

XXXIVe RECHTSCONGRES VAN DE VLAAMSE JURISTENVERENIGING TE GENT (R.U.G.) 28 APRIL 1990

DE GOEDE TROUW: VAN SCHONE SLAAPSTER TOT TOVERFEE

Feestrede uitgesproken door de heer Frans BAERT

De eer om de feestrede te mogen houden op dit Congres heb ik te danken aan het feit dat ik 34 jaar geleden met jeugdige overmoed een toen in België juridisch *novum* verdedigde, namelijk de toepassing van de regel van de goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten, in het bijzonder de beperkende werking daarvan. Mijn betoog werd toen eerst door mijn stafhouder afgewezen, nadien ogenschijnlijk gedurende twintig jaar door iedereen vergeten, later door steeds meer rechtsgeleerden beaamd en uiteindelijk ook in grote mate door het Hof van Cassatie in rechtspraak omgezet.

Zodoende voel ik mij zo een beetje als professor Roef Dingelam uit *Onder Professoren* van Willem Frederik Hermans, — die bij het begin van het boek de Nobelprijs voor scheikunde krijgt omdat hij twintig jaar voordien een stof met een onuitspreekbare naam had weten te synthetiseren die nogal belangrijke toepassingen had gevonden, — een prestatie die hij (evenals zijn collega's) intussen alweer ongeveer had vergeten; te dier gelegenheid krijgt hij van zijn vrouw slechts te horen dat zij daar toch niet van kunnen leven... Dit heb ik tenminste op hem voor, dat mijn echtgenote zich met mij verheugde, en dat wij er niet van moéten leven...

Ik heb voor deze eer wel een prijs moeten betalen: afgezien van het twijfelachtig narcistisch genoegen mijn eigen tekst van 1956 te herlezen, heb ik zo'n kleine 700 bladzijden preadviezen moeten (mogen?) lezen, plus zowat de gehele literatuur die sindsdien over de goede trouw, zowel bij de uitvoering van overeenkomsten als in allerlei andere rechtsverhoudingen is gepubliceerd — plus enkele tientallen vonnissen en arresten.

Het is mij daarbij duidelijk geworden dat de wereld kennelijk aan vlijt niét ten onder gaat, in tegenstelling met wat Max Dendermonde in de titel van zijn bekende boek beeerde.

Die leetuur, gedurende weken volgehouden, is, ik wil dat wel bekenen, voor mij toch ook een verkwikkend onderdompelen geweest in het rechtswetenschappelijk resultaat van de vlijt van anderen.

Waarbij ik soms met enige weemoed heb bedacht, de lof tot mij nemend die aan mijn opstel van 1956 wordt toegewaaid, — hoever ik het misschien had kunnen brengen indien ik op de toen ingeslagen weg was doorgestaan...

Een originele ervaring ook, en een niet eens onplezierige verrassing is het, één enkele keer op een preadviseur te stuiten die het met de gang van zaken betreffende de goede trouw in het algemeen en de goede trouw bij het uitvoeren

van overeenkomsten in het bijzonder, niet eens is, en het beinsel vrolijk verwerpt. Die zag de goede trouw zéker niet als een te wekken schone slaapster, eerder als de te mijden boze wolf.

De voorzitter van dit congres schreef onlangs in een artikel in het *Rechtskundig Weekblad* dat mijn goede-trouwprogramma door de jongste rechtspraak van het Hof van Cassatie grotendeels is vervuld¹.

Het lijkt mij niet zonder nut, in het kader van deze feestrede even na te gaan of en in welke mate dat inderdaad het geval is, of de «schone slaapster in ons recht» waarover ik het toen had, inderdaad een toverfee is geworden.

Deze geleerde vergadering zal mij vergeven, dat ik mij hierbij in hoofdzaak beperk tot de erkenning van de rechtsregel van de uitvoering te goeder trouw in België en in Nederland. Bepaaldelijk in Frankrijk valt helaas op dat stuk alsnog niets positiefs te beleven en voor de andere landen kan ik naar recente rechtsvergelijkende studies verwijzen².

U wil mij ook niet euvel duiden dat ik vooral focus op de beperkende werking van de goede-trouwregel. Immers, afgezien van de kwalificatie heeft de stelling dat het derde lid van art. 1134 B.W. van belang is voor de wijze waarop de overeenkomst dient te worden uitgevoerd, en heeft ook de aanvullende werking van de goede trouw nauwelijks aanleiding gegeven tot betwisting. Zij het dan wel dat aan deze dan toch fundamentele rechtsregel voorheen al te weinig belang werd gehecht, en hij in de rechtsleer op generlei wijze was gesystematiseerd.

Hoe was de toestand in 1956?

Het was toen in België, net als in Frankrijk — ik laat hier de voorzichtige suggesties van Van Dievoet en Kluyskens (evenals de vernieuwende ideeën van Demogue) even onbesproken — met de toepassing van de (beperkende werking van de) goede-trouwregel helemaal niets, alleen doffe ellende.

Geen sprake van het ter zijde stellen van contractuele verbintenissen op grond van de goede trouw. Alleen rechtsmisbruik werd, in de heel traditionele betekenis en draagwijdte,

¹ H. BOCKEN, «De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen», *R.W.*, 1989-90, 1041 e.v.

² P. ABAS, *Rebus sic stantibus. Een onderzoek naar de toepassing van de clausula rebus sic stantibus in de rechtspraak van enige Europese Landen*, Deventer, 1989, passim.

aanvaard; uitzonderlijk ook eens een vage vorm van rechtsverwerking.

Terwijl in Frankrijk ook een nochtans bewogen auteur als Georges Ripert op zijn zoektocht naar *La règle morale dans les obligations civiles* bijna achteloos aan de idee van de goede trouw als oplossing voorbijging en niet verder kwam dan de schuchtere opmerking dat art. 1134, derde lid, «apporte un appui à la théorie de l'abus des droits contractuels»³ — verwierp ook vrijwel geheel de Belgische rechtsleer, De Page op kop, de beperkende werking van de goede trouw.

Ons Hof van Cassatie, gevolgd door de lagere rechtspraak, stond al even weigerig tegenover een zo verre gaande toepassing van het derde lid van art. 1134 B.W., en hield taai vast aan de bindende kracht van de overeenkomsten, gebaseerd op de soevereiniteit van de wilsautonomie⁴.

In Nederland beleefde men ten tijde van mijn openingsrede zowat een hoogtepunt én tegelijk een keerpunt in de strijd tussen (het grootste deel van) de rechtsleer en de lagere rechtspraak aan de ene kant, en een (klein) deel van de rechtsleer en de Hoge Raad aan de andere kant. Het was de grote professor Meijers die de strijd van de voorstanders van een ruime toepassing van de goede-trouwregel aanvoerde. Ik verwijs slechts naar zijn magistrale verhandeling *Goede Trouw en Stilzwijgende Wilsverklaring* uit 1937, en zijn talloze besprekingen van en kritiek op arresten van de Hoge Raad⁵.

Die Hoge Raad stond in 1956 nog erg afwijzend tegenover de leer van de beperkende werking van de goede trouw, behoudens het geval van rechtsverwerking, bij een zgn. partijbeslissing en bij een bindend advies, deze laatste gevallen dan nog met ups en downs.

Wel was er in zijn rechtspraak een zekere evolutie te ontwaren, maar dan meer in de richting van het opereren met de goede-trouwregel als interpretatieregel (arrest Rederij Koppe 1949)⁶.

Na 1956 ging de evolutie in Nederland betrekkelijk vlug, om uiteindelijk tot de triomf van de stellingen van Meijers te leiden⁷.

³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, 1948, nr. 101, blz. 176, en nr. 102, blz. 178. De schrijver verzucht ook: «La domaine propre de la théorie de l'abus des droits est, on le voit, singulièrement restreint.»

⁴ P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer 1972, blz. 245-246; F. BAERT, «De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten», *R.W.*, 1956-57, 506-507; W. DE BONDT, «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 95 e.v., in het bijzonder blz. 111; P. ABAS, *Rebus sic stantibus*, blz. 74; KRUITHOFF, MOONS en PAULUS, «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1975, 439 e.v.

⁵ F. BAERT, «De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten», noten (verwijzingen naar Meijers) 27, 46, 49, 104, 109, 125, 129; P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, passim, vooral hoofdstuk VII en VIII.

⁶ H.R., 20 mei 1949 (Rederij Koppe), *N.J.* en *W.*, 1950, nr. 72; in de vernieling geschreven door een noot Ph. N.H. (= Houwing). Zie ook de bespreking door P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, blz. 159-160, die er toch een kentering in zag.

⁷ P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, hoofdstuk IX, blz. 177 e.v., in het bijzonder blz. 179 en blz. 203-205; P. ABAS, *Rebus sic stantibus*, hoofdstuk XII, blz. 199 e.v., met de verwijzingen naar rechtspraak o.m. van de Hoge Raad (Ziekenfondsarrest, Bijenkorf-arrest en vooral H.R., 12 juni 1987, *N.J.*, 1988, 150).

Arresten van de Hoge Raad in 1957 en 1962, de duidelijke invloed van het ontwerp nieuw Burgerlijk Wetboek (voorgesteld in 1961) en arresten van de Hoge Raad van 1966-67-68-70 (waaronder het bekende H.B.U.-arrest van 1967 als een van de belangrijkste) maakten de koerswending definitief: op grond van de goede trouw kan in bepaalde omstandigheden het recht om de uitvoering van contractuele verbintenissen te vorderen beperkt of zelfs ontzegd worden. Recente arresten van de Hoge Raad hebben dit nog bevestigd⁷.

In België deed zich een nogal eigenaardige evolutie voor: in de rechtsleer betreffende het privaatrecht was er de eerste twintig jaar na 1956 helemaal niets. Maar in het publiek recht en bepaaldelijk in het administratief recht braken reeds in de zestiger jaren langzamerhand nieuwe opvattingen door: de verplichting tot behoorlijk handelen van het bestuur⁸. De marginale toetsing, of zelfs meer dan dat, van handelingen van de overheid aan de eisen van behoorlijk bestuur (redelijkheid en billijkheid zijn zeer dichtbij...) vertoont duidelijke gelijkenissen met de toepassing van de (gedrags)regel van de goede trouw in het privaatrecht. Deze nieuwe visies zouden na verloop van tijd ook de opvattingen over behoorlijk handelen in het privaatrecht gaan beïnvloeden⁹.

Hoe lang het echter geduurd heeft vooraleer in het contractenrecht, laat staan in het privaatrecht in het algemeen, zelfs maar enige aandacht werd besteed aan de theorie van de toepassing van de goede-trouwregel moge hieruit blijken dat in een overzicht van rechtspraak in het *Tijdschrift voor Privaat recht* in 1966 waarin ook de rechtsleer uitvoerig aan bod komt, met geen woord wordt gerept van de stelling door mij in 1956 verdedigd, noch van enige mogelijkheid van beperkende werking van de goede trouw¹⁰ — zodat Abas in zijn proefschrift over de beperkende werking van de goede trouw naar dit overzicht kon verwijzen om te betogen dat in België de beperkende werking van de goede trouw geen geldend recht is¹¹ — zulks ondanks de vrij goed uitgewerkte toepassing van de (traditionele) leer van het rechtsmisbruik (vooral in het zakenrecht).

Zelfs nog in 1986 wordt (met spijt en m.i. niet meer helemaal terecht) vastgesteld dat «de Belgische rechtspraak het voorschrift van de goede trouw in artikel 1134, derde lid, niet heeft weten te waarderen» zodat «een beroep op rechtsmisbruik ter zake van overeenkomsten noodzakelijk» werd¹².

⁸ O.m. Cass., 7 maart 1963, *R.W.*, 1963-64, 1115; Cass., 10 sept. 1964, *Pas.*, 1965, I, 22; J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.* 1977, 207-209.

⁹ W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961 e.v.

¹⁰ MATTHYS en BAETEMAN, «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1966, 225 e.v.; vooral blz. 247-252; het aangehaalde vonnis van Kh. Brussel, 24 januari 1951 en het arrest van het Hof Brussel van 6 februari 1961 aanvaardden nochtans in wezen de beperkende werking van de goede trouw; verder stellen de auteurs in nr. 108 nog vrij duidelijk art. 1134, derde lid, als ten minste gedeeltelijk een uitleggingsregel voor.

¹¹ P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, blz. 245, noot 8.

¹² R. SOETAERT, «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in casu», *Liber Amicorum Jan Ronse*, blz. 51 e.v., vooral blz. 57-58.

Ook de rechtsleer bleef lang onbeweeglijk: pas op het einde van de zeventiger jaren komt er enige kentering en gaan vooral jongere auteurs meer aandacht besteden aan de goede-trouwregel, ook aan de eventueel beperkende werking ervan. Van dan af kan men echter van een stroomversnelling spreken, zo al niet van een stortvloed van rechtsleer die enkel werk maakt van het naar voren halen, omschrijven, systematiseren van het goede-trouwbegrip van art. 1134 en de mogelijke toepassingen ervan, en die ook de beperkende werking van de regel gaat aanvaarden¹³. Intussen was ook de rechtspraak aan het evolueren. Zelfs het Hof van Cassatie begint, aanvankelijk zeer aarzelend om te gaan: de exceptie non adimpleti contractus kan niet worden ingeroepen in omstandigheden waarin dit strijdig zou zijn met de goede trouw¹⁴. Het toepassingsveld van het rechtsmisbruik wordt uitgebreid. Nu zijn contractsuitoefening in strijd met de goede trouw en rechtsmisbruik verwante begrippen, die er telkens van uitgaan dat de partijen in hun onderlinge verhouding en in het rechtsverkeer in het algemeen een minimum aan redelijkheid en billijkheid in acht moeten nemen¹⁵. In art. 2 van het Zwitserse Z.G.B. worden de twee overigens bijna in één adem genoemd.

Pas met het arrest van 19 september 1983 kwam er een echte doorbraak: het Hof van Cassatie, hoewel in casu vaststellend dat de eiser tot cassatie niet in strijd met de goede trouw had gehandeld door de uitvoering van de overeenkomst te vorderen, overweegt wel dat het beginsel van de uitvoering te goeder trouw de contractpartijen verbiedt misbruik te maken van de rechten die het contract hun toekent;

¹³ Zie aldus: A. de BERSAQUES, «L'abus de droit en matière contractuelle», noot bij Hof Luik, 14 februari 1964, *R.C.J.B.*, 522 e.v., nrs. 27 e.v.; J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207; W. VAN GERVEN, «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2467; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, «Kroniek verbintenissenrecht 1978-79 en 1979-80», *R.W.*, 1980-81, 2367 e.v. en 2435 e.v., in het bijzonder 2436 tot 2443; W. RAUWS, «Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot de rechtsgeschiedenis?», *R.W.*, 1983-84, 279; W. DE BONDT, «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984 e.v., in het bijzonder blz. 110 e.v.; W. RAUWS, «Misbruik van contractuele rechten», noot bij Cass., 19 september 1983, *T.B.H.*, 1984, 244 e.v.; M. FONTAINE, «Portée et limites du principe de la convention-loi», in *Les obligations contractuelles*, Editions du Jeune Barreau, 1984, blz. 194 e.v., in het bijzonder vanaf blz. 170; J.L. FAGNART, noot bij Cass., 19 september 1983, *R.C.J.B.*, 1986, 285 e.v.; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, «Kroniek van het verbintenissenrecht 1981-84», *R.W.*, 1985-86, 1 e.v.; W. VAN GERVEN, «Goede trouw en getrouw beeld», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, 1986, blz. 103 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, «L'exécution de bonne foi, principe général du droit?», *T.B.B.R.*, 1987, 102 e.v.; A. VAN OEVELEN, noot bij Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 471 e.v.; E. DIRIX, «Over de beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988 e.v.; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, 1986; D. PHILIPPE, *De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst*, Postuniversitaire cursus W. Delva, 1989; M. STORME, «De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen», *R.W.*, 1989-90, 137 e.v.; Sophie STIJNS, «Abus, mais de quel(s) droit(s). Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels», *J.T.*, 1990, 33 e.v.; H. BOCKEN, «De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen», *R.W.*, 1989-90, 1041 e.v.

¹⁴ Cass., 18 maart 1971, *Pas.*, 1971, I, 669.

¹⁵ H. BOCKEN, o.c., 1044-1045.

het stelt dat zulk een misbruik bestaat wanneer een partij door die uitoefening in haar eigen uitsluitend belang, een voordeel behaalt dat niet in verhouding staat tot de last die daardoor op de andere partij wordt gelegd. De toepassing van de evenredigheidsregel dus¹⁶.

Het wachten was dan op een arrest dat een beslissing van een lagere rechter zou vernietigen op grond van de beperkende werking van de goede trouw, of een cassatieberoep zou verwerpen tegen een uitspraak die de regel van de goede trouw als rechtenbeperkende regel zou hebben toegepast. Die arresten zijn er intussen. In dat van 16 januari 1986 wordt het cassatieberoep verworpen op grond van de overweging dat een partij in een wederkerig contract, bij wanprestatie van de andere partij, misbruik kan maken van de mogelijkheid om te kiezen tussen de gedwongen uitvoering en de ontbinding van de overeenkomst, terwijl tevens aan de aanvankelijk in gebreke blijvende partij het recht niet wordt ontzegd het misbruik van de andere partij bij het benutten van die mogelijkheid aan te voeren¹⁷.

Blijft deze uitspraak nog enigszins vaag, die van 20 november 1987 en 18 februari 1988 zijn het veel minder; zij geven namelijk een *criterium* voor de toepassing van de beperkende werking van de goede trouw, in beide gevallen hetzelfde, zij het dat door het eerste arrest het cassatieberoep op grond van dat criterium wordt verworpen, terwijl door het tweede arrest de toepassing van de beperkende werking door de appelrechter werd goedgekeurd. Beide arresten hanteren hetzelfde criterium: opdat een beroep kan worden gedaan op het derde lid van art. 1134 is het noodzakelijk en voldoende dat de betrokken contractpartij haar recht heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat waarbinnen een bedachtzaam en voorzichtig persoon zich normaal gedraagt¹⁸.

Bij deze rechtspraak, die aldus wel definitief schijnt te zijn, dient toch nog te worden aangestipt:

— Allereerst dat nog niet helemaal duidelijk blijkt of het Hof van Cassatie zichzelf de toetsing toekent van de overtreding van de regel van de goede trouw door diegene wiens uitvoering van de overeenkomst in strijd daarmee geschiedt, m.a.w. of het gaat om een feitenkwestie of een rechtsvraag. Uit het arrest van 18 februari 1988 zou men kunnen afleiden dat het Hof van Cassatie de overeenstemming van de door de appelrechters gestelde feiten aan het vereiste van de uitvoering te goeder trouw zou kunnen toetsen (cf. «dat te dezen, de rechtbank dus terecht heeft geoordeeld dat de houding van eiseres rechtsmisbruik oplevert», nadat wordt aangehaald wat de appelrechter daaromtrent naar de feiten heeft vastgesteld), maar helemaal duidelijk is dat niet¹⁹.

Men zal zich herinneren dat ik in 1956 reeds uiteenzette dat weliswaar de lagere rechter op onaantastbare wijze de feiten vaststelt — maar dat het al dan niet overeenstemmen van de vastgestelde feitelijke gedragingen van de contractpartijen met het vereiste van de goede trouw (n.b. een ob-

¹⁶ Cass., 19 sept. 1983, *R.W.*, 1983-84, 1480 en noot, *R.C.J.B.*, 1986, 282, met noot FAGNART.

¹⁷ Cass., 16 jan. 1986, *R.W.*, 1987-88, 1470 e.v., met noot A. VAN OEVELEN.

¹⁸ Cass., 20 nov., 1987, *R.W.*, 1987-88, 1099; Cass., 18 febr. 1988, *R.W.*, 1988-89, 1226.

¹⁹ Zie ook R. SOETAERT, o.c., in fine.

jectief begrip) door het Hof van Cassatie dient te worden getoetst.

Wanneer het Hof van Cassatie zelf hier aan (marginale) toetsing zou gaan doen, mag men verwachten dat het de vaststellingen van de feitenrechter zal toetsen aan de door het Hof aan «uitvoering te goeder trouw» toegekende inhoud, nl. een uitoefening van contractuele rechten binnen de grenzen waarbinnen een bedachtzaam en voorzichtig persoon zich normaal gedraagt, c.q. die die grenzen kennelijk te buiten gaat.

— Men kan ook vragen stellen over de terminologie waarvan het Hof zich bedient.

Aan de ene kant verwijst het uitdrukkelijk naar art. 1134 B.W. en stemt de kwalificatie van het niet te goeder trouw uitvoeren van de overeenkomst nogal overeen, zij het in ietwat andere termen, met de klassieke omschrijving ervan: «bedachtzaam en voorzichtig» zijn termen die ten minste tot dezelfde sfeer behoren als «redelijk, fatsoenlijk, verstandig...» Maar aan de andere kant wordt het niet in acht nemen van die wijze van uitvoering van de overeenkomst als een «misbruik van recht» bestempeld, een misbruik dat in wezen een verregaande vorm van inbreuk op de goede trouw is, met dien verstande dat de leer van het misbruik van recht ook op andere domeinen dan die van het contractenrecht geldt, en daar a.h.w. een toepassing kan zijn van het beginsel van de goede trouw buiten contractverband.

Aldus zou het Hof van Cassatie aan de termen «misbruik van recht» eigenlijk de betekenis toekennen van «uitvoering in strijd met de goede trouw».

In elk geval wordt hier een zekere dubbelzinnigheid in stand gehouden, die zou kunnen worden vermeden door kordaat toepassing te maken van artikel 1134, derde lid, en de in de rechtsleer vrij algemeen aanvaarde termen *redelijkheid en billijkheid* te gebruiken. Dat zou dan helemaal in de lijn liggen van zowel het nieuwe Nederlands Burgerlijk Wetboek als van de rechtspraak van de Hoge Raad en de lagere rechtspraak in Nederland, reeds van vóór het tot stand komen van het nieuwe N.B.W.

Nu is het wel zo dat dikwijls misbruik van recht *buiten de contractuele verhoudingen* wordt gelijkgesteld met uitvoering in strijd met de goede trouw. En zulks dan bepaaldelijk in een definitie van misbruik van recht die gewoon het evenredigheids criterium hanteert ²⁰.

— Het lijkt erop dat het Hof van Cassatie de feitenrechter enkel *marginale toetsing* toestaat, geen volledige toetsing; dit kan blijken uit de formulering «*kennelijk* de grenzen te buiten gaat».

Ons hoogste Hof blijft hier achter bij de Nederlandse wet, rechtspraak en rechtsleer ter zake van vage rechtsnormen: in Nederland is de volledige toetsing de regel, de marginale eerder de uitzondering ²¹.

Hierbij mag dan wel aangestipt worden dat althans een deel van de lagere rechtspraak niet zelden een m.i. correcter begrip «uitvoering te goeder trouw» hanteert, aansluitend

bij het Nederlandse recht en de (meerderheid van de) Belgische rechtsleer ²².

Wij beleven dus een hoogconjunctuur (ondanks enige, beperkte, contestatie, ook op dit congres) van de toepassing van de goede-trouwregel, ook met beperkende of derogerende werking, in het contractenrecht.

Zoals ook reeds een deel van de jongste rechtsleer en zelfs van de rechtspraak gaan echter de preadviezen en besprekingen op dit congres heel wat verder.

Wanneer ik de lijst van de preadviezen overschouw, zijn er welgeteld drie die zich grosso modo tot het contractenrecht beperken: dat betreffende de *rechtsverwerking als toepassing van de goede trouw*?, dat betreffende *wil en vertrouwen bij het tot stand komen van overeenkomsten*, en dat betreffende de goede trouw in het *arbeidsovereenkomstenrecht*.

Het tweede van deze preadviezen gaat het bestek van art. 1134, derde lid, te buiten: het betreft niet de uitvoering maar wel de totstandkoming van de overeenkomst en verkent op genuanceerde wijze het terrein en de grenzen van begrippen als de schijn, het redelijk vertrouwen, de subjectieve en de uitgedrukte wil. Het laatste betreft een zeer specifiek contract, dat in aanzienlijke mate door dwingend recht wordt beheerst. Het is overigens een uitnemende verdienste ervan dat op een systematische wijze, met ijzersterke logica, de toepassing van het goede-trouwbeginsel in de arbeidsovereenkomsten wordt onderzocht.

Heel merkwaardig is overigens wel dat de enige preadviseur die specifiek het derde lid van art. 1134 B.W. behandelt, scherpe en volgehouden kritiek uitoefent op de huidige overheersende rechtsleer en rechtspraak tot en met die van het Hof van Cassatie. Voor deze auteur is de goede trouw duidelijk géén toverfee, ten hoogste een toverkol.

