend. De vraag omtrent de goede trouw luidt dan ongeveer als volgt: is de betwiste gedraging al of niet conform aan het goede doel dat de betrokken partijen beoogden en waaraan zij trouw dienen te zijn?

Het goede-trouwprobleem wordt dan terecht een zaak van teleologische interpretatie. Men moet de eerste en grootste aandacht besteden aan het doel van de bevoegdheidsverdracht (EG) of bevoegdheidsverdeling (België) en erkennen dat de middelen die nodig zijn om dat doel te bereiken, normaliter behoren tot de bevoegdheidssfeer van de entiteit die de opdracht heeft dat doel te verwezenlijken.

Het probleem van de "implied powers" zal dan heel wat minder problematisch worden en men zal dan inzien dat het overbodig was een "implied powers"-bepaling uitdrukkelijk in de bijzondere wet van 1980 in te schrijven (een vergissing die de verdragsluitende partijen van de EG overigens niet hebben begaan).

Met een goed inzicht in de doel-middelrelatie zal men dan ook terecht het "nuttig effect" van de bevoegdheidsverdracht, resp. -verdeling in aanmerking nemen, zoals de preadviseur dat doet (onder III.19.d en c). De bevoegdheden die zijn toegewezen moeten met nuttig gevolg uitgeoefend kunnen worden, anders heeft de bevoegdheidstoewijzing geen zin gehad. Men mag de met bevoegdheid beklede instelling de middelen niet onthouden om met doeltreffendheid die bevoegdheid uit te oefenen. Donner et retenir ne vaut.

Als doelstelling van de Belgische staatshervorming zou men de formulering die de Raad van State heeft gebruikt, voor ogen kunnen houden. De Raad van State heeft het over "de institutionele regelen die beogen het evenwicht en de verstandhouding tussen de Gemeenschappen en de Gewesten, alsmede hun dynamisch samenleven binnen het staatsverband te bevorderen" (advies 18.757/8/VR van 23 november 1989, betreffende het ontwerp van bijzondere wet m.b.t. de Brusselse Instellingen, *Parl. Doc., Senaat*, 514 (1988-89, p. 61, onder II).

De lering voor de Belgische staatsstructuur

1. Uit de voorgaande alinea's blijkt dat ik de constitutionele situaties van de EG en van België in één adem heb genoemd. Mij lijken die situaties en de daarin gestelde problemen inderdaad niet wezenlijk te verschillen. Materie voor lering bestaat er dus onmiskenbaar.

Beide creaties zijn "doelgebonden" (onder III.19). Zij hebben allebei een federale samenlevingsstructuur tot doel waarin wat eigen en autonomiegevoelig is, gehandhaafd wordt binnen (EG) of toebedeeld wordt aan (België) de bevoegdheid van de deeltiteiten en wat daar bovenuit als ge-

meenschappelijk wordt beschouwd, toebedeeld wordt aan (EG) of gehandhaafd wordt binnen (België) de bevoegdheidssfeer van de federale overheid.

2. In beide gevallen gaat het om dynamische processen van geleidelijke uitbreiding in de ene en beperking in de andere richting.

Het tegenover elkaar gebruiken van "handhaven" en "toebedelen", stemt overeen met het verschil dat de preadviseur maakt tussen de centrifugale trekken van de Belgische en de centripetale trekken van de EG-federalisering (onder III.19.d).

Het verschil is technisch-juridisch wellicht minder belangrijk dan psycho-politiek, althans wanneer men de staat als uitgangspunt neemt. Bij de EG-vorming ging de motivering uit van een gevoel van eenheid tussen vrij vergelijkbare bureaus die dat eenheidsgevoelen daadwerkelijk tot zijn recht willen laten komen in een dynamische institutionele structuur: de motivering steunde niet op frustraties of kleine-ringscomplexen. De Belgische hervorming gaat uit van het ongenoegen over de wijze waarop de Staat de bevolkingsgeledingen bejegende. In het ene geval (EG) zal de federale overheid moeten ondersteund, in het andere geval (België) zal zij moeten beschermd worden. Vandaar het verschil dat de preadviseur onderstreept tussen het "tot stand brengen van een interne EG-markt" en het "in stand houden van een Belgische economische en monetaire unie", zoals het Arbitragehof het heeft geformuleerd.