Voor het overige betreffen de preadviezen de toepassing van de goede-trouwregel in uiteenlopende rechtstakken zoals het procesrecht, het grondwettelijk recht, het Europese gemeenschapsrecht, het administratief recht — de subjectieve goede trouw in diverse takken van het burgerlijk recht. Wij krijgen aldus een beeld, afgezien van de verwerping door een enkele en de genuanceerde benadering op een bepaald terrein door een andere, van een universeel rechtsbeginsel van goede trouw dat een groot deel van de rechtsverhoudingen in het maatschappelijk verkeer in de ruimste zin doordringt.

Om een paar preadviseurs te citeren: «geen afzonderlijke norm, zelfs geen vormgevend rechtsbeginsel voor eender welke afzonderlijke rechtstak, maar veeleer dat beginsel dat maakt dat steeds meer nieuwe regels en beginselen mee kunnen spelen, dat het recht niet verstard geraakt» ²³. Of: «een algemeen rechtsbeginsel dat in alle deelgebieden van het recht gelding heeft» ²⁴.

Ik kan dat slechts beamen. Zoals ik er mij over zal verheugen wanneer dit beginsel op een liefst «redelijke en billijke» wijze gaandeweg ook meer door de rechtspraak zou

²⁰ P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, blz. 60-62; MEIJERS, «Misbruik van recht en rechtsonthouding», 1937, *V.P.O.*, I, blz. 62 e.v.

²¹ WIARDA, «De rechter tegenover vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 177 e.v.

²² O.m. Hof Gent, 27 sept. 1988, *Bull. Ass.-De Verz.*, 1989, 671 e.v.; in dit arrest wordt tevens uitdrukkelijk het objectieve karakter van de goede trouw aangenomen.

²³ Preadvies M.E. STORME, nr. 3, *in fine*.

²⁴ Preadvies M. VAN DAMME, 1, b, *in fine*.

worden aangenomen en inhoudelijk omschreven. Want al zou het dan waar zijn dat algemene rechtsbeginselen nog geen recht zijn, zij zijn dat wel degelijk wanneer zij op ruime schaal door de rechtspraak worden toegepast²⁵. Wanneer eenmaal het Hof van Cassatie casseert of een cassatieberoep verwerpt op grond van een dergelijk algemeen rechtsbeginsel, kan men het niet meer als rechtsnorm negeren.

Dit geldt uiteraard niet alleen voor rechtsbeginselen die door het Hof van Cassatie worden aanvaard resp. toegepast, maar ook voor de beginselen waarop de Raad van State (in het administratief recht) en het Arbitragehof (in het publiek recht, cf. de non-discriminatie...), en a fortiori de internationale rechtscolleges (Europees Hof van Justitie te Luxemburg: concurrentienormen; Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg: het hele E.V.R.M.) hun rechtspraak gronden. Ook de lagere rechtspraak kan hier, door pressie van onderuit, een rol spelen.

Het is de grote verdienste van congressen als dit dat ook nog niet algemeen aanvaarde en toegepaste rechtsbeginselen of rechtsbeginselen die slechts op een beperkt terrein worden aanvaard (of een wettelijke grondslag hebben), er worden onderzocht, ontleed, gedefinieerd en geformuleerd, derwijze dat zij voor de rechtspraak en af en toe in een later stadium ook ten behoeve van de wetgever, een bruikbare inhoud en verwoording krijgen. Tevens dat de wenselijkheid van de aanvaarding ervan, de voor- en nadelen, de mogelijkheden en de beperkingen, de opwerpingen die er tegen kunnen worden aangevoerd, onbevangen worden onderzocht en besproken. Alleen op die wijze kan recht echt in beweging komen en blijven. Hierbij wil ik niet nalaten te onderstrepen dat in niet weinige gevallen, bv. in het publiek recht, in het arbeidsovereenkomstenrecht, deels zelfs reeds in het procesrecht, een aantal van deze rechtsbeginselen, al dan niet afgeleid uit bepaalde wetteksten, door de rechtspraak worden gehanteerd. Ook dat blijkt uit de preadviezen.

De systematisering door rechtsleer zoals de preadviezen en reacties voor dit congres kan van groot nut zijn voor de rechtspraktijk. Zulke systematisering alsmede een zo klaar mogelijke omschrijving van de inhoud van de goede-trouwregel en van de gevolgen van het geslaagd inroepen ervan, is een blijvende opgave voor rechtsgeleerden, voor de advocaten en voor de rechtbanken en hoven. Daar valt nog heel wat te doen²⁶.

²⁵ SOETAERT, o.c., aanhef en blz. 56-58; vgl. J. GUSELS, «'Algemene rechtsbeginselen' zijn nog geen recht», *R.W.*, 1988-89, 1105 e.v.

²⁶ Hier mag verwezen worden naar het criterium ontwikkeld door P. ABAS in *Rebus sic stantibus*, blz. 233; de hiernavolgende voorwaarden zouden vereist zijn opdat men zich kan beroepen op een wijziging van omstandigheden:

- 1) de omstandigheid is na de contractsluiting ingetreden;
- 2) het intreden van de omstandigheid is redelijkerwijze niet voorzienbaar geweest;
- 3) de omstandigheid maakt de nakoming achteraf bezwaarlijk; hiervan is sprake wanneer de prestatie thans wezenlijk anders is dan de oorspronkelijk overeengekomen in dier voege dat het leveren van de nieuwe prestatie een dermate groot nadeel oplevert dat de tegenprestatie bij lange na niet meer gelijkwaardig kan worden genoemd;

Ik keer terug naar mijn opschrift: de schone slaapster van weleer is duidelijk klaar wakker; maar zij is nog geen toverfee geworden. Daartoe zouden in ons burgerlijk recht — als basis van het privaatrecht in het algemeen en als inspiratiebron voor rechtsbeginselen die ook in andere rechtstakken kunnen gelden — bepalingen dienen te worden ingevoerd zoals die welke in het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen: art. 6.1.1.2, krachtens hetwelk de partijen bij een verbintenis (dit is ruimer dan een overeenkomst) jegens elkander verplicht zijn «zich als schuldenaar en schuldeiser overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen»; art. 6.5.3.11, waarbij aan de rechter de bevoegdheid wordt gegeven om de overeenkomst te ontbinden of te wijzigen op vordering van een der partijen «voor het geval zich onvoorziene omstandigheden voordoen, welke van die aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten». Ik wil het hier terloops niet hebben over de discussie betreffende «onvoorzien» of «onvoorzienbaar»²⁷.

Mag ik mij dan nog een paar algemene bedenkingen veroorloven?

1) Het blijft naar mijn mening een (hardnekkig) misverstand dat, gedeeltelijk of voor het geheel, de goede-trouwregel van art. 1134 B.W. een *interpretatieregel* zou zijn.

Ik meen nochtans reeds in 1956 voldoende te hebben aangetoond dat het hier om een *gedragsregel* gaat, vele auteurs hebben dat voor én na mij gedaan. Het resultaat moge dan al vaak hetzelfde zijn, het blijft niettemin zo dat de goede-trouwregel als een interpretatieregel beschouwen een onhoudbare fictie is, die hem in wezen van zijn zin en zijn nut berooft, terwijl zij ons zelfs geen winst brengt op het stuk van de rechtszekerheid, integendeel.

Ook het quasi-compromis, dat het voor de partijen weliswaar als een gedragsregel maar voor de rechter als een uitlegregel zou moeten worden beschouwd kan mij niet bekoren.

2) De mening van diegenen die de toepassing van de regel van de goede trouw als objectief begrip en in het bijzonder de beperkende werking ervan afwijzen, prikkelt mij uiteraard tot tegenspraak. Na zelfs ampere en verder ampele overweging ben ik gestijfd in de overtuiging dat ik in 1956 reeds gelijk had en dat dus terecht in 1983-88 ook heb gekregen. Ik blijf mij ook vandaag tot de leer van Meijers en zijn medestanders bekennen.

Ik heb evenzeer als wie ook respect voor de soevereine macht en rol van de democratisch verkozen wetgever. Maar ik weet ook beter dan wie ook dat de wetgever niet in staat

4) de omstandigheid is niet te wijten aan de schuld van diegene die zich te zijner ontlasting op die omstandigheid beroept;

5) de omstandigheid komt niet voor risico van diegene die zich te zijner ontlasting op die omstandigheid beroept; hiervan is sprake wanneer de omstandigheid die partij persoonlijk betreft;

6) diegene die zich te zijner ontlasting op die omstandigheid beroept verkeert zijnerzijds niet in verzuim.

Te noteren valt dat dit aldus omschreven begrip grotendeels in dezelfde richting gaat als datgene wat Philippe in zijn proefschrift als concept voorstelde.

²⁷ Zie daarover P. ABAS, *Rebus sic stantibus*, blz. 214 e.v., in het bijzonder blz. 215-218 en 235-237.

is en dat het ook niet zijn taak is, voor elke onvoorzienbare wijziging van omstandigheden die de onverkorte uitvoering van een overeenkomst (of van enige andere verbintenis) al te bezwaarlijk (en strijdig met de goede trouw) zou maken, een wettelijke remedie te verschaffen, d.i. bij afzonderlijke specifieke wet de zich naar billijkheid opdringende wijziging of het ter zijde stellen van contractuele verbintenissen mogelijk te maken. En dat zeker niet voor min of meer individuele gevallen.

De wetgever kan misschien en zou eventueel best optreden wanneer zich een volstrekt algemene wijziging van omstandigheden voordoet, die onbetwifelbaar voor alle contractpartijen (of verbonden partijen) geldt. Zelfs daartoe is hij niet altijd in staat: men denke er maar aan dat de wet van 11 oktober 1919 tot herziening van voor de oorlog gesloten commerciële overeenkomsten geen equivalent heeft gekregen na 1940-45. De wetgever bezit eenvoudig niet de noodzakelijke vlugge wendbaarheid om de (o.m.) economische evolutie van de maatschappij bij wijze van voortdurende aanpassing van de wetgeving op de voet te volgen. Hij zal maar interveniëren wanneer zich duurzame belangrijke wijzigingen hebben voorgedaan.

Maar wat de wetgever wel kan en moet doen, is een algemeen wettelijk kader scheppen binnen hetwelk de rechtbanken de nodige rechtsnormen kunnen vinden die hen in staat stellen op wettelijk verantwoorde wijze in bepaalde omstandigheden de billijkheid te handhaven of te herstellen. Zulks een wettelijk kader wordt verschaft door art. 1134, *derde lid*, en andere soortgelijke bepalingen. Men vergete niet dat ook de goede zeden, de goede huisvader, de billijkheid in het algemeen en zoveel andere «vage» begrippen en beginselen zijn, die nochtans sedert jaar en dag zonder problemen door de rechtspraak worden toegepast naar hun door die rechtspraak omschreven en soms wisselende inhoud.

Overigens zou al te frequent ingrijpen van de wetgever faitaal niet alleen veelal tot even vage voorschriften leiden, maar de rechtszekerheid zou er door de voortdurende wijzigingen heel wat meer onder lijden. En men zou meer en meer teruggrijpen op ficties als de stilzwijgende wilsverklaring...

Anders gezegd: ik heb er geen behoefte aan, het *Canal de Craponne* langs België om te leggen en er dan met een schip van de *Rederij Koppe* op te gaan varen.

Ik ben het er wel mee eens, dat de rechter vooral in concreto behoedzaam te werk moet gaan: hij zal niet zijn eigen opvattingen betreffende redelijkheid en billijkheid tot recht mogen verheffen, maar wel algemeen geldende, algemeen aanvaarde maatschappelijke regelen ter zake van redelijkheid en billijkheid dienen te hanteren. Zoals ik ook reeds in 1956 stelde, is, naast de zuiver juridische verantwoording daarvan, het toetsingsrecht van het Hof van Cassatie op dit stuk een waarborg tegen mogelijke willekeurige toepassing door de lagere rechter. Het ware te hopen dat door de verdere evolutie van de rechtspraak van het Hof van Cassatie het begrip zou worden verfijnd en duidelijke criteria voor de aanwending ervan zouden worden aangelegd.

Ik meen verder dat wanneer het algemeen beginsel (de «vage rechtsnorm») nog geen duidelijk omschreven inhoud heeft gekregen vanuit de rechtspraak, de toetsing door de

rechter moeilijk volledig kan zijn, en normaal marginaal zal blijven²⁸.

3) In dit en andere opzichten heb ik soms enige moeite met enkele bijzonder geavanceerde stellingen van sommige preadviseurs.

Zo lijkt mij de overigens knappe poging om de subjectieve goede trouw tot objectieve goede trouw te herleiden althans voor een deel en dus als geheel nogal uitzichtloos.

En wanneer ik in verband met de goede trouw in het procesrecht tussen een aantal pittige en behartenswaardige ideeën plots struikel over de suggestie om zelfs het samenstellen van een zeer omvangrijk dossier (ter zake van de kosten van het kopiëren) naar omstandigheden als in strijd met de goede trouw te beschouwen, wil ik mij wel eens gaan voelen als Goethe's *Alte Hexenmeister* die zijn *Zauberlehrling* aan het werk ziet en is het alsof ik in de verte de muziek van Paul Dukas al hoor opklinken.

Wel wordt hier terecht beklemtoond dat bijvoorbeeld een aantal deontologische voorschriften die uitgaan hetzij van de plaatselijke balies, hetzij, vooral, van de Nationale Orde van Advocaten, inderdaad duidelijke rechtsregels zijn, ook al consacrerend zij slechts algemene beginselen. Zij zijn trouwens op hun eigen wijze ook afdwingbaar.

Dat de rechtszekerheid bij toepassing van de goede-trouwregel, evenmin als bij de toepassing van algemene rechtsbeginselen in het algemeen, niet op de ereplaats zit, is onmiskenbaar. Maar de rechtszekerheid is weliswaar een groot, maar geen absoluut goed, zij moet in het materiële recht wijken voor de billijkheid.

Ik moge hier met instemming Abas citeren: «De vrees het hoge goed van de rechtszekerheid aan te pakken maakt langzamerhand plaats voor een streven naar billijker en dus meer aanvaardbare beslissingen van het concrete geval.»

Het landschap waarin wij aan de hand van begrippen en rechtsregels als de goede trouw, redelijkheid en billijkheid, misbruik van recht, rechtsverwerking, marginale toetsing, behoorlijk handelen en dergelijke rondwandelen, is vlak en bewolkt, d.w.z. dat het er zeer Nederlands uit ziet: ikzelf heb mij destijds in grote mate door de ideeën van Meijers, Houwing en anderen en de lagere rechtspraak in Nederland laten inspireren. In vele artikelen, annotaties, lezingen of opstellen, ook van Franstalige Belgische auteurs wordt overvloedig naar de Nederlandse doctrine en jurisprudentie verwezen en terecht. De wetbepaling die de uitvoering te goeder trouw voorschreef was immers identiek dezelfde in Nederland en België. De Nederlandse rechtsleer was ver op de onze vooruit bij het valoriseren van die bepaling. En uitgaande van diezelfde wetbepaling was ook de rechtspraak tot en met de Hoge Raad gekomen tot een ruime toepassing van de goede-trouwregel, ook van de beperkende en de derogerende werking ervan. De Nederlandse wetgever heeft voor zoveel nodig deze rechtspraak bekrachtigd.

Deze wending naar het Noorden verheugt mij zeer: al te lang heeft de Belgische rechtsleer zich uitsluitend als schatplichtig zo al niet horig gedragen tegenover de Franse. Het is onder impuls van een paar grote rechtsgeleerden zoals

²⁸ WIARDA, «De rechter tegenover vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 185-189.

Van Dievoet en de onvolprezen Jan Ronse, mijn goede vriend, die mij destijds aanspoorde tot mijn studie over de goede trouw, dat men ook over de noordelijke grens is gaan kijken, en daar een aantal krachtige en krachtig verwoorde ideeën heeft aangetroffen, welke sindsdien bij ons burgerrecht hebben verworven.

Daarbij mag worden onderstreept dat verscheidene van de belangrijkste Franstalige auteurs dezelfde richting hebben gekozen. Eén enkele drukt even de vrees uit dat wel eens een scheiding zou kunnen ontstaan tussen de privaatrechtelijke opvattingen in het noorden en die in het zuiden des lands ²⁹. Maar wanneer ik zie met welke kennis van zaken vele Franstalige juristen in ons land ook de Nederlandse, evengoed als de Vlaamse rechtsleer bespreken en in hun uiteenzettingen verwerken, lijkt mij die vrees niet gegrond. De meesten varen trouwens, de ene al meer dan de andere, en soms op briljante wijze, dezelfde koers als het grootste deel van de doctrine in Vlaanderen (en Nederland) ³⁰.

Des te meer bevreemdt het mij dat in sommige overigens niet van scherpszinnigheid en originaliteit gespeende betogen elke verwijzing naar de overvloedige Nederlandse rechtsleer en rechtspraak ontbreekt. En die hadden dan toch tot aan het nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, d.i. tot in de jaren 1970, te maken met letterlijk dezelfde tekst als die van ons art. 1134, nl. art. 1374.

Zou ik overigens, in alle bescheidenheid, aan onze jonge juristen nog deze wens mogen meegeven : niet alleen inhoudelijk het kompas op het Noorden gericht te houden, maar ook wat de taal betreft, de taal in het algemeen en de rechtstaal in het bijzonder, de enig mogelijke norm aan te houden : de Nederlandse. Wij hebben 150 jaar geleden toch de spel-

lingoorlog, de strijd voor de eenheid van het Nederlands in Noord en Zuid, niet gevoerd en gewonnen, om vandaag die eenheid in onbegrijpelijke en verderfelijke «Vlaamse» hybris prijs te geven.

Door het veralgemenen van de toepassing van de regel van de goede trouw, in de eerste plaats in de contractuele verhoudingen waar hij een wetsvoorschrift is, maar ook in andere privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, kan het recht minder legistisch, minder a.h.w. mathematisch worden, menselijker en socialer. En dat is uiteindelijk toch de taak van het recht : redelijkheid en billijkheid doen heersen. Dat is des te meer waardevol in een maatschappij waar de sterksten steeds sterker, de zwaksten steeds zwakker worden.

Dit congres moge daartoe hebben bijgedragen. En door uiteenzetting en verdediging van standpunten, én door confrontatie met tegenwerpingen en kritiek, én door de verheldering en precisering die daar mede het gevolg van moeten zijn.

Wij mogen dit nooit vergeten : of wij nu de billijkheid dan wel de rechtszekerheid op de hoogste troon willen plaatsen, het recht moet de zwakken beschermen. Soms zal het beginsel van rechtszekerheid die bescherming bieden, bv. in het strafrecht, ten behoeve van de burger tegenover de overheid, deels ook in het procesrecht. Maar vaker zal op de billijkheid, op de goede trouw een beroep moeten worden gedaan : in burgerlijk recht en handelsrecht, in arbeidsovereenkomstenrecht, en ten behoeve van de burger tegenover de overheid (dit is géén vergissing !). De sterke zal rechtszekerheid moeten *bieden*, *tegen* de sterke veel meer dan tegen de zwakke zal een beroep kunnen worden gedaan op uitvoering te goeder trouw.

De goede trouw een toverfee ? Toveren is een illusie, tovenaars zijn illusionisten. Maar een goede fee kan zij, zal zij alleszins zijn en meer en meer worden.

VLAANDEREN : DE GOEDE TROUW VERSCHALKT ?

Slotrede XXXIVe Congres Vlaamse Juristenvereniging
door

Prof. dr. Marcel STORME
Voorzitter Vlaamse Juristenvereniging
Gent, 28 april 1990

Drieëntwintig jaar geleden genoot ik het voorrecht het eerste congres van onze Vereniging te Gent te hebben mogen organiseren. Nu ten vierden male alhier het Vlaams Rechtskundig Congres – op een schitterende wijze – achter de rug is, gaat mijn dank uiteraard eerst naar de congresvoorzitter Hubert Bocken, en in het bijzonder naar de

congressecretaris en diens medewerkers van het Seminarie burgerlijk recht ; meteen naar de voortreffelijke preadviseurs, die een fundamenteel stuk in de Nederlandstalige rechtscultuur van dit land hebben geschreven ; naar de voorzitters, respondenten en secretarissen en naar U allen die actief aan dit congres hebt meegewerkt.

Mijn dank gaat naar mijn Alma Mater, die bij de voorbereiding van dit congres, de nodige logistieke steun ter beschikking stelde.

In uw aller naam dank ik Frans Baert voor zijn inspirerende synthese; hij stond reeds, 35 jaar geleden, aan het beginpunt in België van de doorbraak van de goede trouw («De goede trouw bij uitvoering van overeenkomsten», *R.W.*, 1956-57, 489 e.v.). Ik wil hem ook dank zeggen omdat hij, sinds jaar en dag bestuurslid van onze Vereniging, bewezen heeft dat goede juristen wél een impact kunnen hebben op de kwaliteit van de parlementaire wetgeving.

Ik dank ten slotte de redacties van het *Rechtskundig Weekblad* en het *Tijdschrift voor Privaatrecht* die voor de tijdige publikatie van de prachtige rapportenbundels hebben gezorgd.

Goede trouw

Goede trouw is voor mij een teken dat het recht een grotere openheid, pluriformiteit en mobiliteit zal vertonen (zie reeds in die zin, Storme, M., «La bonne foi: expression de la postmodernité en droit», in *La Bonne Foi*, Luik, 1990, p. 459 e.v.). Goede trouw zet het subjectief recht om in een rechtsverhouding.

Goede trouw drukt vertrouwen en verwachting uit, verwachting niet alleen dat de verbintenissen naar redelijkheid en billijkheid zullen worden uitgevoerd, maar meer nog de verwachting dat «de andere» zich behoorlijk zal gedragen.

De verwachting van werknemers en werkgevers dat de onderneming hen op voet van gelijkheid zou samenbrengen.

De verwachting van de gedingvoerende partijen, maar ook en vooral van de burgers dat recht zal worden gesproken binnen een redelijke termijn.

De verwachting van de burgers dat bestuurders en regeerders zich redelijk en rechtvaardig zullen gedragen.

De verwachting van deelstaten dat de centrale Staat of de Europese Gemeenschap de bevoegdheden van de ene en de andere zal respecteren.

Wij zijn sinds Demogue's «microcosme des parties contractantes» (*Traité des obligations en général*, VI, nrs. 3 e.v., p. 8 e.v.) geëvolueerd naar de macrocosmos van de onderneming, de gemeenschap der burgers, het macroproces (voor dit begrip, zie Storme, M., *Het proces: als in een spiegel*, Deventer, 1988, p. 18 e.v.), de nationale, Europese en internationale gemeenschap.

De goede trouw moet ook binnentreden in die macrocosmos, waar de belangen nochtans prima facie divergerend of zelfs tegenstrijdig zijn. Het komt de juristen toe deze macrocosmos, deze grotere rechtsgemeenschappen, te scheppen, en uit te bouwen en aldaar de goede trouw als orderingsbeginsel bij uitstek te laten fungeren. Is dit een Utopie?

Persoonlijk geloof ik niet dat dit een Utopie is, omdat vele tekenen aanwezig zijn, en dit blijkt uit de schitterende rapporten, alsook uit de feestrede, bij dit congres, vele tekenen die de verdere en algehele doorbraak van de goede trouw bevestigen.

Dit is één van de vele fundamenten voor hoop en verwachting.

Maar het woord is niet alleen het enige instrument dat juristen kunnen hanteren, het gesproken en geschreven woord

is ook de enige vorm van controle en kritiek waarover wij in onze samenleving beschikken.

Onze driedubbele zorg

En ik zou van dit woord aan het einde van ons XXXIVe rechtscongres willen gebruik maken teneinde een driedubbele zorg — met name een legitieme verwachting — uit te drukken, zorg om onze Belgische rechtsgemeenschap, zorg om de verdere institutionele strategie voor Vlaanderen en zorg om het misbruik dat van juristen wordt gemaakt.

I. Verzwakking van de rechterlijke macht

We hebben met onze Vereniging sinds jaren de strijd gevoerd om het behoud van de Rechtsstaat en ons ongenoegen geuit over «zwart en gedogend besturen» van de overheid, d.w.z. de overheid die zelf de wet overtreedt of die actief of passief goed vindt dat anderen de rechtsregelen en voorschriften aan hun laars lappen.

Vandaag zou ik om redenen van absolute prioriteit willen wijzen op de doelbewuste verzwakking van de rechterlijke macht.

De goede oude Juvenalis (ongeveer 47-113 A.D.) stelde in zijn Satiren, midden vele andere vragen, de vraag: «Sed quis custodiet ipsos custodes» (Saturae, VI, 347-348). Steeds heeft men dit, in aansluiting met de toenmalige bedoeling, begrepen als een vraag naar de bewaking van de bewakers (zie meer in het bijzonder voor dit onderwerp: Rheinstein, M., «Who watches the watchmen», in *Interpretation of modern legal philosophies, Essays in honor of Roscoe Pound*, 589 e.v.; Storme, M., «Wie berecht de onoordeelkundige rechter?», in *Feestbundel F. Dumon*, Antwerpen, 1983, II, 691 e.v.; Cappelletti, M., «Who watches the watchmen», in *The judicial process in comparative perspective*, Oxford, 1989, p. 57 e.v.).

Maar *custodire* en *custos* (*custodes*) hebben een dubbele betekenis en met name (Latijnsch-Nederlandsch woordenboek door Pater A. Geerebaert, S.J., Luik, 1940): in een vriendelijke zin (*sic*): behoeden, beschermen; in een vijandige zin (*resic*): bewaken, gevangen houden!

Terwijl men tot nog toe uitsluitend de aandacht heeft gevestigd op het bewaken van de bewakers en het berechten van de rechters, zou ik het vandaag voornamelijk willen hebben over het beschermen van de beschermers, want de rechterlijke macht is m.i. het laatste bolwerk voor de bescherming van de burgers (Storme, M., *Rechtspraak in opspraak*, Antwerpen, 1980, p. 46 e.v.). Over deze twee houdingen zal ik het verder hebben.

A. Vormen van verzwakking

1. Bevoegding

De rechterlijke macht in België is wellicht een van de weinige machten in dit land en een van de weinige rechterlijke machten in de wereld die geen deel heeft aan de «vleespoten van Egypte». Deze vorm van ascese karakteriseert nog steeds een van de drie grondmachten in dit land.

Maar meteen moet onderstreept worden dat diezelfde rechterlijke macht de enige grondmacht is die niet auto-noom over haar eigen begroting kan beslissen en beschik-

ken. Het Parlement bepaalt zijn begroting in besloten kring; de uitvoerende macht heeft de nodige autonomie om haar eigen begroting te bepalen en om erover te beschikken; de rechterlijke macht kan alleen maar de gelden aanwenden, die binnen een door de regering in samenspraak met de wetgever vastgelegde begroting zijn gefixeerd.

Ten slotte moet hierbij worden herinnerd aan het feit dat de Belgische begroting voor de Justitie *stricto sensu* niet eens 0,75% van de totale Belgische begroting bedraagt; de postbedeling ontvangt in België meer dan de rechtsbedeling.

Men zou nuttig kunnen vergelijken met art. 177 van de Grondwet van Costa Rica, hetwelk bepaalt dat 6% van de staatsinkomsten aan de begroting van Justitie moet worden gespandeerd.

2. Politisering

Het is precies twaalf jaar geleden dat de toenmalige minister van Justitie in de Senaat werd geïnterpelleerd i.v.m. de politisering die toen reeds dreigde «aan de schaamte voorbij» te gaan. Sindsdien heeft deze politisering een onvoorstelbare versnelling gekend, zodanig dat de huidige minister van Justitie Wathélet t.g.v. een onderhoud met de Vlaamse Juristenvereniging in oktober 1988 erkende dat er dringend dient te worden ingegrepen. Hij is de eerste bewindsman die het probleem inziet, maar dit volstaat niet: het wordt de hoogste tijd dat er *daadwerkelijk* iets aan gedaan wordt. (Het ontwerp werd bij de Ministerraad ingediend op 9 juni 1989 en door deze goedgekeurd op 20 oktober 1989... *quousque tandem abutere patientia nostra?*). Het zijn nog steeds de partijpolitieke cenakels en de kabinetsprinsen van het regime, die goeddeels de rechters als pionnen op het politieke schaakbord willen plaatsen en verplaatsen; in die zin kan men spreken van «kabinettsjustiz» (vgl. Cappelletti, o.c., p. 229).

Maar hier ontstaat een dubbel drama: de kwaliteit van de rechterlijke macht neemt af, zonder dat hierbij de door de machthebbers gedroomde én beoogde afhankelijkheid tot stand komt.

Niemand minder dan een huidig raadsheer in het Hof van Cassatie verklaarde vorig jaar op een colloquium van de Academie over Recht en Macht dat de zwakheid van de rechterlijke macht vandaag door de wetgevende en uitvoerende macht beschouwd wordt als een doel op zichzelf (aldus Verougstraete, I, in Storme, M., *Recht en Macht*, Koninklijke Academie, Brussel, 1990, ter perse).

Maar het Becket-complex, sinds eeuwen eigen aan de rechterlijke macht, verhindert vooralsnog dat de politisering gepaard zou gaan met een onderwerping aan de politieke macht. Het was inderdaad Thomas Becket die door Henry II werd benoemd tot Lord Chancellor en toen verklaarde: «Tot nog toe was ik uw vriend, nu ben ik uw Lord Chancellor» (vgl. Anouilh, J., *Becket ou l'honneur de Dieu*).

3. Verdachtmaking

Sinds geruime tijd bestaat in dit land de bedoeling van een beperkte groep in de «*classa politica*» om onze rechterlijke macht, waarvan de integriteit nooit werd betwijfeld (de enkele tuchtzaken reveleren precies dat buitelingen van rechters niet alleen door het korps zelf streng worden gesanctioneerd, maar bovendien uitgerekend meestal betrekking

hebben op magistraten die via de «puur politieke» weg in het ambt konden terecht komen), verdacht te maken.

De parlementaire onderzoekscommissie van de Kamer is er inderdaad in geslaagd de indruk te wekken dat «het gerecht» – en hier wordt met opzet alles door elkaar gemengd: gerechtelijke politie, staatsveiligheid, parket, magistratuur – niet zo integer, onafhankelijk, onpartijdig is als men het steeds heeft doen voorkomen.

Maar bovenal moet de vraag gesteld worden of de parlementaire onderzoekscommissie niet fundamenteel gezondigd heeft tegen het principe van de scheiding der functies. De wetgever is er om wetten te maken en het parlement is er om de regering te controleren. Men zou er beter aan doen deze functies naar behoren uit te oefenen, in plaats van met enige overmoed op de stoel van de rechter te willen gaan zitten.

We hebben het meegemaakt dat deze onderzoekscommissie zich het recht aanmatigde een onderzoeksrechter te dwingen zijn beroepsgeheim prijs te geven. We hebben het meegemaakt dat deze commissie zich het recht wou aanmatigen om meteen te vervolgen, of minstens opdracht tot vervolging te geven of te laten geven op grond van totaal ongefundeerde verdachtmakingen.

Op grond van een nauwlettende analyse van de ter zake geldende grondwettelijke en wettelijke teksten en van de bestaande precedentes moet nochtans geconcludeerd worden dat alleen de rechterlijke macht, bij uitsluiting van elke andere macht, bevoegd is zich uit te spreken over feiten die zich binnen het gebied van het strafrecht bevinden (Traest, G., *De parlementaire enquête in België*, Zwolle, 1978, p. 20-21).

Een parlementaire onderzoekscommissie moet gezien worden tegen een driedubbele achtergrond: de eigen bevoegdheid van het Parlement, de bevoegdheden van de overige grond machten en de nodige discretie.

Dit betekent dat het Parlement zichzelf krachtens art. 40 slechts een onderzoeksbevoegdheid mag toekennen in de mate waarin dit onderzoek gericht is op een behoorlijke vervulling van de *eigen* opdrachten van het Parlement, m.n. de wetgeving en de politieke controle (o.m. via de begrotingswet).

Bovendien mag de onderzoekscommissie niet treden op het domein van rechter en bestuur, wier autonomie moet worden gerespecteerd. De controle is slechts «middellijk», aangezien ze noodzakelijk verloopt via de minister.

Ten slotte moet een dergelijke commissie de vertrouwelijkheid respecteren en de nodige terughoudendheid in acht nemen (vgl. adviezen Raad van State, afdeling wetgeving, 3 oktober 1989 en 13 februari 1990, *Kamer*, 1989-90, 675-2 en 860-2).

Geen enkel van deze criteria werd gerespecteerd door de meest rumoerige leden van deze onderzoekscommissie, die zich veeleer tegenover de publieke opinie hebben willen opstellen als rechters, wat zij niet waren.

Men kan zich moeilijk ontdoen van de indruk dat nu en dan «afrekeningen» werden beoogd door commissieleden die met een onvoorstelbare vooringenomenheid zich trachtten te mengen in aan de gang zijnde procedures, waarbij principiële regelen zoals het geheim van het onderzoek, het recht op verdediging, het recht op privacy en het vermoeden van onschuld meteen overboord werden gegooid.

Eén resultaat – en was dat niet de bedoeling van sommigen (zie boven)? – werd in elk geval ten dele bereikt; dankzij twijfelachtige procédés de rechterlijke macht in haar geheel te discrediteren.

Het voorgaande doet geen afbreuk aan de kwaliteit van die commissieleden, die plichtsgetrouw, gereserveerd en discreet zeer behoorlijk hun taak als commissaris van deze parlementaire onderzoekscommissie vervulden.

Maar op geen enkel ogenblik is in of buiten het Parlement een gezagdrager opgestaan om openbaar de ontsparingen van de onderzoekscommissie af te keuren, enkele lofwaaardige kritische persartikelen niet te na gesproken. Dit kan wellicht nog gebeuren bij het indienen van het eindrapport!

4. Domesticeren *

We bevinden ons thans in de jongste fase van het verzwakken van de rechterlijke macht in België.

In 1988 werd door de staatssecretaris voor het Leefmilieu en door de minister van Justitie aangekondigd dat het in de bedoeling van de regering lag om de magistratuur op te leiden in het domein van het leefmilieurecht. Ik huiver bij de gedachte dat regeerders rechters willen «vormen», want vormen betekent uiteindelijk in deze context «naar de hand zetten».

Het is mij opgevallen dat in 1989 een college van eerste voorzitters wordt opgericht naar het model van een sinds jaren fungerend college van procureurs-generaal. Dat deze laatste, in volle onafhankelijkheid het vervolgingsbeleid bespreken, lijkt mij een vanzelfsprekende zaak. Minder vanzelfsprekend lijkt mij een college van de zittende – en derhalve oordelende – magistratuur, waardoor de neiging zou kunnen ontstaan om het oordeelsbeleid te bespreken. Ook hier is «manipulatie» niet zover af, tenzij een dergelijk college enkel bedoeld is om op zijn beurt bij te dragen tot een oplossing van de gerechtelijke achterstand.

In 1989 maakten wij ook mee dat topministers vergaderden om na een ophefmakend arrest van het Aribtragehof, na te zien of dit Hof wel binnen zijn bevoegdheden was gebleven.

Het is mij ten slotte opgevallen dat bewindslieden van oordeel zijn – en hier bemerkt men reeds de door de parlementaire onderzoekscommissie geïndoctrineerde standpunten – dat de parketmagistraten onder enige controle moeten staan. Het is duidelijk dat elke gezagdrager onder gezag moet staan. Dat stond reeds in de Bijbel, toen de honderdman verklaarde: «Ook ik sta onder gezag.» Dit geldt vanzelfsprekend ook voor de parketmagistraten.

Maar de controle waarop bedoeld wordt is een «politieke» controle, d.w.z. een controle door Regering en Parlement, teneinde het vervolgingsbeleid in de «politieke» greep te brengen; sommigen spreken reeds van «commissaires du gouvernement» (*sic*).

Hierbij verliest men uit het oog dat het openbaar ministerie door de grondwetgever binnenin de rechterlijke macht werd ingesteld enerzijds om goed te doen uitkomen dat de uitoefening van de strafvordering buiten de uitvoerende macht om, d.i. buiten de Regering om, en derhalve onafhan-

kelijk, plaatsvindt, en anderzijds om ook binnen de rechterlijke macht in een controleorgaan te voorzien dat eveneens onafhankelijk toezicht houdt op de werking van de hoven en rechtbanken en eventueel de tuchtvordering uitoefent. (Krings, J.E., «Enkele beschouwingen betreffende Rechtsstaat. Scheiding der Machten en rechterlijke macht», *R.W.*, 1989-90, 269 e.v., spec. p. 178).

Ik geniet het voorrecht te blijven behoren tot het advocatenkorps, de professionele tegenspeler van het openbaar ministerie. Juist daarom kan ik – onpartijdig en onafhankelijk – getuigen dat een zelfstandig keurkorps van parketmagistraten een der belangrijkste waarborgen is van een Rechtsstaat.

Het openbaar ministerie is geen agent van de uitvoerende macht, maar een volwaardig lid van de rechterlijke macht, dat bij de uitoefening van de strafvordering een volstrekt eigen en onafhankelijke bevoegdheid heeft uit kracht van de wet (art. 1 Sv.).

De bijzondere rechtspositie van het O.M. ondermijnen door dit korps te reduceren tot een spreekbuis van de regering moet fataal het krediet van de rechterlijke macht in haar geheel aantasten en derhalve de laatste beschermende muur in onze samenleving slopen.

B. Wie beschermt de beschermers?

Vooraleer «rücksichtslose» machthebbers zich zouden willen vergrijpen aan de onafhankelijke rechterlijke macht, moeten wij ons bezinnen over de bescherming ervan: wie zal de rechters beschermen?

1. Het Parlement?

T.g.v. het Justitiebegrotingsdebat zou dit kunnen. Maar de onderzoekscommissie heeft grondig de atmosfeer vertroebeld. Toch zou het Parlement de hoeder bij uitstek moeten zijn van de Rechtsstaat waarvan de rechterlijke macht de belangrijkste pijler is.

2. De Regering?

De minister van Justitie is – met zijn voorgangers, d.i. een vorm van transgeneratiele politieke solidariteit – verantwoordelijk voor de benoemingen. Hij is derhalve de «beschermheer» bij uitstek van de rechterlijke macht; wanneer deze op de korrel wordt genomen, zelfs door leden van een onderzoekscommissie, moet hij haar in bescherming nemen.

De laatste jaren is het herhaaldelijk voorgekomen dat leden van de uitvoerende macht, die geconfronteerd werden met gerechtelijke uitspraken waarbij de willekeur van hun machtsuitoefening werd gesanctioneerd, publiekelijk verklaarden dat zij zich deze uitspraak niet gelegen zouden laten.

Het minste wat men in dezen mag verwachten is dat de minister van Justitie, beschermheer bij uitstek van Recht en Gerecht – «le Garde des Sceaux» – zijn collega's en andere gezagdragers zou pogen te herinneren aan de dwingende plicht van terughoudendheid tegenover de Rechterlijke Macht, telkens zij deze verplichting op een ergerlijke wijze overtreden.

3. De rechterlijke macht?

Zij mag niet spreken: «Sois juge et tais-toi.»

* Letterlijk: tot huisdier maken. In werkelijkheid: temmen in de zin dat het dier naar zijn «baaske» moet luisteren.

Toch denk ik dat korpschefs hun stem mogen en zelfs moeten verheffen, wanneer de grenzen van geduld en goedoplicht van de magistratuur overschreden werden (zie in die zin trouwens de voorzitter van het Arbitragehof t.g.v. de ontmoeting van de Vlaamse en Nederlandse Juristenverenigingen te Alden Biezen in 1987: *T.B.P.*, 1988, 242-243).

Hoogst uitzonderlijk zal de rechterlijke macht zelf moeten berechten wanneer derden (leden van) de rechterlijke macht hebben beledigd (zie bv. Brussel, 5 februari 1990, niet gepubliceerd). Ook de internationale rechter kan dit doen (Straatsburg, 22 februari 1989, arrest Barfod).

Dit laatste kan m.i. enkel als ultimum remedium gelden, indien inderdaad alle andere «beschermheren» het hebben laten afweten.

4. De doctrine ?

Zij is het, die in de loop der eeuwen, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht heeft ondersteund en geprezen, en dit in de toekomst meer dan ooit voorheen zal moeten blijven doen.

5. De balie ?

Zoals reeds blijkt uit het voorgaande, is de balie, natuurlijke vertegenwoordiger van de rechtzoekenden, de passen de woordvoerder om ook de rechterlijke macht in bescherming te nemen.

Het is niet goed voor de rechtsbedeling dat de rechters – hetgeen thans het geval is – gebukt gaan onder een onrechtvaardige verdachtmaking.

Op gevaar af van een verdenking van «rechter en partij zijn» – durf ik staande houden dat de burgers en hun geëigende verdedigers (advocaten) belang hebben bij een magistratuur, die door de overige gezagdragers wordt gerespecteerd en erkend.

6. De media ?

Waar een kritische pers én een onafhankelijke magistratuur de garanten zijn voor een democratische bescherming van de burger, is het niet de functie van de media, noch om de rechterlijke macht te bewaken, noch om haar specifiek te beschermen.

Toch komt het mij voor dat de pers, zowel inzake bewaking als bescherming van de rechterlijke macht een belangrijke rol kan spelen. Om een nogal onschuldig voorbeeld te nemen: de pers zal terecht ook de eigen verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht in de achterstand van het gerecht aanklagen (bewaking), en anderzijds verklaren hoezeer bv. de beperkte justitiebegroting en de politisering in de benoemingen deze achterstand in de hand werken (bescherming).

II. Institutionele strategie voor Vlaanderen

Aangezien Gentenaars altijd dwarsliggen – Van Caenegem vindt het hoofdkenmerk van de Gentenaars in «la superbeté des Gantois», hun tegendraadse, eigenzinnige trots (*Gent, geschiedenis van een rebelse staat*, Antwerpen, 1989, Voorwoord) – zult U mij in het debat over de derde fase in de staatsvorming een aantal persoonlijke bedenkingen

laten maken, teneinde te vermijden dat onze goede trouw eens te meer wordt verschalkt. Over de vergissingen en toevelingen van het verleden, over de huidige chaotische werking van onze instellingen en over de noodzaak om veel recht te trekken, zal ik het niet hebben; daar is reeds tot in den treure over gesproken en geschreven.

Ik stel met zorg vast en niet met leedvermaak – want de Vlaamse Juristenvereniging en haar voorganger de Bond der Vlaamse Rechtsgeleerden zijn visceraal democratisch geweest en gebleven – dat het Parlement – of zijn expressie, m.n. de gemengde commissie voor de hervorming van de instellingen – niet in staat is gebleken om enige vorm van consensus tot stand te brengen m.b.t. de zogeheten derde fase.

Hetgeen betekent dat de verkozenen des volks helaas niet in staat zijn geweest om een redelijk voorstel te formuleren m.b.t. de volgende fase van de staatsvorming en dus impliciet, maar niet minder duidelijk, de karwei hebben doorverwezen naar de regering.

Hetgeen daadwerkelijk betekent dat de uiteindelijke boetsering van het beeld van dit land overgelaten wordt aan de regering.

Wanneer gaan wij eindelijk als een zelfbewuste meerderheid in dit land een ditmaal juridisch evenwichtige eindvoltooiing van de hervorming van deze Staat grondig voorbereiden in samenspraak tussen de levende krachten van onze natie en verantwoordelijke politici ?

Wanneer gaan we eindelijk eens beseffen dat wij geen genoeg kunnen nemen met een derde fase, die goeddeels opgevuld wordt hetzij met eisen die relatief onbelangrijk zijn zoals de residuaire bevoegdheid (zie aldus eveneens: *T.B.P.*, 1990, 87 en 93), hetzij met eisen die in een Europese context niet realiseerbaar zijn (de Europese milieurielijn zijn reeds gewestmaterie; de talloze veroordelingen van België bewijzen dat het gewest dit voorsnog niet aankan; zie dienaangaande het eerste rapport over de toepassing van het Europees communautair recht inzake leefmilieu, dd. 8 februari 1990), hetzij met eisen die enkel te maken hebben met een behoorlijk beleid van België en Vlaanderen op het zuiver beheerstechnisch niveau van de goede werking der instellingen.

Al te zeer werden juridisch-technische hervormingen voorgesteld als Vlaamse eisen, waarvoor dan telkens node-loze toegevingen werden gedaan of compromissen werden gesloten.

Zo is de afschaffing van het dubbel mandaat een eis van het gezond verstand om parlementaire instellingen waar ook ter wereld behoorlijk te laten functioneren.

Bovendien blijf ik erbij dat de derde fase in de totale context van de publiekrechtelijke ontwikkeling in dit land minder belangrijk is dan de fundamentele vragen naar de verhouding tussen Parlement en Regering en tussen Wetgevende en Rechterlijke Macht en dan het gewaarborgd tweetalig Rijksstatuut voor Brussel-hoofdstad.

Ten slotte moeten we weten of het strookt met de rol van Vlaanderen in het Europa van 1993 dat we plots aan bewuste «Kleinstaaterei» gaan doen. Het lijkt nu veel belangrijker dat we opnieuw zouden beseffen «alles waarin een klein land groot kan zijn».

Want waarom zouden wij voor betere structuren, instellingen en rechtsregelen pleiten indien wij daarin niet ons volk willen plaatsen, een volk dat in Europa een eigen mensen maatschappijbeeld moet kunnen aanbrengen.

Maar dan moeten wij dringend het roer keren, want ik ben het met Jozef Deleu eens, toen die zei dat men op dit ogenblik Vlaanderen cultureel aan het «debiliseren» is (rede bij uitreiking Grote Cultuurprijs Oost-Vlaanderen, Gent, 21 december 1989).

III. Juristen zijn niet te koop

Het is niet omdat België in 1830 uit een opera is geboren dat wij in 1990 een operettestijl moeten cultiveren in het oplossen van onze complexe problemen.

Dit brengt mij tot mijn derde zorg: de juristen.

Van Caenegem schreef – in historisch perspectief – het volgende: «That jurists have often been servants and instruments of the powers that be, is undeniable. This does not mean that one should forget about the others who have followed their own conscience and intellectual insight independently of, or even against, the rulers of the world, and legal science is much indebted to them» (*Judges, legislators and professors*, Cambridge, 1987, p. 157).

Ik kan me moeilijk ontdoen van de indruk dat machthebbers vandaag juristen beschouwen als «knechten en meiden voor alle werk» en dat velen zich inderdaad daartoe lenen: «serve the powers that be».

Juristen zijn er om creatief scheppend datgene te realiseren wat onze samenleving naar meer gerechtigheid kan voeren; zij zijn er niet om als leerling-tovenaars de fouten, vergissingen en het machiavellisme van machthebbers toe te dekken met acrobatische constructies, die compleet met de «rule of law» in tegenspraak zijn.

Onze Vlaamse Juristenvereniging

Congressen zijn ook momenten van terugblik en vooruitzien.

Sinds het vorig congres te Brussel (1988) organiseerden wij drie ontmoetingsdagen, te weten: Brugge, waar we het hadden over de plaats van Vlaanderen in Europa; Flanders Technology 1989, waar we het hadden over juridische spits-technologie en ten slotte te Gent, in samenwerking met de Belgische Vereniging Europees Recht, over Federalisme en Europa.

Het bestuur besliste meer aandacht te besteden aan professionele samenwerking van juristen en aan de samenwerking met de juristenverenigingen van de overige elf lidstaten van de Europese Gemeenschap.

Het blad *Vlaams Jurist Vandaag* kende een verdere opgang en kreeg de verdiende belangstelling. Ik dank de redactie en verzoek mede in haar naam om nog meer ideeën en suggesties.

Wij hebben, ingevolge een beslissing van het bestuur, ut singuli een verzoek ingediend bij het Arbitragehof om de wet op de Europese zetelverdeling te vernietigen. U zult maar al te best begrijpen dat ik bij deze mededeling geen enkel commentaar noch mag, noch wens te geven. Het «sub judice»-beginsel wordt in dit land maar al te zeer overtreden, opdat wij niet zouden pogen hierin nog enig voorbeeld te stellen.

Wij plannen de bestudering in werkgroepen van die problemen, die ons meer in het bijzonder ter harte gaan: de werking van onze instellingen, de depolitisering van openbaar ambt en magistratuur, de rol van de Vlaamse Juristen

in het Europa van 1993. Werk genoeg om een oproep tot medewerking te doen: aarzel niet uw bereidheid daartoe aan het bestuur mee te delen.

En zouden wij niet, geachte heer Suyver, ondervoorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging, nu en dan niet een beperkte, doch gezamenlijke actie ondernemen.

Moet bv. het Nederlandstalige juristendom in België en Nederland – en dat zijn toch vele tienduizenden – blijven aanvaarden dat onze rechtspleging inzake gemeenschapsrecht gebrekkig is omdat wij met twee jaar vertraging de Europese rechtspraak in het Nederlands ter beschikking krijgen (ter Kuile, B.H., *Hoe ver ligt Den Haag van Brussel*, Deventer, 1989, p. 71-72).

Dit is een vrij bescheiden, maar toch bijzonder concrete opgave, waar onze beide Juristenverenigingen iets aan zouden kunnen doen, in afwachting dat wij in Nederland worden uitgenodigd voor een grootser project.