3. Mij ook lijkt het zo niet onontbeerlijk dan toch uiterst nuttig, het beginsel van de "gemeenschapstrouw" in een Belgische wettekst (lieft in de Grondwet) in te schrijven, opdat de "acteurs" en het Arbitragehof zich daarop kunnen beroepen (zonder theoretische omhaal en, wat het hof betreft, zonder verweten te worden zich op het vlak van het beleid en de politiek te begeven). De formulering zal moeilijk zijn (maar wat een boeiende opgave!), wegens de politieke spanningen en het wantrouwen die in België nog heersen. Een dergelijke formuleringsspoging vergt een sereen klimaat tussen complex-vrije Gemeenschappen en Gewesten en een rustige zelfverzekerde Staat: die voorwaarden lijken heden nog niet te zijn vervuld.

4. Met dit voorstel wijkt de preadviseur af van de conclusies van Patrick Peeters in deel II van het andere preadvies ("Bundestreue in het Belgisch grondwettelijk recht"). Volgens Peeters bestaat er geen behoefte aan het beginsel "Bundestreue" daar het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, gekoppeld aan de methode van de systematisch-teleologische interpretatie, volstaat om te bereiken wat men met "Bundestreue" beoogt.

Hierop zij alleen het volgende gezegd. Indien men aanvaardt dat een rechtssysteem slechts goed kan functioneren indien men de in onze samenleving gangbare ethische, ook ethisch-politieke normen in acht neemt, inclusief de trouw aan de gemeenschappelijk gemaakte afspraken met het oog op een bepaalde doelstelling, dan heeft het niet veel belang meer hoe men die normen literair verwoordt als redelijkheid, evenredigheid, billijkheid, eerbied voor de constitutionele afspraken, trouw aan gemeenschappelijke doelstellingen of goede trouw of wat dan ook. Zo gaat het met beginselen. Men kan ze tot in het oneindige vermenigvuldigen, men kan ze evengoed herleiden tot enkele fundamentele (Scholten behoudt er uiteindelijk slechts vier, waaruit alle andere kunnen worden gededuceerd).

Overigens, indien men zou pogen de Belgische Bundestreue een plaats te geven in de Grondwet, dan zou men geen gebruik maken van dit soort woorden van ethische makelij, maar, naar het voorbeeld van artikel 5 EEG of 192 EURATOM, zakelijke zinnen pogen te schrijven, zoals juristen die kunnen gebruiken.

5. Een dergelijke bepaling zou m.i. best de "drie dimensies" die de preadviseur aanwijst (onder I.3 en III.19.b en helemaal vooraan in deze reactienota) als leidraad kunnen gebruiken, mits een belangrijke voorwaarde van te voren wordt vervuld, namelijk de kordate afbakening van de bevoegdheidssferen (hierover hieronder méér).

6. De preadviseur wijst terecht op het grote verschil tussen de EG-situatie, waarin de primauteit geldt van het gemeenschapsrecht, en de Belgische situatie, waarin de principiële exclusiviteitsregel geldt. Een goed lopend Belgisch systeem zou wellicht vereisen dat de nationale overheid zou kunnen evoceren, hetzij om in te springen bij in gebreke blijven van de Gemeenschappen en Gewesten, hetzij wanneer 's lands hoger belang dat zou eisen. Een dergelijk evocatierecht (en zéker dan een primauteitsregel) zullen heden moeilijk aanvaardbaar lijken voor de Gemeenschappen en de Ge-

westen, omdat zij nu reeds het gevoelen hebben zich niet ten volle te kunnen ontplooien bij het tot stand brengen van wat hun is opgedragen. Er bestaan nog steeds al te veel uitzonderingen, beperkingen, restrictieve interpretaties wat hun bevoegdheden betreft. De bevoegdheidsafbakening blijft nog té kartelig en een beroep op de residuaire bevoegdheidsregel nog te halstarrig, opdat zij in vertrouwen kunnen aanvaarden dat daarbovenop de nationale overheid nog een algemeen recht van evocatie of een primauteitsregel te haren gunste zou verkrijgen. Het verkrampde karakter van de bevoegdheidstoewijzing (de bevoegdheid m.b.t. de externe relaties is daarvan een voorbeeld) zal ook om die reden het rustig formuleren van een Bundestreue-bepaling in de Grondwet bemoeilijken en heden zelfs verhinderen (zie hierboven 5). Men kan het nooit te vaak herhalen: beter weinig bevoegdheidssectoren waarvoor de Gemeenschappen en Gewesten volledig bevoegd zijn en waarvan zij over alle geëigende middelen beschikken (ook strafrechtelijke), dan een groot aantal aangelegenheden die verstrengeld zijn in het grote opvangnet van 's Rijks residuaire macht. In verwarde relaties gedijt de trouw niet goed. Ook niet de Bundestreue.