En zo belanden wij vanzelfsprekend bij datgene wat de V.J.V. in de komende jaren zal bezielen met zorg, maar ook met vertrouwen.

Juristen moeten niet alleen een vorm van «moderate scepticism» (zie Hume, David, *An enquiry concerning human understanding*) cultiveren; zij moeten bovendien «act, reason and believe» (*ibidem*): handelen, redeneren en geloven.

Geloven in de kracht van het recht, dat naar het woord van Thorbecke «die algemene beginselen» omvat «die een wereldkracht zijn geworden en die geen Rijk straffeloos verzaakt».

De immense hoop aan het einde van de XXe eeuw wordt versterkt door de doorbraak van het beginsel van de goede trouw, door de explosieve ontwikkeling, erkenning en jurisdictionele sanctionering van de rechten van de mens, door de geleidelijke veralgemening van de rechterlijke constitutionalitycontrole en door de instorting van onmenselijke regimes.

De juristen moeten bijdragen, allen in hun werkgebied, tot de geleidelijke verwezenlijking van de droom der gerechtigheid.

Wij hebben met onze Vlaamse Juristenvereniging deze droom der gerechtigheid goeddeels voor Vlaanderen mee helpen realiseren. Wij kunnen, vanuit deze ervaring, een fundamentele bijdrage leveren in Europa, het Europa van 1993, maar ook het grote Europa, het echte Europa, waar de verscheidenheid der rechtsculturen (inhoudelijk én taal-kundig) een rijkdom is, waar de Vlaamse Juristen met hun historische aanleg om de Latijnse, Germaanse en Angelsaksische rechtsculturen te begrijpen, een essentiële functie van juridische harmonisatie, wederzijdse inwerking en synthese kunnen waarnemen.

Juristen zijn, in strijd met hun «imago», geen formalisten, maar de hun eigen «dwang der precisie» is een waarborg opdat wetgever, rechter en regeerder nauwkeurig én gemotiveerd hun beslissingen weten te legitimeren. Ondoordachte, nachtelijke, haastige en slordige beslissingen van machthebbers zouden aldus een einde kunnen nemen. (Alsdan zou men niet meer schrijven dat gemeenteraadsliden Nederlands moeten kennen, doch dat deze kennis onweerlegbaar vermoed wordt; dan zou men eerlijk en precies schrijven dat ze geen Nederlands hoeven te kennen!) Juristen zijn er om de rechtscultuur te schragen en de rechtsstaatsgedachte telkens te actualiseren in haalbare én werkbare regelen en structuren.

Vlaamse juristen en U allen die ons het voorrecht van uw aanwezigheid verschaffen, roep ik in die gemeenschappelijke zorg en hoop, met de dichter toe:

«Wij zijn verwant,

Wij horen in dit stormbevochten land

van kavels, tussen dijk en stroom geslagen.

Ik heb uw gang: die driftige en toch trage
voetstap, die onverzettelijke trant»

(Uit Ida Gerhardt, *Het levend monogram*)

Verslagen

De goede trouw in het geding – Een stellingname ter discussie ¹

Het proces is een mysterie, schreef de grote Italiaanse processualist Salvatore Satta ². Het is het mysterie van een handeling zonder doel, de enige handeling des levens zonder doel, waarin het leven, de actie stilstaat («arrest houdt»), zich op zichzelf terugplooit, zich bezint, zich onderwerpt aan het oordeel (het arrest). Volgens het Credo is het hele bestaan op die handeling gebouwd: de laatste dag zal Iemand komen, niet om te belonen, niet om te straffen, maar om te oordelen.

Nu zijn wij vandaag niet bijeengekomen om dit mysterie te aanschouwen, maar misschien toch wel om even te reflecteren. Reflecteren, niet over het doel van het proces, aangezien dat geen doel heeft, maar vanuit de doeleinden van de mensen die het proces maken: de overheid (wetgever) die het inricht, de partijen die het voeren, de rechter die het leidt (of lijdelijk ondergaat).

In het proces wordt het recht aan het werk gezet. Heidegger parafraserend: *Partijen* procederen om recht te krijgen, om gelijk te krijgen, en dit is allebei hetzelfde, zoals de Duits-taligen wel begrepen hebben. De *overheid* regelt het proces omdat recht halen niet op onverschillig welke wijze mag geschieden. De inrichting van het proces is de keerzijde van het verbod van eigenrichting, is de inrichting van het recht zelf. «Fiat iustitia, pereat mundus» geldt voor de dag des oordeels, niet voor het oordeel der mensen. Zijn recht halen moet geschieden volgens de regels van het spel. Misschien behoort ook dit tot het mysterie van het proces: ook al is het bloedige ernst, het moet fair gespeeld worden – «fair play».

¹ Deze tekst vormt de inleiding van de auteur bij de discussie op het XXXIVe Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging, Gent 28 april 1990 over zijn rapport «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaat proces- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, nr. 2 (extranr. p. 311-484) en de reactie daarop van raadsheer E. FORRIER, «Goede trouw in geding en bewijs», *T.P.R.*, 1990, nr. 2 (extranr. P. 503-506).

² «Il mistero del processo», *Riv. dir. proc.*, 1949, (273) 281. Voor wie de rijkdom van geest van Satta wil leren kennen en geen Italiaans leest, kan ik erop wijzen dat Satta ook een roman heeft geschreven, *Il giorno del giudizio*, die in het Nederlands vertaald is als *De dag des oordeels*, Amsterdam, Meulenhoff, tweede druk, 1990, en gerecenseerd door L. DEVOLDERE, «Satta bezweert de vergetelheid», *Standaard der letteren*, 21 oktober 1989.

Maar – en deze vraag is het doel van ons samenzijn – *wat betekent «fair play»?* Betekent het alleen maar «de regels volgen» – waarmee men doorgaans bedoelt de wettelijk gestelde regels, of betekent het meer, en dit wil zeggen ook de ongeschreven, juist de niet in de wet geschreven regels, volgen? Betekent het meer bepaald niet dat men ook rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij ³? Dit laatste is de omschrijving die ik gegeven heb aan de eisen van de zogenaamd objectieve goede trouw, de goede trouw van het handelen, die m.i. terug te vinden zijn in de voorbeelden waarmee het preadvies aanvangt.

Raadsheer Forrier betwist dit (ten dele), omdat «procespartijen normaal volkomen tegenstrijdige belangen hebben die zij aan elkaar willen en kunnen opdringen». Maar hebben contractspartijen – waartussen de eisen van de goede trouw ook volgens hem onbetwist gelden – niet veelal ook even tegenstrijdige belangen? Normaal heeft de koper er belang bij een goed zo goedkoop mogelijk te kopen, en de verkoper het zo duur mogelijk te verkopen, en hetzelfde geldt voor de aanneming, de huur en om zo te zeggen alle wederkerige overeenkomsten. Toch eist het recht dat koper en verkoper precies wel rekening houden met de tegenstrijdige belangen van hun wederpartij, voor zover die belangen *gerechtvaardigd* zijn.

Raadsheer Forrier stelt de vrijheid van contracteren tegen de afwezigheid van de vrijheid om al dan niet te procederen. Heeft de partij die het initiatief neemt tot een overeenkomst daartoe steeds de vrije keuze? Doet zij dat niet veelal uit noodzaak, uit een zelfde soort noodzaak als die waarmee men procedeert? En heeft de wederpartij een grotere vrijheid om niet te contracteren dan de verweerder om niet te procederen? De beperking van het recht van de verweerder om niet te procederen, en meer bepaald zijn verplichting om te betwisten, is gewoon de keerzijde van het recht van de eiser om te vorderen, dat in ons recht principieel erkend wordt ongeacht de gegrondheid van de eis, mits de eiser aan de voorwaarden ervoor voldoet, dit wil zeggen mits zijn vordering toelaatbaar is. Zo ook is de vrijheid om geen verbin-tissen aan te gaan beperkt, zo bv. door de verplichting om tegen een factuur of orderbevestiging te protesteren, door

³ De verwoording vinden we terug in het arrest Baris / Riezenkamp, HR, 15 november 1957, *N.J.*, 1958, nr. 67, over precontractuele verhoudingen (en dus niet beperkt tot louter contractuele verhoudingen). Zie verder ook J.B.M. VRANKEN, «Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht», *R.M. Themis*, 1986, (415), 425.

het verbod van contractswegering, door de regels der zaakwaarneming en ongegronde verrijking, door het wettelijk voorkooprecht, en door zovele andere regels. In ieder geval belet de contractsvrijheid niet dat partijen ook bij de totstandkoming van overeenkomsten te goeder trouw moeten handelen, en de beperking van de contractsvrijheid evenmin dat partijen bij de uitvoering van de hun opgedrongen verbintenissen eveneens te goeder trouw moeten handelen, dat wil zeggen rekening moeten houden met de tegenstrijdige belangen van de wederpartij, voor zover deze gerechtvaardigd zijn. Zo ook belet de aard van het proces niet dat procespartijen rekening moeten houden met de belangen van de wederpartij, voor zover deze *gerechtvaardigd* zijn.

In het slot van zijn reactie stelt ook raadsheer Forrier dat partijen in hun processuele verhouding te goeder trouw moeten handelen, dat zij zich *betamelijk* moeten gedragen. Betekent dit iets anders dan dat zij zich mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moeten laten leiden? Ik kan dit niet inzien. Ik vermoed dat onze standpunten dus wel niet zover uiteen zullen liggen.

Waar het mij op aankomt, en wat ik in het rapport heb trachten aan te tonen, is dat 1° ook in het (privaat) procesrecht de precieze wettelijke regels, hoe goed ze ook zijn uitgewerkt, niet voldoende zijn (de bestrijding van de verblinding van het legisme, zie nr. 7 van het rapport), en 2° omgekeerd de goede trouw ingewerkt moet worden binnen het systeem van de reeds bestaande regels en rechtsbeginselen (de bestrijding van de denkluiheid van het zuiver billijkheidsoordeel, nr. 7 van het rapport). Daarbij komt nog een derde punt, namelijk dat de regels van de artt. 1382 e.v. B.W. de rol van de goede trouw niet, althans niet geheel, kunnen overnemen.

Wat is dan de verhouding tussen de goede trouw en de concrete regels van bv. het Gerechtelijk Wetboek?

De goede trouw verfijnt enerzijds de regels, en breidt ze anderzijds uit. Zij verfijnt de regels door uitzonderingen aan te geven voor die gevallen waarin de regel het geval niet tot zijn recht laat komen. In de toepassing, d.i. de concrete uitleg van een regel, moet deze wél soms wijken voor het ongeschreven recht, dat naast die regel een uitzondering stelt en zo tot een nieuwe, meer verfijnde regel komt. Deze nieuwe regel raakt zo ingeburgerd dat men niet eens meer beseft dat hij niet in de wet staat: wij lezen in de wet wat wij gewoon zijn dat daaruit wordt afgeleid. De goede trouw breidt regels uit door ze naar analogie toe te passen op gevallen die niet onder de letter ervan vallen. Ook dit betekent dat een andere regel daardoor wordt beperkt, en dus moet wijken voor de analogie op grond van het ongeschreven recht. Men doet de goede trouw onrecht aan door haar rol als een «marginaal» verschijnsel te bestempelen. Men doet ze nog meer onrecht aan door te stellen dat zij slechts «de wijze van uitoefening» van rechten zou betreffen, en niet de subjectieve rechten zelf. Een onderscheid tussen de beperking van een recht en een beperking van de wijze van uitoefening ervan is totaal onbruikbaar. In een rechtstak waarin de goede trouw meespraakt, dienen de rechten zélf anders te worden uitgelegd dan op grond van de wet alleen, en namelijk te worden ingepast in de rechtsverhouding waarin partijen staan in plaats van enkel van het subject uit te gaan zonder dat de belangen van de wederpartij daarbij betrokken worden. Ik heb deze verschuiving van subjectief recht, bevoegdheid, wilsmacht, naar rechtsverhouding een fundamentele

breuk genoemd (rapport nr. 9)⁴, de voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging heeft in dezelfde zin de goede trouw de uitdrukking van de postmoderniteit in het recht genoemd⁵. In het postmoderne denken wordt immers precies afgestapt van de idee dat woorden een rechtsbetekenis hebben ongeacht hun wijze van uitoefening. Nu blijkt uit de verhouding tussen de concrete rechtsregels en de goede trouw dat er tussen beide nog een derde niveau noodzakelijk is: de rechtsbeginselen. Rechtsbeginselen zijn gezichtspunten die té algemeen gesteld zijn om rechtstreeks te kunnen worden toegepast. In hun algemeenheid zijn beginselen steeds met elkaar in strijd. Zij kunnen niet onversneden worden toegepast. In concrete regels worden deze strijdige beginselen in evenwicht gebracht, waarbij nu eens het ene, dan weer het andere voorrang krijgt. Beginselen kunnen niet zonder regels. Maar die regels moeten steeds opnieuw een evenwicht tussen de beginselen zoeken, steeds opnieuw aan de hand van de maatschappelijke ontwikkeling. Daarbij moeten de beginselen, die steeds reeds in het positieve recht gevonden worden, doch op partiële wijze, steeds opnieuw doordringen in leerstukken en regels waar zij nog geen plaats hebben gevonden. Beginselen kunnen niet zonder regels. Dit inzicht wordt – meer bepaald in het procesrecht – gestoord door de gewoonte – zeker in dit land – om een heleboel regels, die niet als dusdanig in de wet gevonden worden, beginselen te noemen, hoewel het slechts regels zijn. Beginselen zijn geen algemeen geldende regels. Het vertrouwensbeginsel is een beginsel, het is géén algemeen geldende regel. Het risicobeginsel is een beginsel, het is géén algemeen geldende regel. Hetzelfde geldt voor het autonomiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het wederkerigheidsbeginsel. Beginselen zijn geen eindselen, zei Eggens. Zij geven wel de richting aan voor de blanconorm der goede trouw in een bepaalde rechtstak.

Daarmee heb ik een vijftal beginselen genoemd die m.i. in het procesrecht samenspelen en in hun samenspel de concrete regels van het privaats procesrecht mede helpen verklaren en moeten helpen verder ontwikkelen. In het rapport heb ik ze niet met zoveel woorden genoemd, maar ik doe het nu.

Laten we bijvoorbeeld het vraagstuk nemen van de wettelijk bepaalde termijnen, die evenwel niet «op straffe van verval» zijn voorgeschreven (zie nrs. 15 en 61 e.v.). Concrete wettelijke bepalingen, de blanconormen der goede trouw en rechtsbeginselen spelen hier samen. De wet bepaalt in beginsel de duur van de termijn, maar niet de sanctie ervan. De verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij betekent dat, bij het stilzwijgen van de wet, deze termijnen toch gesanctioneerd moeten kunnen worden, maar daarom niet in alle gevallen. De genoemde rechtsbeginselen geven daarvoor maatstaven aan: het vertrouwensbeginsel eist dat de wederpartij de termijn tijdig moet opwerpen, eventueel tot naleving ervan moet aanmanen; het wederkerigheidsbeginsel eist dat zij geen bijzondere inspanning vraagt welke zij op haar beurt

⁴ Vgl. eerder mijn rede «De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldverhouding», *R.W.*, 1989-90, 132 e.v.

⁵ MARCEL STORME, «La bonne foi: expression de la postmodernité en droit», in *La bonne foi. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège*, 459 e.v.

zelf niet levert; het risicobeginsel eist dat nalatigheden van een advocaat aan zijn cliënt worden toegerekend en deze omgekeerd zich niet met de nalatigheid van zijn cliënt kan verontschuldigen bij de wederpartij; het zorgvuldigheidsbeginsel eist dat men de tardieve handeling niet weigert toe te laten zonder belangenschade, e.d.m. Vele van deze nuances zijn niet in de wet te vinden, althans niet in de rechtstreeks toepasselijke bepalingen. Veelal zijn ze wel te vinden in andere bepalingen, maar de analogische toepassing daarvan kan men moeilijk met de wet alleen verklaren, ja, ze houdt een verwerping in van het legaliteitsbeginsel voor het privaats procesrecht.

Het recht om te vorderen en zich te verdedigen wordt dus genuanceerd doordat het aan de hand van beginselen teruggeplaatst wordt in het raam van een rechtsverhouding waarin procespartijen staan en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden.

Het is precies wegens dit samenspel van regels en beginselen onder de hoede van de goede trouw dat het nuttig is te beschikken over een aantal begrippen en categorieën die niet in de wet zelf terug te vinden zijn, maar aan de hand waarvan processuele verhoudingen en sancties kunnen worden ontleed. Ik heb ze U in mijn rapport niet bespaard. Ik verwijs meer bepaald naar de analyse van de «procesverhouding» aan de hand van het recht om te vorderen en o.m. anderen in een proces te betrekken, en het recht om zich te verdedigen en o.m. ook om zich niet steeds te hoeven verdedigen (zie nrs. 5, 8 en 17). Ik verwijs evenzo naar mijn analyse van het begrip «Obliegenheit», waarvoor ik in het Nederlands het woord «last» wens te gebruiken (nrs. 11-15). Het recht om te vorderen en het recht om zich te verdedigen heb ik gerelativeerd door te stellen dat zij met dergelijke lasten bezwaard zijn, die ten dele wettelijk worden opgelegd, ten dele op grond van de goede trouw. De miskennis van die lasten wordt meestal daardoor gesanctioneerd, dat de vordering ofwel nog niet ofwel niet meer kan worden toegelaten, wanneer de goede trouw zulks eist. Ik verwijs ten slotte naar het verband dat ik gelegd heb tussen dergelijke vormen van ontoelaatbaarheid en de figuur der rechtsverwerking (nrs. 11-12 en 14-16).

Ten slotte wil ik nog op één opwerping ingaan. De door mij verdedigde opvattingen houden inderdaad een verschuiving in van de klemtoon van de wetgever naar de rechtspraak (en rechtsleer), zelfs voor het procesrecht. Maar dat is veel eerder een gevolg dan oorzaak. De vraag of de wetgever dan wel de rechtspraak grotere invloed moet hebben op een bepaald rechtsgebied, mag niet de eerste vraag zijn. De eerste vraag is welke soort procesrecht past in onze hedendaagse maatschappij. Pas nadat daarover is nagedacht, kan men een standpunt innemen over de vraag of wetgeving of rechtspraak daartoe de meest geschikte weg is. Wanneer men ervan uitgaat dat ook in het procesrecht beginselen van behoorlijk handelen een rol moeten spelen, en dat wens ik te verdedigen, dan moet men de verschuiving van wetgeving naar rechtspraak erbij nemen. Dat de rechtszekerheid daardoor zou verminderen, betwist ik: de zekerheid die de burger verlangt van het procesrecht in de zekerheid dat *recht* gesproken wordt, niet de zekerheid dat de geschreven regels in acht genomen worden, want in de stroom van wetgeving

kan de burger toch niet al die regels kennen⁶. Indien de rechtszekerheid vermindert, dan is dat het gevolg van de maatschappelijke complexiteit, niet van de verschuiving van de klemtoon van wetgeving naar rechtspraak. Integendeel, indien de rechtspraak uitdrukkelijk het afwegen van meerdere rechtsbeginselen zou benadrukken, zou de zekerheid daardoor een flink stuk groter worden dan wanneer zij zich verschuilt achter een wetgeving die slechts fragmentaire, tegenstrijdige of onaangepaste regelingen bevat. Ook daarom pleit ik voor een wisselwerking tussen regels en beginselen. Steeds opnieuw is het de taak van de jurist om bij de bouw van dat open huis zijn steentje bij te dragen.

Matthias Edward STORME
Docent UFSIA Antwerpen

SECTIE I: De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie

De voorzitter van de eerste sectie van het congres, de heer J. Steyaert, opent de werkzaamheden door aan de preadviseur, prof. W. van Eeckhoutte, en aan de respondent, prof. W. Rauws de gelegenheid te verlenen om respectievelijk het preadvies en de reactie erop, voor de belangstellende toehoorders toe te lichten. In de daarop volgende discussie komen een viertal vraagpunten aan de orde.

1. In de eerste beraadt de vergadering zich over de vraag of er, algemeen gesproken, wel veel plaats is voor de aanvullende en de beperkende rol van de goede trouw in het arbeidsrecht, nu deze rechtstak gekenmerkt wordt door een veelheid aan gedetailleerde voorschriften en de overtreding van die voorschriften specifiek wordt gesanctioneerd.

Volgens de advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie H. Lenaerts, tevens professor emeritus aan de R.U.G., is er vanzelfsprekend een plaats voor de goede trouw in het arbeidsrecht, maar deze plaats is weliswaar vrij beperkt.

De heer J.R. Rauws, raadsheer in het Hof van Cassatie meent dat ook andere rechtstakken, zoals het burgerlijk recht, gekenmerkt worden door gedetailleerde wetgeving, bv. de wetgeving inzake pacht, huur, koop op afbetaling, concessies van alleenverkoop, brandverzekering en reiscontract. De rol van de goede trouw is in het arbeidsovereenkomstenrecht bijgevolg niet minder substantieel dan in het recht inzake specifieke civielrechtelijke overeenkomsten.

In tegenstelling tot de nagenoeg algemeen gedeelde opvatting van de sectieleden dat, uit de sterk reglementaire aard van het arbeidsrecht kan worden afgeleid dat de plaats voor de goede trouw er vrij beperkt is, wordt door advocaat R. Van Hecke geopperd dat het frequente optreden van de wetgever juist een bevestiging is van de noodzaak van de toepassing van het leerstuk van de goede trouw. Zo meent deze interveniënt dat het veelvuldige optreden van de wetgever in het domein van het arbeidsrecht zijn oorzaak vindt in de grote mate van kwade trouw die soms aanwezig is bij de actoren van het sociaal recht.

⁶ Vgl. N. GEELHAND, «Over zekerheid, rechtszekerheid en trouwensleer in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1989, (923), nrs. 39 en 46.

Prof. W. van Eeckhoutte formuleert vervolgens de algemene vraag naar de rol van de goede trouw in het arbeidsrecht meer concreet aan de hand van een voorbeeld. Kan een werkgever uit het feit dat hij alle voorschriften van het A.R.A.B. heeft nageleefd, besluiten dat hij voldaan heeft aan zijn plicht te zorgen voor behoorlijke en veilige arbeidsomstandigheden? Kan men uit het feit dat er een enorm arsenaal aan veiligheidsvoorschriften is neergelegd in het A.R.A.B., niet besluiten dat er geen plaats meer is voor de aanvullende werking van de goede trouw in dit domein? Prof. W. Rauws merkt op dat tegen deze stelling pleit dat het A.R.A.B. zelf in zijn art. 54^{quater} een algemene goegetrouwverplichting verwoordt. In het Nederlandse arbeidsrecht besluiten een aantal auteurs uit art. 1639s B.W., dat aan de rechter de mogelijkheid verleent om een schadevergoeding toe te kennen indien een van de partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk beëindigt, dat er in die aan gelegenheid geen plaats meer is voor de leer van het rechtsmisbruik. Er zijn met name argumenten om te stellen dat het voorhanden zijn van een wettelijke regeling, voornamelijk als ze exclusief is, geen ruimte meer laat voor de goede trouw.

De voorzitter van de sectie wijst erop dat de vraag naar de plaats van de goede trouw in het arbeidsrecht in feite overeenstemt met de algemene vraag in welke mate er in het sociaal recht plaats is voor de toepassing van het algemeen verbintenissenrecht. Ter zake heeft zich in het sociaal recht een ontwikkeling voorgedaan. De arbeidsovereenkomst gaf aanleiding tot het ontstaan van een autonome rechtstak. Vandaag de dag wordt de verbondenheid van het sociaal recht met het burgerlijk recht meer beklemtoond en wordt de isolatie van het arbeidsrecht van de andere takken van het recht als negatief bestempeld. De grotere aandacht voor de integratie van het sociaal recht in het burgerlijk recht heeft tot gevolg dat er ook meer ruimte is voor de tussenkomst van de goede trouw.

Professor B. Dubois merkt op dat het advies zich beperkt tot de impact van de goede trouw in het individueel arbeidsrecht en dat het collectief arbeidsrecht buiten beschouwing wordt gelaten. In dit laatste domein is naar zijn mening de rol van de goede trouw in de praktijk beperkter.

De voorzitter sluit de discussie omtrent het eerste vraagpunt af met de bemerking dat volgens hem de paritaire samenstelling van de arbeidsgerechten, die de belangenafweging van werknemers en werkgevers moet waarborgen, een illustratie is van de overtuiging dat er in het sociaal recht, een rol – zij het een beperkte – voor de goede trouw is weggelegd.

2. Het tweede vraagpunt betreft de mogelijke rol van de interpretatieve of de aanvullende goede trouw bij de problematiek van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht in geval van blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie luidens welke de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst door overmacht, stuit een aantal personen tegen de borst. Volgens prof. Van Eeckhoutte is het bestaan van onbehagen omtrent een bepaalde aangelegenheid vaak een aanleiding om een beroep te doen op de figuur van de goede trouw. In zijn preadvies stelt hij dat men in de aanvullende werking van de goede trouw een mogelijkheid kan zien om aan te nemen dat op de werkgever de verplichting zou rusten om, bij arbeidson-

geschiktheid van de werknemer, deze een vervangingswerk aan te bieden dat overeenstemt met zijn lichamelijke of geestelijke toestand. De enigszins in die zin gaande stroming in de rechtspraak die aanneemt dat de definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemers slechts een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst door overmacht indien de werkgever kan bewijzen dat het hem onmogelijk is aan de werknemer een ander werk, aangepast aan zijn resterende geschiktheid aan te bieden, is evenwel in strijd met de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie, die uitdrukkelijk vooropstelt dat overmacht enkel mag worden beoordeeld op grond van de bedongen arbeid.

Prof. W. Rauws schetst drie gevallen waarin de goede trouw zijns inziens een bijdrage kan leveren. Er kan hulp geboden worden door de goede trouw in het geval dat de blijvende arbeidsongeschiktheid haar oorzaak vindt in een fout van de werkgever, bv. een nalatigheid op het vlak van de veiligheidsvoorschriften. De werkgever die in dergelijke omstandigheden de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vaststelt wegens overmacht, handelt kennelijk onredelijk. Ook in het geval dat de blijvende arbeidsongeschiktheid te wegegebracht is door het professioneel risico, is de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk. Ten slotte zou men ook kunnen stellen dat de werkgever die, wetende dat de arbeidsongeschiktheid definitief is, jarenlang wacht om de beëindigende overmacht in te roepen, zijn recht verwerkt heeft. De voorzitter wijst prof. W. Rauws erop dat dit drie «gemakkelijke» gevallen zijn. De vraag naar de eventuele rol van de goede trouw in de andere gevallen blijft evenwel onbeantwoord, immers zijn niet alle gevallen terug te brengen tot een fout of risico. De vraag moet gesteld worden of geen oplossing in de goede trouw moet worden gezocht uitgaande van de concrete omstandigheden van de arbeidsongeschiktheid (soort en ernst van de aandoening) en van de onderneming (gedifferentieerd bedrijf of klein bedrijf) boven een te strikt vasthouden aan «bedongen arbeid». Een algemeen geldend theoretisch antwoord kan bezwaarlijk worden geformuleerd. Andersom zal dan op een vergelijkbare benadering van de goede trouw bij de uitvoering van een arbeidsovereenkomst een beroep worden gedaan, wanneer de werkgever op verantwoorde gronden het ius variandi inroept. Prof. W. van Eeckhoutte vraagt zich af of het niet altijd kennelijk onredelijk is blijvende arbeidsongeschiktheid als een beëindigingsgrond in te roepen. Wellicht beschouwen de deelnemers van de vergadering dit als een retorische vraag want er komt geen reactie, of dient hun stilzwijgen als een instemming beschouwd te worden?

3. Als derde vraagpunt komt de problematiek van de goede trouw bij de sollicitatie en de selectie aan de orde. Prof. W. Rauws pleitte in zijn inleidende uiteenzetting voor een verruiming van de informatieplicht van de werknemer in de precontractuele fase. Hij is de mening toegedaan dat een werknemer de plicht heeft om tijdens een sollicitatiegesprek objectief relevante gegevens die hem in ernstige mate ongeschikt maken voor de vacante betrekking spontaan mee te delen, met name moet men alle informatie verstrekken die noodzakelijk is opdat de tegenpartij geldig zijn toestemming kan verlenen. Zo zou bv. iemand die solliciteert voor een betrekking van opvoeder in een jeugdhuis, spontaan melding moeten maken van zijn vroegere veroordeling wegens aanranding van de eerbaarheid. En zo zou de werking van de goede trouw bv. vereisen dat iemand die ingaat op

een vacature voor een betrekking als vrachtwagenchauffeur uit eigen beweging meldt dat hij een alcoholprobleem heeft. Advocaat T. Balthazar verzoekt prof. W. Rauws te verduidelijken op welke rechtsgrond hij steunt. Hij vindt de stelling van prof. W. Rauws verregaand; hij vraagt zich af of hier niet zoals in het handelsrecht het algemeen aanvaard beginsel geldt dat men het recht heeft zich zo voordelig mogelijk voor te stellen. Prof. W. Rauws duidt als rechtsgrond voor zijn stelling de C.A.O. nr. 38 met haar beperkte juridische draagwijdte en het algemeen verbintenissenrecht aan. Met toepassing van art. 1382 B.W. volstaat de geringste fout in vergelijking met de voorbeeldige sollicitant. Men heeft de plicht die zaken mee te delen waaruit blijkt dat men totaal ongeschikt is voor zijn functie. Prof. W. van Eeckhoutte verwijst naar de criteria aangaande de op de werknemer rustende informatieplicht zoals zij werden verwoord in een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Gent (Arbrb. Gent, 18 mei 1981, *R.W.*, 1981-82, 1426). Indien de inlichting tot gevolg zou hebben dat zij niet tot een aanwerving zou leiden in strijd met de wet, hoeft zij niet spontaan meegedeeld te worden.

4. Ten slotte wordt als vierde vraagpunt behandeld of de goede trouw de juridische grondslag kan vormen voor het ius variandi van de werkgever. In de discussie komt een verschillende benadering door de preadviseur en de respondent tot uiting, die reeds bleek uit het advies en de reactie erop. Volgens prof. W. van Eeckhoutte moet de vraag bevestigend beantwoord worden: de aanvullende en de beperkende werking van de goede trouw kunnen de grondslag vormen van het ius variandi en men ziet dan ook niet in waarom het ius variandi ook geen betrekking zou hebben op zaken die uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst zijn bedongen. Prof. W. Rauws meent daarentegen dat er geen eigenlijke juridische grondslag voorhanden is voor het ius variandi: art. 1134 B.W. verbiedt de partijen de overeengekomen arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. De werkgever heeft niet het recht de arbeidsovereenkomst te wijzigen tenzij het voor de werknemer kennelijk onredelijk zou zijn bedongen contractuele rechten uit te oefenen of er zich op te beroepen. Niet bedongen arbeidsvoorwaarden kunnen eenzijdig door de werkgever gewijzigd worden voor zover de werkgever alsdan zijn recht niet misbruikt. In de visie van de respondent moet de inbreng van de goede trouw in de problematiek van het ius variandi beperkt blijven tot het verbod van rechtsmisbruik. Volgens prof. W. Rauws is het ius variandi in strijd met artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Prof. W. van Eeckhoutte meent daarentegen dat het wettelijk verbod om van tevoren een beding in de arbeidsovereenkomst op te nemen waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, niet betekent dat men in de loop van de uitvoering van de overeenkomst deze laatste niet eenzijdig mag wijzigen, mits dit in overeenstemming is met de uitvoering te goeder trouw.

De werkzaamheden van de eerste sectie van het Vlaams Juristencongres werden afgesloten met de vraag van advocaat S. Ossieur of de goede trouw een inbreng kan doen in de situatie dat een werknemer ontijdig de onderneming verlaat na op kosten van zijn werkgever een dure opleiding te hebben genoten. Volgens prof. W. van Eeckhoutte dient een onderscheid gemaakt te worden naargelang de partijen hieromtrent al dan niet iets hebben bedongen. Bevat de arbeidsovereenkomst een zogenaamd scholingsbeding waarin de

werknemer zich verbindt om gedurende een zekere tijd in dienst van zijn werkgever te blijven op straffe van de verplichting een deel of het geheel van de opleidingskosten terug te betalen, dan kan gesteld worden dat dit beding nietig is omdat het het ontslagrecht van de werknemer verzwaaert. Bevat de arbeidsovereenkomst geen scholingsbeding, dan mag de werknemer toch niet onbehoorlijk of onredelijk handelen. Samenvattend kan men dus stellen dat het onmogelijk is contractueel te bedingen dat de werknemer om reden van de genoten scholing gedurende een bepaalde tijd in dienst zal blijven, maar dat er wel rechtsmisbruik kan zijn indien de werknemer kort na de genoten opleiding de onderneming verlaat. Prof. W. Rauws merkt op dat het Hof van Cassatie onder gelding van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst de geldigheid van een scholingsbeding onder bepaalde voorwaarden heeft bevestigd (Cass., 19 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 62).

Het aantal aspecten van het arbeidsrecht waarbij men de goede trouw zou kunnen betrekken, is verrassend groot. In het preadvies werden een belangrijk aantal van deze aspecten geïnventariseerd. Bij wijze van besluit kan gesteld worden dat de sectieleden het er in het algemeen over eens zijn dat in het arbeidsrecht plaats is voor de werking van de goede trouw, dit niettegenstaande deze rechtstak wordt gekenmerkt door een veelheid aan gedetailleerde voorschriften. Over de hoegrootheid van deze plaats bestaan lichte meningsverschillen. De preadviseur meent dat deze rechtsfiguur voor een aantal knelpunten van het hedendaagse arbeidsrecht eventueel een oplossing zou kunnen bieden. De respondent is wat terughoudender en meent dat de aanvullende werking van de goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht beperkt is tot de beginselen van het rechtsmisbruik; d.w.z. er ontstaan op grond van de goede trouw maar aanvullende verbintenissen voor zover de niet-nakoming ervan apart of kennelijk onredelijk is. De respondent wil eveneens de beperkende werking van de goede trouw beperkt zien tot gevallen van kennelijk onredelijke rechtsuitoefening.

Ann TAGHON
Assistent R.U.G.

SECTIE II: Goede trouw van burger en bestuur: naar een ongelijk-wederkerig bestuursrecht?

De werkzaamheden van Sectie II, die het fenomeen van de goede trouw van burger en bestuur behandelde, werden na de opening door voorzitter J. Dujardin aangevat met een synthese van het inleidend verslag (*R.W.*, 1989-1990, 1107-1119). De preadviseur, prof. M. Van Damme, wees op het toenemend belang van het concept van de goede trouw in het administratief recht en de eigen betekenis van dit begrip in de verhouding tussen burger en bestuur.

Prof. W. Lambrechts, respondent, situeerde vervolgens zijn reactie op dit preadvies (*R.W.*, 1989-1990, 1120-1121) die resulteerde in de vijf vragen die aan de vergadering werden voorgelegd. Na de algemene gedachtenwisseling over elke vraag, werd het besluit geformuleerd. Het verslag volgt dan ook die orde van de werkzaamheden.

I. De betekenis van het beginsel van de goede trouw in het administratief recht

«Dient aan het beginsel van de goede trouw in het administratief recht een *zelfde betekenis* te worden gehecht als in het privaatrecht?»

Het antwoord op deze vraag werd geacht tweeledig te moeten zijn, afhankelijk van de hoedanigheid waarin het bestuur optreedt. Meer en meer treedt het bestuur privatiserend op, maakt het gebruik van privaatrechtelijke technieken, en het begrip goede trouw kan in dergelijke verhoudingen tussen burger en bestuur geen andere betekenis hebben dan in het privaatrecht.

Indien het bestuur geen gebruik maakt van dergelijke technieken, ligt de draagwijdte van het concept niet zozeer voor de hand. De vergadering werd geconfronteerd met een praktisch probleem van ruimtelijke ordening en onteigening, waarin de spanning tot uiting kwam tussen de naleving van de wettigheid en het behartigen van het algemeen belang door het bestuur enerzijds en het respect voor het beginsel van de goede trouw anderzijds.

De naleving van het principe van de goede trouw door het bestuur wordt immers als een vanzelfsprekendheid ervaren; het bestuur wordt geacht de goede trouw uit zichzelf aan de dag te leggen. De goede trouw vormt in die zin dan ook het fundament van elk bestuursoptreden.

Anderzijds dringt zich, aan de kant van het bestuur, eveneens het vereiste van de naleving van de wettigheid en de behartiging van het algemeen belang op. Quid wanneer een bestuur een bewarende of (burgerlijke) rechten beperkende maatregel neemt – bv. bestemming van een gebied als industriezone, met machtiging tot onteigening – waaraan geen verdere uitvoering wordt verleend wegens financiële en budgettaire beperkingen of wijzigingen van de beleidsprioriteiten. In de vergadering tekenden zich drie visies af om een dergelijk concreet spanningsveld tussen de naleving van de wettigheid resp. de behartiging van het algemeen belang, en de goede trouw op te lossen.

1° Volgens sommigen dient de goede trouw te worden verbonden met het beginsel van de redelijke termijn. Indien de overheid uiteindelijk afziet van haar keuze, dient zij de beperkende maatregelen voor de burger op te heffen, bv. door herziening van het gewestplan. Aangezien bestuurlijke overheden gebonden zijn door een samenhangende reeks normatieve bepalingen en (vaak) afhankelijk zijn van beslissingen op een hoger niveau, is het beginsel van de goede trouw minder flexibel.

2° Anderen menen dat er behoefte is aan een apart wettelijk kader dat, buiten art. 14, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State om, de burger de mogelijkheid moet verlenen om een bestaande overheidsnorm – bv. een achterhaald gewestplan – aan te vechten wegens onwettigheid ten gevolge van het verdwijnen van de feitelijke grondslag van de verordening, en om die onwettigheid effectief te laten sanctioneren met het oog op rechtsherstel.

3° Een derde strekking is van oordeel dat artikel 1382 B.W. reeds voldoende elementen bevat om aan een dergelijke situatie het hoofd te bieden, en vreest voor een overwaardering van de goede trouw. De toepassing van het beginsel van de goede trouw zou slechts de concretisering zijn van de zorgvuldigheidsnorm uit art. 1382 B.W. Voldoende is dus dat men art. 1382 B.W. toepast bij niet-naleving van het «beginsel van behoorlijke wetgeving».

De vergadering is wel van oordeel dat bij de evaluatie van de naleving van het beginsel van de goede trouw rekening

dient te worden gehouden met de hiërarchische positie van het bestuur waarvan men de handelswijze beoordeelt, om aldus tegemoet te komen aan het voor dit bestuur eventueel bestaande spanningsveld tussen de regelgeving op hoger niveau en de toepassing ervan op zijn niveau. Het overheids-optreden moet derhalve worden beoordeeld in verband met de beleidsvrijheid als uitvoerend orgaan.

De vergadering schaart zich achter het eerste besluit. De goede trouw in het administratief recht beantwoordt aan een eigen dynamiek. Wanneer het bestuur optreedt binnen een wettelijke kader is er nauwelijks plaats voor een beoordeling van de goede trouw. Het vereiste van de goede trouw impliceert evenwel dat een bestuur te bekwaamere tijd de eigen wetgeving evalueert.

II. Gelijk- of ongelijk-wederkerig bestuursrecht?

«Is, gezien de specifieke gezagsverhouding die traditioneel tussen burger en bestuur bestaat, de goede trouw in het administratief recht te beschouwen als zijnde *uitsluitend* een zaak van het bestuur?»

Over het antwoord op de tweede vraag bestond in wezen geen meningsverschil: de vergadering was van oordeel dat ook de burger in zijn relatie tot het bestuur in redelijkheid en billijkheid diende te handelen. De interesse van de burger voor het bestuur en de noodzaak voor het bestuur om de burger te raadplegen roepen ook voor de burger verantwoordelijkheden op.

Minder eensgezindheid bestond er over de mate waarin de goede trouw aanwezig moet zijn bij burger en bestuur.

Volgens sommigen is er geen graadverschil in de naleving van de goede trouw in de wederzijdse relatie tussen burger en bestuur. Beiden dienen te goeder trouw te handelen. Wel erkennen zij dat de doelgerichtheid van de goede trouw verschillend kan zijn, naargelang de actoren het algemeen belang (bestuur) dan wel het privé-belang (burgers) behartigen.

Anderen zijn van oordeel dat er wel degelijk een graadverschil bestaat in de naleving van de goede trouw tussen burger en bestuur, die niet alleen gebaseerd is op de verschillende doelgerichtheid, maar ook op de onderscheiden rechtspositie, met inbegrip van alle bestuurlijke voorrechten, de mogelijkheden van bewijs van de goede trouw (die er vooral voor het bestuur kunnen zijn) en het onderscheid in de gevolgen van de niet-naleving van de goede trouw (de burger kan slechts effectief worden gesanctioneerd voor de miskenning van de goede trouw als hij alleen een voordeel nastreefde bij de administratieve rechtshandeling).

III. Beginselen van behoorlijk bestuur en burgerschap

«Speelt in het administratief recht de goede trouw *uitsluitend* bij de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol? Ligt een *verdere uitdeining* van de toepassings sfeer van die beginselen naar de burger toe in de verwachtingen en is een dergelijke evolutie wenselijk?»

De derde vraag – met twee onderdelen – gaf eveneens aanleiding tot controverses. Het antwoord werd immers ondergeschikt geacht aan de definiëring van het begrip «algemene beginselen van behoorlijk bestuur». Er werd op gewezen dat in de rechtsleer geen duidelijke – minstens geen eenduidige – opvatting over dit concept bestaat.

Gelet op de vaststelling dat er geen eenduidige en geen allesomvattende interpretatie bestaat van de «algemene beginselen van behoorlijk bestuur», was de vergadering van oordeel, dat men moeilijk sluitend kon stellen dat in het administratief recht de goede trouw uitsluitend bij de toepassing van voormelde beginselen een rol speelt. Wel werd een ontwikkeling naar beginselen van behoorlijk burgerschap vastgesteld, waardoor een nieuwe kwalificatie wordt ingevoerd om een antwoord te definiëren op de vraag naar de rol van de goede trouw in de relatie tussen burger en bestuur.

IV. Subjectivering van objectief contentieux

«Is het wenselijk dat een *toenemend belang* wordt gehecht aan de moraliteit van de burger bij objectieve beroepen zoals die voor de Raad van State?»

De Raad van State houdt in zijn uitspraken – mede onder invloed van de theorie van het wederkerig bestuursrecht, zoals dit in Nederland opgang maakt – meer en meer rekening met de personaliteit van de partijen, in het bijzonder van de verzoeker, ondanks het objectief karakter van het annulatieberoep.

Die ontwikkeling lijkt ingegeven door de zorg om enkel nog de ernstige – want door persoonlijke, processuele inzet volgehouden – beroepen te behandelen. Wie zijn medewerking aan de procedure niet langer verleent, na herhaalde uitnodigingen daartoe van het auditoraat, wordt geacht geen belang meer te hebben bij het beroep, en wordt daarvoor gesanctioneerd.

De objectieve aard van het beroep staat dit volgens de voorstanders van de impact van de moraliteit van de burger, niet in de weg. Hierbij wordt gewezen op de subjectivering van de procedures voor de Raad in de wetgeving zelf, door de uitbreiding van de schorsingsprocedures.

Een meerderheid van de vergadering schijnt het met die ontwikkeling moeilijk te hebben. Meerdere argumenten worden aangehaald tegen deze subjectivering. Het recht om zich tot een rechter te wenden is een grondrecht. Met beperkingen – o.m. op basis van de goede trouw – dient men uiterst voorzichtig te zijn. De aanvaarding van de subjectivering van de beroepen bij de Raad van State zou er toe kunnen leiden dat men – gelet op de stellingen in sectie VI over de goede trouw in het gerechtelijk privaatrecht – een grotere subjectiviteit aanvaardt bij objectieve beroepen... dan in subjectieve rechtsgeschillen. Andere deelnemers wijzen op de eigen – inquisitoriale – aard van de procedure voor de Raad van State, die tot voorzichtigheid noopt. Indien de burger wettelijk niet verplicht is tot medewerking, kan men hem daarvoor niet sanctioneren via de figuur van de goede trouw. Tegelijk wordt gewezen op het opportunistische karakter van het argument dat de Raad van State aanwendt om rekening te houden met de moraliteit van de procespartijen.

De meerderheid van de vergadering meent dan ook dat geen toenemend belang mag worden gehecht aan de moraliteit van de burger bij objectieve beroepen.

V. Goede trouw en rechtsverwerking

«Welke rol speelt de figuur van de *rechtsverwerking* in het administratief recht?»

De vergadering stelde vast dat de figuur van de rechtsverwerking – ondanks haar privaatrechtelijke origine – in het administratief recht bestaat, maar aan zekere beperkingen is onderworpen. Men kan allereerst via de op de goede trouw gebaseerde theorie van de rechtsverwerking niet ingaan tegen de openbare orde. De figuur van de rechtsverwerking kan bijgevolg slechts een rol spelen in de gevallen waarin de openbare orde niet in het geding is. Uit de gegeven voorbeelden blijkt tevens dat de rechtsverwerking veeleer inroepbaar is tegen het bestuur en minder – of helemaal niet – tegen de burger, voornamelijk omdat de toepassing van deze figuur voor diens burgerlijke rechten zeer verregaande repercussies kan hebben en er veeleer dient te worden gestreefd naar stabiliteit in de rechtsverhoudingen.

Frank MEERSSCHAUT

SECTIE III: «Bundestreue» in het Belgisch grondwettelijk recht

1. Op voorstel van voorzitter prof. em. baron J. Mertens de Wilmars werden de besprekingen over beide deelonderwerpen gelijktijdig gevoerd. Uit de preadviezen en de reacties van de respondenten bleek immers dat zij onderling sterk verbonden zijn. Aan de preadviseurs werd eerst de gelegenheid geboden om de krachtlijnen van hun preadvies toe te lichten alvorens in discussie werd getreden met de niet zo talrijke deelnemers aan de sectiebesprekingen. Prof. Gijsels, respondent, was verhinderd.

Inleiding door de heer P. Peeters

2.1. De preadviseur ziet in de belangstelling voor het federale getrouwheidsbeginsel een aanduiding van de ontwikkeling die zich in België heeft voorgedaan met betrekking tot de opvattingen omtrent de aard van de federale staatsstructuur. De basisidee van de staatshervorming van 1970 en 1980 – een bevoegdheidsverdeling gebaseerd op een principiële exclusiviteit en een hiërarchische nevenschikking – steunde in zekere mate op de verwachting dat de componenten van een federale staat volkomen onafhankelijk van elkaar zouden kunnen functioneren, zonder interferentie van de kant van enige andere overheid. Concurrerende bevoegdheden werden verworpen omdat ze de invoering noodzakelijk zouden maken van een hiërarchie tussen de centrale staat en de deelcomponenten. De federale staat werd opgevat als een raderwerk waarvan de tandwielen perfect in elkaar grijpen, zonder dat ze elkaar raken. Vandaar de wens te komen tot duidelijke bevoegdheidsafbakening, zonder overlappingsen en grijze zones en de nervositeit wanneer men in de praktijk vaststelde dat de bevoegdheidsuitoefening door de ene overheid ingrijpt in die van de andere overheid. Uit de praktijk is gebleken dat deze verwachting illusoir is. Beleidsinterferentie is in elk systeem van bevoegdheidsverdeling onvermijdelijk. Wanneer men dat zou willen tegengaan, komt men terecht bij het model van het «dual federalism», waarbij de wederzijdse exclusiviteit van de onderscheiden bevoegdheidsferen tot een uitgebreid «no man's land» leidt waarin elk normatief optreden van de overheid onmogelijk wordt gemaakt. Vandaar ook dat gaandeweg meer en meer de aandacht verlegd wordt van de scheiding van de bevoegdheidsferen naar de omschrijving

van de toelaatbare beleidsbeïnvloeding en naar de mogelijkheid tot samenwerking tussen de onderscheiden overheden, wat aangeduid wordt met het begrip coöperatief federalisme.

2.2. Het federaal getrouwheidsbeginsel drukt de gedachte uit dat de samenstellende delen van de federale staat niet geïsoleerd staan ten opzichte van elkaar, maar dat zij integendeel rekenschap dienen te geven van elkaars bestaan. Die gedachte werkt in alle richtingen: voor de centrale overheid in haar relatie tot de deelcomponenten, tussen de deelcomponenten onderling en in hun relatie tot de federale overheid. In de Duitse Bondsrepubliek heeft die gedachte geleid tot de ontwikkeling van het afzonderlijk rechtsbeginsel van de «Bundestreue». In het preadvies wordt de historische context daarvan geschetst: de verdragsrechtelijke oorsprong van het Keizerrijk, de inhoudelijke onvolledigheid van de Reichsgrondwet en de noodzaak om ongeschreven grondwettelijke beginselen te aanvaarden. Pas vanaf 1952 krijgt het beginsel werkelijk als afzonderlijk rechtsbeginsel belang in de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht. Het heeft wezenlijk een accessoir karakter en het Hof is enkel tot een marginale toetsing bereid. Deze rechtspraak is overigens niet onbekritiseerd gebleven. De beginselen van het rechtsmisbruik en de evenredigheid zouden in wezen dezelfde mogelijkheden bieden.

2.3. Zoals dat in de meeste federale staten het geval is, wordt in de rechtspraak van de Raad van State en van het Arbitragehof *niet* verwezen naar het federaal getrouwheidsbeginsel als afzonderlijk rechtsbeginsel. Niettemin heeft die rechtspraak oog voor de achterliggende kerngedachte, zij het dat daarbij andere technieken worden gebruikt. Gedoeld wordt op enerzijds de toetsing aan het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel als onderdeel van de bevoegdstoetsing en anderzijds op de rechtsteleologische interpretatie. Impliciete bevoegdheidsbeperkingen worden aldus afgeleid uit de basisopties die aan de grondwettelijke ordening ten grondslag liggen. Een zeer duidelijk voorbeeld daarvan is het arrest van het Arbitragehof inzake de Waalse waterbelasting. Opgemerkt moet evenwel worden dat in de parlementaire voorbereiding van de achtereenvolgende fases van de staatshervorming weinig aandacht gaat naar de basisopties nopens de verhoudingen tussen de machten van de Staat. In de derde fase van de huidige staatshervorming staan er enkele op het programma: de rechtstreekse verkiezing van de raden en de situering van de residuaire bevoegdheden.

2.4. Besluitend kan worden gesteld dat tot op heden de Belgische rechtspraak niet het bestaan erkent van een federaal getrouwheidsbeginsel als afzonderlijk rechtsbeginsel. De achterliggende gedachte komt evenwel tot uiting in de rechtspraak via andere technieken, zodat de affirmatie ervan als afzonderlijk rechtsbeginsel overbodig is. Wat de met de federale getrouwheid samenhangende positieve verplichtingen betreft, is het beter in specifieke bepalingen te voorzien die aangepast zijn aan de specifieke materies. Een voorbeeld daarvan betreft de implementatie van verdragen.

Inleiding door prof. dr. A. Alen

3.1. Voor professor Alen is het centrale discussiepunt de vraag of het beginsel van de «Bundestreue» al dan niet in

de Belgische grondwet moet worden opgenomen. De preadviezen en de reacties van de respondenten overschouwend, blijken daarover erg uiteenlopende opvattingen te bestaan, die volgens de preadviseur evenwel alle een kern van waarheid bevatten. Voor prof. L.P. Suetens gaat het om een politieke gedragsnorm en is het als juridisch beginsel een nutteloze complicatie; een rechtsteleologische interpretatie van de bevoegdheden volstaat. Prof. W. Van Gerven en prof. Mertens de Wilmars suggereren dat «Bundestreue» meer is dan een scrupuleuze inachtneming van de wederzijdse bevoegdheden en is het een wezenlijk en grondwettelijk element van een federale staatsstructuur. Artikel 5 van het EEG-Verdrag zou als model kunnen dienen, met daarin drie dimensies: de plicht eigen verplichtingen correct uit te voeren en eigen bevoegdheden niet te misbruiken, de plicht een loyale en actieve medewerking te verlenen aan het realiseren van de doelstellingen en, binnen zekere grenzen, de plicht tot solidariteit. Prof. J. Gijssels ziet er een extra-juridische, ethische waarde in. Het kan door de rechtsvormers evenwel in recht worden omgezet. Hoewel niet onontbeerlijk zou een grondwettelijke bepaling als artikel 5 EEG nuttig zijn. Het Arbitragehof zou er zich op kunnen beroepen zonder verweten te worden zich op het vlak van het beleid en de politiek te begeven. Het daartoe vereiste serene klimaat en een kordate afbakening van bevoegdheidssferen is evenwel thans niet aanwezig.

3.2. «Bundestreue» een politieke gedragsnorm of een ethisch beginsel? Hoewel in de huidige stand van het Belgisch grondwettelijk recht een algemeen federaal getrouwheidsbeginsel ontbreekt, belet dit de politici niet meermaals naar de «Bundestreue»-verplichting te verwijzen. Zij voelen ze namelijk eerder aan als een politieke gedragsnorm dan als een precieze juridische verplichting. De «Bundestreue» lijkt op de eerste plaats dan ook een politiek gedragsnorm te zijn die alleen een uitgangspunt is voor rechtsvorming.

3.3. «Bundestreue» een wezenlijk en grondwettelijk element van een federale staatsstructuur? Onder formeel oogpunt moet de vraag negatief worden beantwoord. Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat het federaal getrouwheidsbeginsel als afzonderlijk rechtsbeginsel niet inherent is aan de federale staatsstructuur. Met verwijzing naar Mast moet evenwel worden gesteld dat een federale staat slechts kan overleven als het element «binding» primeert op het element «autonomie». In de federale staatsvorm bestaat er een ongeschreven beginsel volgens hetwelk de bond en de deelgebieden hun bevoegdheidsuitoefening dienen in te bedden in de federale staatsstructuur. Vanuit materieel oogpunt zit er in de stelling dus een grond van waarheid.

3.4. «Bundestreue» als een extra-juridisch begrip dat door de rechter kan worden omgezet in recht? Rechters kunnen politieke gedragsnormen en ethische beginselen omzetten in recht. In België leiden de Raad van State en het Arbitragehof beperkingen op de bevoegdheidsuitoefening af uit de samenhang tussen de samenstellende delen van de federale staat. Op grond van de redelijkheid en de eerbied voor elkaars bevoegdheden wijst de afdeling wetgeving van de Raad van State op de noodzaak van overleg en samenwerking en heeft hij de bevoegdheidsuitoefening getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Ook het Arbitragehof beroept er zich op in het kader van zijn marginale toetsing en het Hof beschouwt de Economische en Monetaire Unie

als een wezenlijk en bevoegdheidsbegrenzend concept dat inherent is aan de gehele staatsopvatting.

3.5. «Bundestreue» als nutteloze complicatie? In de rechtsteleologische interpretatie wordt de norm gesitueerd tegen de achtergrond van de doeleinden en principes die aan het gehele rechtssysteem ten grondslag liggen. Deze methode wordt gehanteerd bij de interpretatie van de Grondwet, en ook de toepassing van algemene rechtsbeginselen kan als een toepassing van deze methode worden beschouwd. Smend, die in de Duitse Bondsrepubliek aan de basis ligt van de opvatting dat de «Bundestreue» een algemeen ongeschreven rechtsbeginsel is, beschouwde dit zelf eerder als een interpretatieregel.

3.6. De opname van de «Bundestreue» in de Belgische Grondwet niet onontbeerlijk? Het Arbitragehof had geen behoefte aan een geschreven «Bundestreue»-regel om te beslissen dat het concept van de E.M.U. — dat in 1988 in de bijzondere wet werd opgenomen als een beperking op de economische bevoegdheden van de Gewesten — beperkingen meebrengt voor andere gewestelijke en gemeenschapsbevoegdheden. De Raad van State heeft met deze visie in een recent advies van de verenigde kamers ingestemd inzake de gewestelijke leefmilieubevoegdheden.

3.7. De opname van de «Bundestreue» in de Belgische Grondwet niettemin nuttig? Deze opvatting wordt verantwoord vanuit de verwachting dat het voor het Arbitragehof makkelijker zou zijn om er zich op te beroepen, zonder dat het verweten zou kunnen worden zich op politiek terrein te begeven. Dit argument overtuigt niet. De toekenning aan het Arbitragehof van de bevoegdheid om wetgevende normen te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel verleent dit Hof een bij uitstek ruime appreciatiebevoegdheid. Anderzijds blijft zowel de toetsing aan de algemene beginselen van redelijkheid, evenredigheid en rechtsmisbruik als, zoals in de Duitse Bondsrepubliek, de toetsing aan het federaal getrouwheidsbeginsel een zaak van marginaal toezicht.

De inschrijving van het «Bundestreue»-beginsel kan evenwel om andere redenen nuttig zijn, met name om het gevaar van «eenrichtingsverkeer» te vermijden. Het federaal getrouwheidsbeginsel houdt occasioneel (cf. het Televisie-arrest van het Bundesverfassungsgericht) positieve verplichtingen tot optreden in. Het gevaar van «eenrichtingsverkeer» lijkt zich evenwel niet voor te doen nu het Arbitragehof een ruime opvatting van de persoonsgebonden aangelegenheden voorstaat en een ruime teleologische uitlegging geeft aan de aan Gewesten en Gemeenschappen toegekende bevoegdheden. Zo kan een opmerkelijke parallel worden vastgesteld tussen de op het «Bundestreue»-beginsel gebaseerde rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht inzake de technische (bevoegdheid van de Bond) en de inhoudelijke (bevoegdheid van de Länder) aspecten van radio en T.V. en de op een rechtsteleologische benadering gestoelde rechtspraak van het Arbitragehof in een vergelijkbare materie (arrest nr. 7/90 van 25 januari 1990). De rechtspraak van het Arbitragehof levert echter ook voorbeelden waarbij de gewestbevoegdheden in omgekeerde richting beperkingen ondergaan: de E.M.U. (inzake de eigen gewestelijke fiscaliteit), de impliciete bevoegdheden en de voorbehouden aangelegenheden (op grond van eerder een tekstuele dan teleologische interpretatie), de creatie van oneigenlijke concurrerende bevoegdheden (inzake brandbeveiliging). Gevaar voor een te eenzijdige interpretatie in het

voordeel van de centrale bevoegdheden blijkt er vooralsnog niet te zijn.

De «Bundestreue» houdt luidens de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht ook occasioneel de verplichting in tot positief handelen, terwijl noch de Raad van State, noch het Arbitragehof thans over een positief injunctierecht beschikken. Zelfs indien om die redenen de inschrijving van het «Bundestreue»-beginsel in de Grondwet wenselijk wordt geacht, moet men met prof. Gijssels besluiten dat thans het politieke klimaat daartoe nog niet rijp is. Overigens werd een voorstel in die richting tijdens de voorbereiding van de tweede fase van de staatshervorming verworpen. Uit de discussies betreffende de regeling en de handhaving van de verplichte samenwerkingsakkoorden kan overigens worden besloten dat een evocatierecht voor de centrale overheid, onder toezicht van het Arbitragehof, niet haalbaar was. Gevreesd werd immers dat daarbij al te zeer afbreuk zou worden gedaan aan het autonomiebeginsel. De problematiek van het evocatierecht in geval van niet-uitvoering door de deelgebieden van internationale verbintenissen werd verwezen naar de derde fase van de staatshervorming.

Inleiding door prof. dr. W. Van Gerven

4.1. Artikel 5 van het E.E.G.-Verdrag is in zijn formulering een «eenrichtingsartikel». Het legt verplichtingen op aan de Lid-Staten. Door de rechtspraak zou het echter kunnen worden omgebogen en zou het in meerdere richtingen kunnen gaan werken. In het verdrag zelf is het beginsel van de gemeenschapstrouw niet uitdrukkelijk neergelegd. Artikel 5 formuleert eerder een samenwerkingsbeginsel en zelfs dit beginsel wordt eerder afgeleid uit de tekst van artikel 5, dan dat het er met zoveel woorden door wordt geponeerd. Het houdt in wezen in dat de Lid-Staten rekening moeten houden met de belangen van de Gemeenschap. Nu de Gemeenschap langzamerhand belangrijker wordt, zowel op het stuk van de bevoegdheden als op het stuk van de middelen, en de Lid-Staten overeenkomstig relatief zwakker worden, rijst de vraag of het beginsel ook niet in omgekeerde richting moet gaan werken. Dat is zeker het geval in sectoren waarin de Gemeenschap het zwaarst doorweegt, zoals in het landbouwbeleid. Een verdere stap bestaat erin dat het beginsel ook reflecteert in de onderlinge verhoudingen tussen de gemeenschapsinstellingen en tussen de afzonderlijke Lid-Staten. Zo kan men de vraag stellen of de nieuwe aanpak op het vlak van de harmonisatie van wetgeving, met name de wederzijdse erkenning van normering, er niet reeds een uiting van is. Het houdt immers in dat de Lid-Staten vertrouwen stellen in de wetgeving van andere Lid-Staten.

4.2. Aan het beginsel van de goede trouw worden veelal drie dimensies toegekend: de interpretatieve werking de aanvullende werking en de beperkende werking. Aan het beginsel van de gemeenschapstrouw kunnen eveneens drie dimensies worden toegekend: 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 de realisatie van de doelstellingen van het verdrag en, binnen zekere grenzen, de plicht tot solidariteit. Het houdt in essentie in dat men met elkaar rekening moet houden en het is dan ook een beginsel van behoorlijk handelen.

4.3. Is het wenselijk dat het beginsel wordt neergelegd in een tekst? Hier kan volstaan worden met de vaststelling dat artikel 5 toch een niet onbelangrijke rol heeft gespeeld in de Europese context en dat niet alleen ter opvulling van lacunes, maar vooral ter versterking van andere verdragsregels. Verschillende voorbeelden kunnen worden aangehaald. Op het vlak van de externe bevoegdheden van de Gemeenschap werd uit het beginsel van de gemeenschapstrouw in combinatie met dat van de primauteit van het communautair recht de conclusie afgeleid dat deze externe bevoegdheden noodzakelijk waren om de aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheden op een dynamische wijze te kunnen waarmaken. Een ander voorbeeld betreft de artikelen 85 en 86 EEG. Hoewel de tekst van deze artikelen enkel betrekking heeft op ondernemingen, werd mede op grond van artikel 5 besloten dat ze ook verplichtingen opleggen aan de Lid-Staten. Zij mogen het vormen van kartels niet bevorderen of zich op enigerlei wijze in de plaats stellen van kartels. Tot slot heeft het beginsel ook zijn belang voor de nationale rechter. Het Hof van Justitie heeft immers besloten dat, zelfs wanneer communautaire bepalingen geen directe werking hebben, de nationale rechters niettemin gehouden zijn het nationale recht te interpreteren in het licht van het gemeenschapsrecht.

Tot slot blijft de vraag: is het nuttig een met artikel 5 van het E.E.G.-Verdrag vergelijkbare bepaling op te nemen in de Belgische Grondwet? Hierop zou ik antwoorden: «The proof of the pudding is in the eating». In het gemeenschapsrecht is het in elk geval nuttig gebleken.

Discussie

5. Na deze inleidingen meent de voorzitter dat het tijd is om in discussie te treden met de zaal.

6. Prof. L.P. Suetens is van oordeel dat de vraag naar het nut van de opname van het federaal getrouwheidsbeginsel in de Grondwet niet los gezien kan worden van de opvatting die men heeft over de gewenste inhoud van een Grondwet. Is men van mening dat deze instructienormen moet bevatten, dan is een opname van het beginsel aan te bevelen of te verdedigen. Heeft men een meer positiefrechtelijke opvatting, dan maakt het al dan niet opnemen van het beginsel weinig verschil. Voor de discussie zou het ook van belang kunnen zijn het antwoord te kennen op de vraag of het voor de rechtspraak van het Hof van Justitie enig verschil zou hebben gemaakt indien artikel 5 niet zou hebben bestaan. Prof. Mertens de Wilmars meent vanuit zijn ervaring te kunnen stellen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie pas later, minder geprononceerd en in andere termen zou zijn ontwikkeld. Artikel 5 heeft onmiskenbaar gefungeerd als een steunpunt waaruit een aantal positieve afleidingen hebben plaatsgevonden. Zo kan verwezen worden naar de arresten van het Hof betreffende de afdwingbaarheid van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde, waarin besloten wordt dat de Lid-Staten gehouden zijn te zorgen dat de voorwaarden waaronder communautaire rechten kunnen worden afgedwongen, gelijkwaardig zijn aan die waaronder nationale rechten kunnen worden afgedwongen. Een ander voorbeeld vinden we in het Visserijarrest.

7. Dat het beginsel van de «Bundestreue»/gemeenschapstrouw méér is dan een ethisch getint, inspirerend maar niet juridisch beginsel, blijkt volgens de heer H. Gilliams, uit de

erkenning in de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het beginsel een autonome bron van verplichtingen is voor de institutionele acteurs. Uit de reeds aangehaalde rechtspraak m.b.t. de artikelen 85 e.v. EEG blijkt dat op de Lid-Staten een verplichting rust om loyaal en actief mee te werken aan de in het verdrag opgenomen doelstellingen, daaronder begrepen een regime van onvervalste mededinging. Daarnaast zijn er een aantal arresten waarin een Lid-Staat wegens verdragschending werd veroordeeld, en waar de verdragschending enkel bestond in een overtreding van artikel 5 EEG. Een recent voorbeeld (arrest van 5 april 1990 in zaak 6/69, Commissie tegen België) betreft de zaak die betrekking heeft op de eenzijdig door België doorgevoerde salarisvermindering van de Belgische leerkrachten bij de Europese scholen. Hoewel het statuut van de Europese scholen wordt geregeld door een reeks overeenkomsten tussen de Lid-Staten die buiten het kader van het EEG-Verdrag vallen, verklaarde het Hof het beroep van de Commissie gegrond. Een eenzijdige beslissing van een Lid-Staat om zijn salarisbijdragen aan de Europese school te verminderen impliceert een corresponderende toename van de financiële last van de Gemeenschap, zo was de redenering. Omdat een dergelijke maatregel het financieringssysteem van de Gemeenschap in het gedrang kan brengen, betekent hij een tekortkoming aan de verplichting van loyale samenwerking en bijstand die de Lid-Staten aan de Gemeenschap verschuldigd zijn. Men zou dit arrest kunnen beschouwen als een uiting van een rechtsteleologische benadering. Als men echter zoekt naar de bepalingen die in het arrest teleologisch worden geïnterpreteerd, dan vindt men enkel artikel 5. Het is dus wel degelijk mogelijk dat een «gemeenschapsonvriendelijk» optreden dat op geen enkele specifieke regel van het gemeenschapsrecht inbreuk maakt, wordt gesanctioneerd alleen op basis van het algemeen beginsel van de gemeenschapstrouw.

8. Voorzitter J. Delva meent dat we hier staan voor een «kameleon»-begrip. Het redelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel manifesteert zich onder verschillende verschijningsvormen (verbod van rechtsmisbruik, evenredigheidsbeginsel...) naar gelang van de materie waarin het toepassing vindt. In de relatie tussen de federale staat en de deelstaten manifesteert het zich in de vorm van het «Bundestreue»-beginsel. Daarom kan betwijfeld worden of zonder artikel 5 van het EEG-Verdrag de rechtspraak van het Hof van Justitie zich minder snel en minder diepgaand ontwikkeld zou hebben.

9. Prof. K. Rimanque meent dat noch artikel 5 EEG, noch het «Bundestreue»-beginsel het begrip «goede trouw» in het Europees en grondwettelijk recht volledig uitput. Er is ook het probleem van de redelijkheid en de billijkheid bij het normeren ten aanzien van de rechtsonderhorigen. Een voorbeeld ter illustratie is het verbod van retroactiviteit van de strafwet. Dit werd in 1830 als zo vanzelfsprekend ervaren dat men het overbodig vond het in de Grondwet op te nemen. Misschien mede daarom werd het in de loop der tijd enkele malen met voeten getreden.

Het is inderdaad juist dat onze bevoegdheidsverdelende regelingen thans geen verwijzing bevatten naar het beginsel van de federale getrouwheid. Toch meent hij een duidelijke toepassing ervan te vinden in de bijzondere wet op het Arbitragehof, met name de bepaling die het Hof toestaat een wet of decreet te schorsen bij een herhaalde bevoegdheidsoverschrijding (art. 20, 2°).

Prof. Alen schetst daarop de voorbereidende discussies rond deze bepaling. Voor sommige politici was dit de evidentie zelve en dus overbodig, voor anderen was het toch beter de bepaling op te nemen om zeker te zijn. Beide stellingen bevatten een grond van waarheid, het resultaat is hetzelfde. Prof. Suetens is niet zo enthousiast over deze bepaling. Wanneer hebben we immers te doen met een «identieke norm»?

10. In de tekst van verscheidene klassieke federale grondwetten vindt men volgens prof. Mertens de Wilmars geen algemene uitdrukkelijke verkondiging van het «Bundestreue»-beginsel, maar wel een reeks bijzondere teksten die men, vooral in historisch opzicht, kan beschouwen als zoveel toepassingen van het beginsel (Duitse Bondsrepubliek: artt. 28 en 32 (2) GG, Zwitserland: art. 6 GW, Verenigde Staten: art. IV, sectie 1, en Amendm. XIV, sectie 1, U.S. Const.). Kan men een soortgelijke lijst opstellen aan de hand van de Belgische Grondwet?

Voormelde bepalingen kunnen volgens de heer Peeters inderdaad worden beschouwd als evenveel concrete toepassingen van de basisgedachte die aan de federale getrouwheid ten grondslag ligt. Wat België betreft, zal de oogst geringer zijn. Dit hangt samen met de typische centrifugale geaardheid van het federaliseringsproces in België en het ontbreken van eigen grondwetgevende bevoegdheden van de deelgebieden. Er bestaat geen reden om bepalingen op te nemen die de concordantie betreffen tussen de federale grondwettelijke ordening en de grondwettelijke ordeningen der deelstaten. Voor de «Full Faith and Credit Clause» kan evenwel verwezen worden naar een advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Ondanks het ontbreken van een dergelijke bepaling was de Raad van oordeel dat een regeling waarbij erkenningen van uitzendbureaus verleend door één Gewest door een ander Gewest konden worden erkend, ten volle verantwoord was, ook al omdat die gewestelijke erkenning slechts een onderdeel is van de nationale regeling van de uitzendarbeid. «Dit minimum aan vertrouwen in de reglementering van de overige deelgebieden lijkt in dit geval volkomen gewettigd», zo stelde de Raad.

11. Prof. Van Gerven meent uit de tot hiertoe gehouden besprekingen een voorkeur te kunnen onderkennen voor een pragmatische aanpak. Moeten we ons echter niet de vraag stellen naar de zin van een grondwet of een verdrag. Het is bekend dat rechters vaak noodgedwongen normerend gaan optreden. Is dat echter wel een goede ontwikkeling? Moeten er geen duidelijke lijnen worden uitgezet in de Grondwet zelf? Belangrijke constitutionele problemen zouden toch in de Grondwet zelf een oplossing moeten krijgen. Als rechters en juristen zijn we grondwettelijk werk aan het verrichten dat eigenlijk door de grondwetgever zou moeten worden gedaan.

Men mag ook niet uit het oog verliezen dat de Europese samenwerkingsplicht een verlengstuk krijgt op het interne vlak, met name ten aanzien van de implementatie van richtlijnen in federale en regionale staten. In het kader van de internationale verplichtingen van federale staten moet een natuurlijk verlengstuk worden gecreëerd in de vorm van een samenwerkingsverplichting tussen de centrale en de regionale instellingen. Dit verlengstuk kan ook een financiële vorm aannemen. Deze problematiek doet zich reeds voor in het kader van het communautair landbouwbeleid in geval van fouten begaan door deelstaten bij de toepassing van de

Europese voorschriften. Op dit ogenblik bestaat voor de Gemeenschap de mogelijkheid om een korting toe te passen op de rekeningen van de Lid-Staat waar de fout is begaan. De vraag rijst of deze financiële implicaties op het interne vlak niet moeten worden doorgetrokken naar de deelstaten toe, wanneer de fout bij hen ligt. Ook in de Duitse Bondsrepubliek is deze problematiek nog niet bevredigend geregeld ondanks het «Bundestreue»-beginsel.

De samenwerkingsplicht is in de eerste plaats een zaak van rechtsbescherming, een thema dat in een andere sectie ter discussie staat. Juridisering van beginselen hangt in grote mate af van «private enforcement», dat blijkt ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, waar heel wat baanbrekende arresten tot stand kwamen via prejudiciële verwijzing omdat particulariseren de nodige moed en creativiteit aan de dag legden om bepaalde problemen voor te leggen. Verplichtingen die opgelegd worden aan de Lid-Staten, maken immers in veel gevallen even zoveel rechten uit voor de onderdanen ervan. Individuele querulanten helpen op die manier de rechtsvorming in de hand. De cesuur tussen recht en feiten in het grondwettelijk recht hangt in grote mate af van het ontbreken van een rechter die door de problemen kan worden geadieerd. Prof. Mertens de Wilmars is van oordeel dat de rechterlijke rechtsvinding van groot belang is in een nieuwe rechtsorde, zoals de communautaire, die een lacunaire rechtsorde is.

12. De voorzitter vraagt zich af of het wel goed is het «Bundestreue»-beginsel te verdrinken in andere beginselen. Het is nuttig als denkbeeld en verleent een specifieke toetsingsfunctie in domeinen waar men autonoom is in de vorm van beperkingen en verplichtingen met het oog op het goed functioneren van de federale structuur.

Prof. Alen zegt geen tegenstander te zijn van het beginsel maar ziet wel ernstige moeilijkheden wanneer men het zou willen gaan verwoorden in teksten. In het huidige politieke klimaat lijkt daarover geen consensus mogelijk. In de jurisprudentie wordt daarentegen via andere methoden zonder noemenswaardige problemen een vergelijkbaar resultaat bereikt.

De heer Peeters stelt dat uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat de Duitse «Bundestreue»-regel niet veel andere resultaten oplevert dan de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Het specifieke van de federale structuren kleurt ook af op de andere technieken als de rechtsteleologische interpretatie en de toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

13. Zowel prof. Suetens als de voorzitter vragen zich af of het beginsel geen rol kan spelen bij de beslechting van belangenconflicten. Voor prof. Alen beantwoordt het thans gemaakte onderscheid tussen bevoegdheids- en belangenconflicten — al is het onderscheid niet steeds goed te maken — aan een diepe werkelijkheid: het onderscheid tussen «legaliteit» en «opportuniteit». Hoewel opportuniteits-elementen deel uitmaken van de door de rechtscolleges te handhaven legaliteit, blijft het onderscheid van belang, rechtscolleges mogen niet «op de stoel van de andere staatsmachten» gaan zitten. Ook al is het mogelijk een aantal van de thans als belangenconflicten gekwalificeerde conflicten via een ruimere toepassing van ongeschreven rechtsbeginselen een jurisdictionele oplossing te geven, is dit niet mogelijk voor de «zuivere» belangenconflicten die louter opportuniteitsproblemen betreffen. Dat is niet mogelijk en niet wenselijk.

In theorie zou men ook de huidige regeling van de belangenconflicten als een uitdrukking kunnen zien van de wederzijdse «Bundestreue», aangezien zij ertoe strekt elkaars belangen in aanmerking te doen nemen. De procedure is thans echter overgereguleerd zodat zij eerder werkt als een «oorlogs-» dan als een «vredeswapen», hetgeen gelijk op procesrecht misbruik en dus tegen het beginsel van de «Bundestreue» zelf indruist. De inleiding van de procedure werkt immers opschortend, de consensusregel komt neer op eenparigheid en de publiciteit die aan het instellen van de procedure wordt gegeven, brengt de discussie op het publiek forum, hetgeen het zoeken naar compromissen ernstig bemoeilijkt. Uit studiemateriaal blijkt dat de balans van het Overlegcomité positiever is dan men op het eerste gezicht zou denken (35 à 55% van de zaken krijgen een oplossing, afhankelijk van de coalities). Niettemin zou hier minder formalistisch te werk moeten worden gegaan. Uit rechtsvergelijkende gegevens blijkt dat in andere federale staten meer informele kanalen worden gehanteerd.

14. Mr. Van Waeg spreekt zich resoluut uit voor de opname in de Belgische Grondwet van een bepaling die analoog is aan artikel 5 van het EEG-Verdrag. Hij meent dat dit niet alleen meer duidelijkheid brengt voor de rechter, maar ook voor het politieke milieu en het publiek. Rechts-teleologische interpretatiemethodes en evenredigheidsbeginselen spreken politiek en publiek niet aan. Een beginsel van bondstrouw is beter te vatten. Het is nu het moment om daarvan werk te maken nu alles op het grondwettelijk vlak nog in beweging is.

15. Prof. Rimanque wil even teruggrijpen op de algemene zorgvuldigheidsplicht. «Bundestreue» houdt binnen een samengestelde staat geen verwijzing in naar bevoegdheidsverschrijvingen maar wel naar het gebruik van toegekende bevoegdheden, met name wanneer men deze gaat gebruiken op een voor een ander schadelijke wijze. Schade houdt in dit verband elke hinder in die het gevolg is van het onredelijk gebruik van bevoegdheden. Het gaat om een begrip dat vergelijkbaar is met begrippen als rechtsmisbruik, burenhinder, afwending van bevoegdheid. Binnen de «Bundestreue» zijn er geen andere criteria te vinden dan die welke verwat liggen in de algemene zorgvuldigheidsplicht.

16. De heer Van Heuven vraagt of de «Bundestreue» een andere inhoud krijgt naar gelang van de aard van de bevoegdheidsverdeling, met name naargelang met concurrerende dan wel met exclusieve bevoegdheden wordt gewerkt.

Prof. Alen meent dat het inderdaad nuttig is even de relatie tussen de «Bundestreue» en de figuur van het «Bundesrecht bricht Landesrecht» te belichten. Deze laatste figuur speelt enkel in het domein van de concurrerende bevoegdheden. Bij ons komen dergelijke concurrerende bevoegdheden slechts marginaal voor, bijvoorbeeld inzake de gewestelijke fiscaliteit (art. 110, § 2, Gw.) en inzake de E.M.U. Het gaat om beperkte uitzonderingen op de algemene regel. Noch het adagium «Bundesrecht bricht Landesrecht», noch het beginsel van de «Bundestreue» is inherent aan een federale staat. Het beperkt aantal componenten in de Belgische Staat stelt principiële problemen voor de invoering van een normenhierarchie. Gedoeld wordt hier op de Waalse vrees voor minorisering. De federale getrouweid of technieken en methodes waarmee een soortgelijk resultaat wordt bereikt, hangt niet af van de wijze waarop de bevoegdheden worden verdeeld. In het kader van de externe

bevoegdheden is er duidelijk behoefte aan een regeling die het mogelijk maakt positieve verplichtingen op te leggen. In het kader van de discussie over de toekenning van verdragsbevoegdheid en inzake de toepassing van de Europese richtlijnen moet er aandacht worden aan besteed. In de derde fase van de staatshervorming moet hiervoor een ad hoc regeling worden uitgewerkt.

17. Mr. Bourgeois vraagt zich af of men wel voldoende heeft nagedacht over de figuur van de «Bundestreue». Ze speelt enkel in conflicten tussen twee overheden. Het evenredigheidsbeginsel daarentegen kan ook toepassing vinden in conflicten tussen de burger en de overheid.

De heer Peeters wijst erop dat de burger er niettemin belang bij kan hebben om conflicten van bevoegdheidsoverschrijding voor te leggen aan het Arbitragehof. Hij kan er belang bij hebben een voor hem ongunstige regeling te laten vernietigen, ook al gebeurt dat wegens problemen tussen twee overheden.

Prof. Van Gerven wijst erop dat achter conflicten tussen twee overheden dikwijls belangen van burgers schuilgaan. Vandaar het belang van «private enforcement».

18. Voor voorzitter Delva wordt de basis gevormd door het billijkheids- en het redelijkheidsbeginsel. Andere begrippen en beginselen zoals dat van de federale trouw zijn niet anders dan meer specifieke toepassingen op specifieke materies. In de jurisprudentie moet de vraag naar de werkbareid van het federale systeem voorop staan. Is dat het geval, dan is een nieuwe regel niet onontbeerlijk.

Besluit

19. De sectievoorzitter sluit daarop de beraadslagingen af met de vaststelling dat de uitstekende preadviezen, de inzet van de respondenten en de vruchtbare gedachtenwisseling tot een beter inzicht hebben geleid in de «Bundestreue» en de gemeenschapstrouw, doch er wellicht niet in zijn geslaagd alle vragen daaromtrent definitief te beantwoorden. De discussie zal ongetwijfeld voort moeten worden gezet.

L. LAVRYSEN

SECTIE IV: De zg. «subjectieve» goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het notariaat aanbelangen)

De werkzaamheden van de sectie vingen aan met een korte samenvatting door de preadviseur, prof. A. Van Oevelen, van zijn preadvies. Zo wees hij de vergadering inzonderheid op het, door de rechtsleer gemaakte onderscheid tussen de «objectieve» goede trouw – zijnde een gedragsnorm – enerzijds, en de thans ter discussie staande, subjectieve goede trouw anderzijds. Onder dit laatste begrip verstaan we de subjectieve gesteldheid van een bepaald persoon die van een bepaald feit, een bepaald recht of een bepaalde rechtstoestand geen kennis heeft. De «subjectieve» goede trouw vormt de voorwaarde voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg. Zo bepaalt artikel 549 B.W. bijvoorbeeld dat hij die enkel het bezit heeft van een zaak, de vruchten hiervan slechts voor zich behoudt indien hij te goeder trouw is. Bezitter te goeder trouw is, zo lezen we in artikel 550 B.W., hij die als eigenaar bezit krachtens een titel van eigendoms-overdracht waarvan hij de gebreken *niet kent*; hij houdt op

te goeder trouw te zijn zodra die gebreken hem bekend zijn. Tegenover de objectieve goede trouw die we, volgens de preadviseur, adequater *«de goede trouw van het handelen»* zouden kunnen noemen, staat dus de subjectieve goede trouw of, duidelijker, *«de goede trouw van het niet-weten»*. De kern van het betoog van de preadviseur is nu hierin gelegen dat gesteld wordt dat, behoudens een aantal uitzonderingen, de subjectieve goede trouw niet eindigt bij het effectief «niet-weten», maar dat ook hier het «niet-weten» gerechtvaardigd moet zijn, moet worden «geobjectiveerd». De subjectieve goede trouw, «de goede trouw van het niet-weten», veronderstelt derhalve niet louter een effectief «niet-weten» bij de persoon die er zich op beroept, maar impliceert bovendien dat die persoon, in acht genomen de concrete omstandigheden, ook niet «behoorde te weten», aldus de stelling van de preadviseur.

Deze stelling vormde meteen het eerste vraagpunt dat aan de deelnemers van de sectie ter discussie werd voorgelegd. Bij de bespreking ervan bleek bij meerdere leden de vrees te bestaan dat de hele theorievorming rond de subjectieve goede trouw – en inzonderheid de door de preadviseur vooropgestelde objectivering hiervan – al te ver gaat, te veel verschillende rechtsfiguren onder één en dezelfde noemer poogt te plaatsen, een al te grote gelijkschakeling beoogt van situaties, door de wetgever middels vaak essentieel verschillend geformuleerde wetteksten geregeld. De vraag wordt gesteld of deze theorievorming, en de uitgebreide taak die aldus voor de rechter wordt ingeruimd, geen al te grote schaduw werpt op de rechtszekerheid. Men vraagt zich af of het niet te verkiezen is, door middel van eenduidige wetteksten, telkens duidelijk te bepalen wat, voor de door die wettekst geregelde situatie, onder «goede trouw» dient te worden verstaan. De preadviseur geeft toe, tevens ingaande op de door een lid van de vergadering gemaakte opmerking, dat als onderliggende rechtvaardiging voor de theorie mogelijk kan worden verwezen naar de vertrouwensleer (de leer van de «redelijkheid en billijkheid»), dat, naar zijn oordeel, het Nederlandse voorbeeld en de ontwikkeling aldaar van de leer van de redelijkheid en billijkheid, weliswaar tot enige terughoudendheid aanzet, maar hij wijst er anderzijds op dat hij, uitgaande van wetteksten met één zelfde strekking en van de toepassing en analyse hiervan in rechtspraak en rechtsleer, geen algemene, maar wel een *principiële gelijkstelling* poneert. Hij vraagt zich tevens af, verwijzend naar het voorbeeld van het aansprakelijkheidsrecht, of het voor de rechtszekerheid niet verkieslijker is te kunnen beschikken over één algemene theorie, dan over een dertigtal verschillende geformuleerde en geïnterpreteerde wetteksten. Hij wijst er ten slotte op dat, ontegenzeggelijk, door de principiële gelijkstelling van «het werkelijke weten» met «het behoren te weten», een stukje rechtszekerheid dient te worden opgegeven voor een meer «rechtvaardig» recht.

In een volgend vraagpunt wordt dan gepeild naar de juridische grondslag voor de principiële gelijkstelling van «werkelijk weten» met «behoren te weten», en naar de norm waaraan het «behoren te weten» dient te worden getoetst. Als juridische grondslag verwijst de preadviseur enerzijds naar de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, en anderzijds, voor zover het «niet-weten» ligt binnen een contractuele relatie, naar het beginsel vervat in artikel 1134, derde lid, B.W., het beginsel dat stelt dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd: wie zich op zijn «sub-

jectief niet-weten» beroept om daaruit het intreden van een bepaald rechtsgevolg af te leiden, terwijl hij, door een grotere zorgvuldigheid in acht te nemen, wél had kunnen weten, handelt, al naar gelang het geval, onrechtmatig (artt. 1382-1383 B.W.) dan wel in strijd met de goede trouw die de uitvoering van de overeenkomsten moet beheersen (art. 1134, derde lid, B.W.). Hieruit besluit de preadviseur, vaststellend dat de beoordelingsnorm voor de contractuele aansprakelijkheid en die voor de buitencontractuele aansprakelijkheid naar elkaar toegroeien, dat het «behoren te weten» zal dienen te worden getoetst aan het gedrag van de «bonus pater familias» doch in acht genomen de hoedanigheid, de kwalificatie van de betrokkene, en de omstandigheden van tijd en plaats. Als foutcriterium geldt derhalve de «culpa levis in abstracto» doch geconcretiseerd naar persoon, tijd en ruimte.

De sectievoorzitter, prof. C. De Wulf, merkt op dat hij, aansluitend bij hetgeen Ronse ter zake leert (zie de referenties 157, 158 en 159 van het preadvies), een minder streng criterium zou hanteren. Van «behoren te weten» zou slechts sprake zijn indien de bijzondere omstandigheden, bij de persoon die zich op zijn «niet-weten» wenst te beroepen, achterdocht of argwaan moesten wekken, of nog, indien het «niet-weten» bij hem als een grove fout dient te worden aangemerkt. Het foutcriterium zou hier dus zijn de «culpa lata». De preadviseur antwoordt hierop dat hij, uitgaande van de juridische principes waarop hij de theorie van het «behoren te weten» meent te kunnen grondvesten – zoals gezegd hetzij de contractuele, hetzij de buitencontractuele aansprakelijkheid –, het voor die rechtsfiguren aanvaarde foutcriterium vooropstelt, maar hij nuanceert zijn opvatting onmiddellijk door erop te wijzen dat, wat voor de ene rechter een «culpa lata» uitmaakt, voor de andere rechter beantwoordt aan de «culpa levis in abstracto». Het onderscheid, zo stelt hij, is dan ook voornamelijk van principiële aard.

Als volgend vraagpunt onderzoekt de vergadering of het «behoren te weten», afgezien van de gevallen waarin een wettelijk georganiseerd bekendmakingssysteem bestaat, dat ertoe strekt de gepubliceerde rechtshandeling aan derden tegenwerpelij te maken, voor de betrokkenen noodzakelijk en steeds een onderzoeksverplichting inhoudt. Hierbij aansluitend vertaalt de respondent, prof. F. Bouckaert, dit vraagpunt naar de notariële praktijk middels een tweetal voorbeelden. Zo belicht hij de onderzoeksplicht van de notaris in het kader van de, recentelijk ingrijpend gewijzigde, pachtwetgeving (onderzoeksplicht van de notaris of, bij verkoop van landbouwgronden, geen voorkooprecht aan de pachter dient te worden betekend (art. 47 Pachtwet) en of, indien het een verpacht eigendom betreft, geen door de pachter verrichte werken dienen te worden vermeld (art. 26 Pachtwet), en wijst hij op de, nog te verwachten wijzigingen aan de Vennootschappenwet (o.m. de aanpassing hiervan aan de derde en de zesde zg. «fusie»-richtlijnen, waardoor de notaris zou worden belast met het toezicht op de interne en externe wettigheid van de rechtshandelingen en formaliteiten van de vennootschap waarvoor hij verzocht wordt een akte te verlijden). Op de suggestie van een lid of we niet kunnen stellen dat de onderzoeksplicht van de notaris veel eerder in het juridische, dan in het feitelijke vlak ligt, wijzen een aantal deelnemers erop dat een dergelijke opsplitsing niet mogelijk is, aangezien de partijen niet steeds de juridische implicaties van een feitelijke toestand kunnen inschatten.

De notaris dient, in die gevallen, actief op te treden en partijen te ondervragen nopens die feitelijke toestand. Ter illustratie van deze verplichting geeft de voorzitter de vergadering kennis van een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 1 maart 1984 (*Jur. Liège*, 1984, 349) waarin, inzake pacht, deze onderzoeksverplichting wel erg ver – volgens de unanieme vergadering, té ver – werd doorgedreven. Niettegenstaande een ondervraging van de verkoper *én* een bezoek ter plaatse, werd de notaris aansprakelijk gesteld voor het niet-onderskennen van het bestaan van een pachtvereenkomst betreffende een door zijn ambt verkocht eigendom (en dus ook het niet-aanbieden, aan de pachter, van diens voorkooprecht), aangezien o.m. het bezoek waaruit de notaris had opgemaakt dat het bewuste perceel grond braakliggend was, had plaatsgevonden gedurende een seizoen waarin er geen gewassen werden geteeld op het verkochte eigendom!

Naar aanleiding van de bespreking van het volgende vraagpunt – is het voldoende dat de goede trouw, het «niet-weten», voorhanden is bij het tot stand komen van de rechtshandeling en heeft de nadien ontstane «kwade trouw» dus geen invloed, een vraag die door de preadviseur, en met hem door de vergadering, in beginsel bevestigend wordt beantwoord – ontspint zich een geanimeerde, maar vooralsnog onbesliste, discussie over de vraag of, inzake verkoop van onroerende goederen, sommige door de verkoper gecamoufleerde zg. «zichtbare gebreken» (de scheur in de muur, verborgen door een kast – de vochtige plek op de vloer, bedekt door een tapijt...) worden gedekt door de standaardclausule in de notariële verkoopakten blijkens welke «het eigendom wordt verkocht en aanvaard in de staat waarin het zich thans bevindt...», en of dit gebrek aan (objectieve) goede trouw van de verkoper niet dient te worden gelijkgesteld met de situatie van de verkoper die, kennis dragend van een verborgen gebrek, hiervan aan de koper geen mededeling doet en dan ook voor de vrijwaring van de koper blijft instaan, niettegenstaande een contractueel bepaalde exoneration.

Vervolgens diende de vergadering zich uit te spreken over de vraag of een algemene draagwijdte kan worden toegekend aan de regel van artikel 2268 B.W., die, inzake verjaring, bepaalt dat goede trouw steeds vermoed wordt, dan wel of die regel dient te worden beperkt tot het vermogensrecht. Een lid van de sectie vraagt zich af, verwijzend naar de regeling inzake het putatief huwelijk, of er behoudens andersluidende wettelijke bepalingen niet moet worden uitgegaan van het principe dat de persoon die zich op zijn goede trouw beroept, hiervan het bewijs moet leveren. Hij doet aldus immers een beroep op een exceptie teneinde een afwijking te krijgen van de «normale» rechtssituatie. De vergadering kan het hiermee niet eens zijn, althans niet in de sector van het vermogensrecht, verwijzend naar de noodzakelijke «soepelheid» die het vermogensverkeer tussen de personen dient te kenmerken.

Tot slot werd nog even van gedachten gewisseld over de vraag naar de tegenwerpelijheid van akten en gegevens die, hoewel niet op de wettelijk voorgeschreven wijze bekendgemaakt, toch effectief ter kennis zijn gekomen van de personen tegenover wie men zich op die akten of gegevens wenst te beroepen. De preadviseur bestrijdt in zijn preadvies immers de stelling van inzonderheid De Page en Dekkers ter zake, die leren dat dergelijke akten en gegevens hun tegenwerpelijheid verliezen aangezien de door de wetgever in het leven geroepen publiciteitsregeling, en meer in het bij-

zonder die vervat in artikel 1 Hypotheekwet, als het ware «automatisch» functioneert, ongeacht de daadwerkelijke goede of kwade trouw van de derde. Als voorbeeld van een situatie waarin de notaris, niettegenstaande het feit dat de wettelijk voorgeschreven publiciteitsregeling niet werd gevolgd, door de rechtspraak toch geacht wordt kennis te hebben van de desbetreffende rechtshandeling, wordt verwezen naar het recentelijk gepubliceerd arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 8 maart 1989 (*Rev. Not. B.*, 1990, 210), waarin het verweer van de notaris dat hij geen kennis had van het niet overgeschreven huurcontract, terwijl dit wettelijk voorgeschreven was, terzijde wordt geschoven omdat, in de akte van aankoop van het eigendom, voor dezelfde notaris verleden, van het huurcontract melding was gemaakt.

Aansluitend hierbij wordt er nog op gewezen dat, in het bijzonder wat het notariaat aanbelangt, het beroepsgeheim alsook de wijze waarop de notaris kennis heeft gekregen van bepaalde gegevens, een doorslaggevende factor kunnen zijn bij het zoeken naar een antwoord op de vraag of «het effectief weten» van de notaris zijn handelen dient te beïnvloeden. Of meer concreet, indien een notaris bijvoorbeeld door een persoon verzocht wordt de akte verkoop van een bepaald eigendom te verlijden, maar voordien reeds door een collega verzocht was die akte niet te verlijden omdat de verkoop van hetzelfde eigendom bij die collega geen doorgang kon vinden om redenen die alleen aan de verkoper toe te schrijven waren, moet die aangezochte notaris dan zijn ambt weigeren, of juist niet? De vergadering kan dienaangaande geen eenstemmigheid bereiken. Aangezien de wetgever zelf evenwel aan eventuele belanghebbenden doeltreffende middelen aanreikt om, in voorkomend geval, te beletten dat de verkoper het onroerend goed verkoopt (beslag, kantmelding van de eis in rechte,...), lijkt de vergadering toch geneigd te stellen dat, in beginsel, met het verzoek van de collega geen rekening kan worden gehouden. Anders, zo stelt men, zet men de deur open voor willekeur en misbruiken.

Hans DE DECKER
Assistent R.U.G.

SECTIE V: 1. Wil en vertrouwen bij de totstandkoming van verbintenissen. 2. Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw

1. Wil en vertrouwen bij de totstandkoming van verbintenissen

De preadviseur, raadsheer bij het Hof van Cassatie I. Verougstraete, gaf allereerst een samenvatting van zijn schriftelijk verslag. Daarbij benadrukte hij

– dat de wilsautonomie nog steeds de hoeksteen is van ons verbintenissenrecht;

– dat de rechter normen van fatsoen, billijkheid, redelijkheid... kan toevoegen aan het contract, maar dan wel uitsluitend met het oog op aanvulling (art. 1134 B.W.) en geenszins om af te wijken van wat de partijen gewild hebben;

– dat de rechter alleen aan belangenafweging kan doen in gevallen waarin de wet dit bepaalt;

– dat door de leer van de beperkende werking van de goede trouw niet fundamenteel geraakt wordt aan die principes: de bedoelde leer staat de rechter alleen toe een grens-

controle uit te oefenen in extreme gevallen, dit is wanneer er sprake is van kennelijk onredelijke uitoefening van een recht;

- dat de schijnleer geen rol speelt tussen contractspartijen: de sanctie is louter quasi-delictueel en nooit de totstandkoming van het contract;

- dat de schijnleer wel speelt tussen derden en dit ook in gevallen waarin geen quasi-delictuele aansprakelijkheid aan de orde is.

De preadviseur besloot zijn uiteenzetting met de wens dat, terwijl de jaren tachtig het decennium vormden van de goede trouw, de jaren negentig niet het decennium zouden worden van het misbruik van de goede trouw.

In zijn repliek betoogde de respondent, prof. en rechter E. Dirix, dat de subjectieve wil weliswaar de bron blijft van het verbintenissenrecht, maar dat deze wil aangevuld wordt door de vertrouwensleer, van welke leer door het Hof van Cassatie overigens reeds herhaaldelijk, weliswaar impliciet, toepassing werd gemaakt (Cass., 22 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 90; Cass., 11 december 1987, *R.W.*, 1987-88, 1092;...). Vele problemen die bij de totstandkoming van verbintenissen rijzen (de vraag hoever de informatieverplichting in precontractuele verhoudingen reikt, de vraag wanneer de overeenkomst tot stand is gekomen,...), zijn alleen op te lossen aan de hand van de vertrouwensleer. In die gevallen moet de rechter vaststellen wat de contractspartijen redelijkerwijs gewild zouden hebben. Er is geen principieel bezwaar om de vertrouwensleer ook tussen contractspartijen toe te passen. Ook in de verhouding tot derden wordt iemand gehouden tot iets wat hij niet heeft gewild. Bovendien hoeft niet gevreesd te worden voor rechtsonzekerheid, noch voor het gevaar dat de rechter zijn persoonlijke opvattingen zou doordrukken. Dezelfde problemen bestaan en worden zonder meer aanvaard bij de toepassing van de artikelen 1382 e.v. B.W.

Vervolgens kwam prof. L. Cornelis tussenbeide, sloot zich aan bij het standpunt van de preadviseur, en stelde, bij wijze van toevoeging, de vraag waarom, ter oplossing van de problemen van de wilsleer, steeds alleen aan de vertrouwensleer wordt gedacht en niet aan de toepassing van bestaande wetsbepalingen (bv. de artikelen 1382 e.v. B.W.) en dito algemene rechtsbeginselen (bv. rechtsmisbruik), waarbij evenmin rekening gehouden wordt met de bedoeling van de auteur.

In de navolgende bespreking werd allereerst de vraag gesteld of het Hof van Cassatie, in zijn arrest van 20 juni 1988 (*A.C.*, 1987-88, 1365), de vertrouwensleer al dan niet heeft erkend. De respondent oordeelde dat er geen twijfel over kan bestaan dat het Hof zulks inderdaad deed, overigens in navolging van tal van andere arresten waarin, als reeds gezegd, het Hof datzelfde standpunt, weliswaar impliciet, reeds aangenomen had, ook in de verhouding tussen contractspartijen. De preadviseur wees er evenwel op dat het cassatiemiddel bij het arrest van 20 juni 1988 beperkt was tot de vraag of alleen *foutieve* schijn sanctioneerbaar is, een vraag waarop het Hof van Cassatie negatief antwoordde. Tussen contractspartijen kan de vertrouwensleer alleen toepasselijk zijn wanneer de wet dit bepaalt. Voor derden geldt de vertrouwensleer wel. Door de voorzitter van de sectie, prof. R. Kruithof, werd daarop opgemerkt dat het besproken cassatiearrest nochtans noopt tot het algemeen aanvaarden van de schijnleer, dit omdat in het aan de orde zijnde

geval de lastgever van de schijnmandataris contractspartij wordt van de derde.

De aandacht werd er verder op gevestigd dat contracten doorgaans vrij summier zijn en dat de wilsuiting van de partijen dan ook veelal in meerdere opzichten niet bestaat. De preadviseur bevestigde deze feitelijke vaststelling en voegde eraan toe dat de rechter zich niettemin steeds moet terugplaatsen op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst teneinde te bepalen wat de partijen toen gewild hebben, dit volgens de wettelijke interpretatieregels. Wanneer de rechter die inspanning niet doet, bestaat het gevaar dat hij, op grond van een a posteriori wijsheid, vaststelt wat de partijen hadden moeten willen. De respondent achtte het bepalen van de subjectieve wil op het ogenblik van de contractsluiting echter in vele gevallen onmogelijk, zelfs niet realistisch. De vertrouwensleer komt neer op het interpreteren van de overeenkomst. De rechter moet bepalen wat de contractspartijen redelijkerwijs zouden hebben gewild.

Opgemerkt werd dat rechtszekerheid absoluut noodzakelijk is, desnoods ten nadele van de rechtvaardigheid. Door een begrip als goede trouw, dat inhoudelijk verschilt van rechtbank tot rechtbank, verdwijnt de rechtszekerheid, zodat een zodanig begrip moet worden geweerd. De respondent antwoordde dat het onjuist is te kiezen voor de rechtszekerheid van het onrecht. Het recht moest weliswaar rechtszekerheid bieden, maar ook goede oplossingen.

Aan de preadviseur werd gevraagd wat zijn standpunt is ten aanzien van de «laesio enormis» of het misbruik van omstandigheden. De preadviseur meende de wilsleer niet te kunnen volgen in uitzonderlijke gevallen, bij enorme onevenwichtigheden. In die gevallen kan ingegrepen worden via de leer van de ongeoorloofde oorzaak. Gebrek aan evenwicht als dusdanig is evenwel niet te verwerpen. Het is noodzakelijk voor de vooruitgang van onze samenleving. Het recht om onrechtvaardig te zijn is echter niet het recht om zeer onrechtvaardig te zijn.

Benadrukt werd ook dat vaklui (artsen, notarissen, advocaten,...) ten aanzien van leken een klimaat van vertrouwen wekken, de basis van de op hen rustende informatieverplichting. De preadviseur was van oordeel dat, in het algemeen, een zodanige informatieverplichting niet bestaat. Van een dergelijke verplichting is alleen sprake wanneer zij inherent is aan de te leveren prestatie (bv. arts) of wanneer de wet zulks bepaalt. De wetgever zou evenwel meer informatieverplichtingen in het leven moeten roepen. De respondent merkt op dat niet het bestaan van de informatieverplichting als dusdanig essentieel is, maar wel de vaststelling van de inhoud daarvan. Dat laatste kan alleen de rechter doen.

Prof. L. Cornelis merkte vervolgens op dat de inzet van het debat neerkomt op de vraag waar de grens ligt van de individuele vrijheid. Het basisbeginsel in onze samenleving is de individuele vrijheid. Zowel in buitencontractuele als in contractuele verhoudingen is men vrij te handelen zoals men wil. Alleen wanneer de wet zulks bepaalt, beschikt de ander over een aanspraak. De leer van de goede trouw brengt die principes op de helling. Via de bedoelde leer wordt aan de rechter de mogelijkheid geboden om, in geval van onvolledigheid van de overeenkomst, a posteriori te bepalen welk gedrag van de partijen mocht worden verwacht. Op die manier gaat de rechter de inhoud bepalen van de individuele vrijheid van de partijen. De respondent repliceerde dat de premisse van de redenering van prof. L. Cornelis verkeerd

is. Problemen doen zich immers alleen voor wanneer de partijen hun wil niet hebben geuit, hetgeen de oorzaak is van het proces. Het staat derhalve aan de rechter te zeggen wat de partijen redelijkerwijs hebben gewild.

Prof. R. Kruithof stelde vervolgens de vraag naar de juridische grondslag van de vertrouwensleer. Deze grondslag kon zijns inziens niet gevonden worden in de onrechtmatige daad, noch in de eenzijdige wilsuiking, noch in een contract. Bijgevolg bleven maar drie mogelijkheden open. Ofwel is het opgewekte vertrouwen een nieuwe, zelfstandige bron van verbintenissen. Ofwel vindt de vertrouwensleer toch haar grondslag in de overeenkomst of in de eenzijdige wilsuiking, maar dan moet tevens aangenomen worden dat de wilsuiking niet langer vereist is opdat sprake kan zijn van een overeenkomst of van een eenzijdige wilsuiking. Ofwel wordt de goede trouw als een algemeen rechtsbeginsel aanvaard, welke laatste oplossing echter hoe dan ook te verwerpen is op gevaar af anders het hele recht te moeten afschaffen en te moeten vervangen door fatsoensnormen. De preadviseur zag, met betrekking tot de grondslag van de vertrouwensleer, twee mogelijke verklaringen. Ofwel wordt, in navolging van prof. P. van Ommeslaghe, aangenomen dat schijn een autonome bron van recht is. Ofwel wordt, met Foriers, aanvaard dat het een misbruik is toerekenbare schijn niet te honoreren. In ieder geval echter moet de draagwijdte van het cassatiearrest van 20 juni 1988 worden beperkt. Daarin wordt alleen beslist dat de vertrouwensleer een rol speelt inzake lastgeving. Prof. R. Kruithof antwoordde dat de hierboven bedoelde leer van Foriers (toerekenbare schijn niet honoreren is een fout) niet overtuigend is. Oorspronkelijk werd immers ook het intrekken van een aanbod onder bepaalde omstandigheden als een fout aangemerkt. Terecht werd naderhand door het Hof van Cassatie van het aanbod evenwel een bron van verbintenissen gemaakt. Hetzelfde dient ook te gebeuren ten aanzien van de vertrouwensleer.

2. Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw

Door de voorzitter van de sectie werd allereerst voorgesteld de titel te wijzigen als volgt: goede trouw bij de uitvoering en het tenietgaan van contracten.

Vervolgens beluisterde de sectie een samenvatting door prof. L. Cornelis van zijn preadvies. Daarin betoogde de preadviseur dat rechtsverwerking, zijnde het gehele of gedeeltelijke verlies van een subjectief recht om reden van een feitelijk gedrag dat met het behoud van dit subjectief recht onverenigbaar wordt geacht, in een dubbel opzicht een aanslag uitmaakt op de algemene en abstracte rechtsregels, waarvan de toepassingsvoorwaarden vervuld zijn en die aan de oorsprong liggen van het subjectief recht. Enerzijds wijzigt rechtsverwerking de werking van die algemene en abstracte rechtsregels en dit zonder rechtvaardiging. Er bestaat immers geen algemene rechtsregel waardoor het gedrag van de houder van een subjectief recht kan worden gesanctioneerd door het verlies van het recht. Evenmin kan de besproken hypothese in verband worden gebracht met een afstand van recht, want daartoe is steeds een geldige wilsuiking vereist, ter beoordeling waarvan het gedrag van de houder niet doorslaggevend is. In de rechtsleer wordt in dit verband weliswaar doorgaans verwezen naar de objectieve goede trouw en daarop geconstrueerde gedragsregels: het subjectief recht gaat teniet omdat de houder ervan zich anders had

moeten gedragen om het te behouden. Maar aldus wordt, zonder echte rechtvaardiging, aan de beoordeler (de rechter, de rechtsgeleerde) een oeverloze beoordelingsvrijheid verleend om de inhoud van de gedragsregels te bepalen en om aldus te beschikken over het leven en de dood van subjectieve rechten. Anderzijds slaat de goede trouw bij rechtsverwerking een tweede maal toe, namelijk bij de sanctie: het als dusdanig tenietgaan van het subjectief recht. Toch kan het te sanctioneren gedrag van de houder van het subjectief recht alleen van buitencontractuele aard zijn en slechts sanctioneerbaar zijn mits een aansprakelijkheidsregel (art. 1382 e.v. B.W.) bestaat, waarvan de toepassingsvoorwaarden (fout, schade en causaal verband) vervuld zijn. Ook daarmee wordt bij rechtsverwerking geen rekening gehouden. De miskennis van de door de goede trouw ingegeven gedragsregel rechtvaardigt op zichzelf de sanctie. De preadviseur besloot zijn uiteenzetting met de vaststellingen

- dat, in de mate waarin rechtsverwerking en goede trouw verder gaan dan laatstbedoelde rechtsregels, zulks gebeurt zonder wettelijke grondslag;

- dat derhalve te hopen is dat de goede trouw snel zichzelf verwerkt.

In zijn repliek benadrukte de respondent, prof. E. Dirix,

- dat de redenering van de preadviseur mank loopt omdat ook rechtsmisbruik geen wettelijke grondslag heeft: ook rechtsmisbruik wordt immers door het Hof van Cassatie gebaseerd op een algemeen rechtsbeginsel; waarom zou dat dan niet even goed mogelijk zijn voor rechtsverwerking? En wanneer dat vandaag nog niet het geval mocht zijn, waarom zou het morgen niet het geval kunnen worden?

- dat de normatieve aanpak, dit is de toepassing van de goede trouw via de rechtsverwerking, overigens tot geen andere resultaten leidt dan de subjectieve aanpak, maar in ieder geval realistischer is.

De preadviseur antwoordde daarop dat rechtsmisbruik wel degelijk een wettelijke grondslag heeft. In gevallen van rechtsmisbruik zijn immers de toepassingsvoorwaarden van de algemene en abstracte rechtsregels, de basis van het subjectief recht, niet meer vervuld. Bovendien verhindert het criterium voor toepassing van rechtsmisbruik, de kennelijk onredelijke uitoefening van een recht door de houder daarvan, dat de rechter het subjectief recht tot het zijne maakt door de inhoud ervan te bepalen. De gedragsregel die de aanhangers van rechtsverwerking voorstellen, is overigens de algemene zorgvuldigheidsnorm. Het louter overtreden van die norm volstaat echter niet. Er moet ook sprake zijn van schade en causaal verband met de overtreding van de norm.

Prof. R. Kruithof stelde de vraag of, voor de toepassing van rechtsmisbruik, vereist is dat er een fout en schade is. De preadviseur wees erop dat rechtsmisbruik niet mag gelijkgesteld worden met de quasi-delictuele aansprakelijkheidsregels van de artikelen 1382-83 B.W. Dat blijkt uit de sanctie van rechtsmisbruik: ofwel wordt het recht tot zijn normale omvang beperkt, ofwel, wanneer dat laatste onmogelijk is, wordt de schade, zo die er is, hersteld.

Onderzocht werd ook of het louter stilzitten van de houder van een recht al dan niet rechtsgevolgen heeft. Algemeen was men het erover eens dat zulks niet het geval is. Het behoort immers tot de individuele vrijheid een subjectief recht al dan niet uit te oefenen. De preadviseur voegde

daaraan toe dat, wanneer de houder van het recht naderhand toch overgaat tot uitoefening van zijn recht, alleen moet worden nagegaan of er geen sprake is van rechtsmisbruik. De respondent oordeelde dat elk geval naar de feiten toe specifiek moet worden onderzocht en dat van rechtsverwerking sprake is wanneer uit die feiten blijkt dat een bepaald gedrag van de houder van het recht de latere uitoefening van het recht verbiedt.

Tot besluit van de bespreking wees de voorzitter van de sectie erop

- dat enerzijds in het B.W., meer bepaald in de artt. 1134 en 1135, sprake is van goede trouw;
- dat anderzijds in ons huidige recht algemeen aanvaard wordt dat een overeenkomst tot stand komt zodra er wilsovereenstemming bestaat over de essentiële elementen daarvan, zodat een akkoord over de toekomstige aspecten niet vereist is;
- dat uit die beide vaststellingen volgt dat de vertrouwensleer een element is van het geldende recht, dit ter aanvulling van overeenkomsten.

B. CATTOIR

SECTIE VI: De goede trouw bij geding en bewijs

In sectie VI van het XXXIVe Vlaams Rechtscongres werd, aan de hand van het omvangrijke, uitvoerig gedocumenteerde preadvies van de hand van prof. dr. M.E. Storme¹ en de reactie hierop van raadsheer Forrier², gehandeld over de invloed van de goede trouw in het privaatrechtsproces- en bewijsrecht.

Doel van deze bijdrage is niet de door M.E. Storme ontwikkelde thesise over de werking van de goede trouw in het privaatrechtsproces- en bewijsrecht, in al haar aspecten en nuances, samen te vatten. Hiervoor kan ik de lezer nuttig verwijzen naar de door de rapporteur gehouden inleiding op de discussie in de sectievergadering. De tekst hiervan³ vindt men elders in dit nummer terug. Dit verslag heeft evenmin de pretentie een gedetailleerde en kritische bespreking af te leveren van het *gehele*, nagenoeg 170 bladzijden tellende congresrapport. Een dergelijke bespreking zou allereerst, gelet op de veelheid en de rijkdom van de in het preadvies verwerkte ideeën, een waar titanenwerk zijn. Daarenboven zou een dergelijk verslag het gevaar lopen waarvoor de respondent reeds heeft gewaarschouwd, nl. door de verplichte beknoptheid onrecht aan te doen aan de wetenschappelijke waarde van het rapport.

De grenzen en de inhoud van dit stuk zijn dan ook volkomen bepaald door het erg boeiend en levendig debat dat gevoerd werd tussen de preadviseur, de respondent en de deelnemers aan deze sectievergadering. Die discussie, die mede dank zij de inzet en de medewerking van alle aanwezige juristen, van een opmerkelijk niveau was, werd met zachte doch vastberaden hand geleid door prof. dr. J. Lae-

nens (U.I. Antwerpen). Getrouw aan de goede traditie van de Vlaamse Rechtscongressen verliep het debat aan de hand van, in gemeen overleg tussen de rapporteur en de voorzitter van de sectievergadering opgestelde, vraagpunten. Deze waren op een identieke wijze uitgesplitst als het preadvies. In een eerste gedeelte werden vier vragen behandeld m.b.t. de goede trouw *in het geding*. Over het tweede deel van het preadvies, nl. goede trouw en *het bewijs*, kwamen twee vraagpunten aan bod.

Goede trouw in het geding

1. Via een eerste vraagpunt werd ingegaan op hetgeen door de preadviseur de *schadebeperkingslast*⁴ van de procespartijen werd genoemd. Net zoals dit in een contractuele of buitencontractuele verhouding het geval is dient, aldus M.E. Storme, elke procespartij ervoor te waken dat zij de schade waarvoor een ander aansprakelijk is, *onder meer* via de gedingkosten, niet onredelijk laat oplopen. Deze verplichting rekening te houden met de gerechtvaardigde processuele belangen van de wederpartij grondt de preadviseur op de goede trouw⁵. Het verzuim hiervan wordt niet bestraft met schadevergoeding maar wél met de verwerking van het recht om de aldus berokkende schade af te wentelen. Zo zou degene die als overwinnaar uit het proces te voorschijn treedt, geen aanspraak kunnen maken op terugbetaling van *nodeloos*⁶ gemaakte kosten. De gebeurlijke wanprestatie van de ene partij ontslaat de andere partij immers geenszins van haar zorgvuldigheidsplicht⁷.

De vraag rees dan ook of in het algemeen kan worden gesteld dat partijen in een geding gehouden zijn de kosten te beperken, in die zin dat zij meerkosten niet kunnen terugvorderen van de wederpartij. Meer specifiek werd gevraagd of de eiser, die niet de goedkoopste wijze van instelling van de eis heeft gekozen, in beginsel daarvan de meerkosten dient te dragen. Zo het antwoord op voormelde vraag bevestigend luidt, dient tot slot nog te worden nagegaan onder welke omstandigheden de keuze van de duurdere weg gerechtvaardigd is.

Naar de mening van respondent Forrier⁸ creëren deze vragen valse problemen. Immers artikel 1017 Ger. W. be-

⁴ Zie hierover nr. 12 van het preadvies.

⁵ Nr. 14e van het preadvies.

⁶ Bv. indien geopteerd werd voor een gerechtsdeurwaardersexploot waar de wet de rechtsingang via een (contradictoir) verzoekschrift toelaat of verplicht (nr. 33 van het preadvies), of waar men de tegenpartij niet de mogelijkheid geboden had vrijwillig te verschijnen (nr. 36 preadvies), i.h.b. na een poging tot minnelijke schikking of verzoening (nr. 37 preadvies); het instellen van een tegeneis (nr. 34 preadvies), een nieuwe of aanvullende eis (nr. 35 preadvies) bij exploit of verzoekschrift waar dit net zo goed via conclusies had kunnen gebeuren; het niet of het precies wél aanwenden van de eenzijdige rechtsgang zoals bepaald in de summier rechtspleging om betaling te bevelen (artt. 1338 e.v. Ger. W.) (nr. 38 preadvies); het inleiden van een kort geding waar dit via andere technieken (bv. art. 19, lid 2, Ger. W.), of door omstandigheden, overbodig was (nr. 39 preadvies).

⁷ Zie voor een concrete uitwerking van deze verplichting nr. 61 (d) van het preadvies.

⁸ Die bij herhaling stelde dat de door hem vertolkte meningen *persoonlijke* opvattingen waren en dus geenszins als het standpunt van (een gedeelte van) de magistratuur kunnen worden beschouwd.

¹ Gepubliceerd in *T.P.R.*, 1990, nr. 2; Congresbundel (extranummer *T.P.R.*), 311-484.

² Gepubliceerd in *T.P.R.*, 1990, nr. 2; Congresbundel (extranummer *T.P.R.*), 503-506.

³ «De goede trouw in het geding — Een stellingname ter discussie».

paalt dat de rechter, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten dient te verwijzen⁹. Nergens is in de wet sprake van een verplichting voor partijen hun kosten te beperken. Derhalve ziet hij ook niet in hoe een dergelijke beperking kan worden opgelegd of afgedwongen. Concluderend stelde raadsheer Forrier dat, volgens hem, *alle* wettelijk toegelaten kosten verhaalbaar zijn op de verliezende partij. Dit besluit steunt overigens op de rode draad die door de schriftelijke reactie van de respondent op het rapport van M.E. Storme loopt. I.t.t. de zienswijze van de preadviseur vormt, aldus raadsheer Forrier, de uit het contractenrecht overgewaarde goede trouw in de dagdagelijkse toepassing van het procesrecht geen allesoverheersende blanonorm. De reden hiervoor is het feit dat gedingvoerende partijen – anders dan in een contractuele verhouding – in de regel volkomen tegenstrijdige belangen hebben die zij aan elkaar willen en kunnen opdringen.

Eensgezindheid bestond tussen de deelnemers over het feit dat, gelet op de zeer ruime formulering van art. 700 Ger. W., het een procespartij *steeds* vrijstaat een dagvaarding aan te wenden als akte van rechtsingang. Dit klemde des te meer nu deze bepaling ter zake nergens in een sanctie voorziet. Of deze vrije keuze echter meteen impliceert dat deze partij, indien zij succesvol blijkt te zijn, integraal de daaraan verbonden kosten kan verhalen op de wederpartij, lokte een heftige discussie uit.

Voorzitter Petit van de Gentse Arbeidsrechtbank was van oordeel dat de miskenning van het voorschrift van art. 704 Ger. W., hetwelk bepaalt dat in de daarin opgesomde sociaalrechtelijke aangelegenheden de rechtsingang geschiedt bij verzoekschrift, principieel gesanctioneerd dient te worden door verwijzing in de meerkosten ten laste van die (al dan niet winnende) partij die deze heeft veroorzaakt. Enkel uitzonderlijke omstandigheden zouden de kosten van een dagvaardingsexploot volledig verhaalbaar maken. Deze zienswijze werd echter niet gedeeld door een aantal aanwezige advocaten. Zij wezen erop dat ook in arbeidsgeschillen het voor de eisende partij belangrijk kan zijn de zaak via gerechtsdeurwaardersexploot aanhangig te maken, teneinde de inleiding ervan te bespoedigen.

Door verschillende deelnemers werd geponeerd dat een toepassing van de regelen van de artt. 1382 e.v. B.W. volstaat om gebeurlijke uitwassen recht te zetten. Hierbij werd het cassatiearrest van 24 april 1978¹⁰ in herinnering gebracht, waarbij een persoon, die sinds geruime tijd elke activiteit als zelfstandige had stopgezet maar nagelaten had zijn sociale verzekeringskas hierover in te lichten, veroordeeld werd tot de kosten van de door deze verzekeringskas tegen hem gevoerde procedure tot invordering van (evident niet verschuldigde) bijdragen, ondanks het feit dat deze vordering als niet gegrond werd afgewezen. Geen fout of onzorgvuldigheid zou, aldus een rechtspracticus, de pleiter kunnen worden verweten die gebruik maakt van een *prima facie* duurdere wijze van rechtsingang wanneer de rechtszekerheid hiermede gediend zou zijn, waarbij als voorbeeld het aantekenen

van hoger beroep via een exploit (voordeel voor appellant i.v.m. de dagtekening), werd aangehaald. Nog in dit verband werd erop gewezen dat het aanwenden van een gerechtsdeurwaardersexploot, in het licht van de (cassatie)rechtsspraak i.v.m. de verplichting van de procespartijen hun adreswijziging kenbaar te maken aan de griffiediensten en de wederpartij, ook voor de verwerende partij niet te misskennen voordelen biedt. Op de gerechtsdeurwaarder weegt immers de verplichting de woonplaats van de geadresseerde van het exploit na te trekken.

Sommige aanwezigen waren echter, samen met de preadviseur, van oordeel dat de toepassingsvoorwaarden van de artt. 1382 e.v. B.W. niet volstaan om een duidelijke aflijning van rechtmatige versus nutteloze kosten mogelijk te maken. Omtrent het/de volgens hen noodzakelijk geachte alternatie(f)(ve) criteri(um)(a) kon echter geen consensus bereikt worden. Bepaalde van de door de rapporteur naar voor geschoven gedragslijnen, zoals de (overigens wettelijke) verplichting om, vóór het inleiden van een procedure, de tegenpartij in gebreke te stellen, werden echter door de voltallige vergadering beaamd. Tevens bestond er overeenstemming over het feit dat het niet aan de rechter toekomt *ambtshalve* de schadebeperkingslast op te werpen en de partij die hierop een inbreuk heeft gepleegd, tot de meerkosten te veroordelen.

Aansluitend op dit vraagpunt waren een aantal deelnemers van oordeel dat het ter zake ging om een vals probleem, nu de meerkosten van een exploit t.a.v. een andere wijze van rechtsingang, eigenlijk te verwaarlozen zijn. De verhoudingsgewijs grootste (en vaak exorbitante) kosten zouden ontstaan na het proces, nl. naar aanleiding van de tenuitvoerlegging van de uitspraak.

Anderen wezen er echter terecht op dat dit niet steeds zo is. Als voorbeeld werd het aantekenen van hoger beroep d.m.v. een gerechtsdeurwaardersexploot aangehaald, in een zaak met 52 betrokken partijen. De hieraan verbonden kosten beliepen 42.000 fr. i.p.v. het toenmalige rolrecht t.b.v. 3.415 fr. indien de zaak bij contradictoir verzoekschrift was ingeleid. Iemand wierp op dat het in de praktijk vnl. deskundigenonderzoeken en het aanwenden van rechtsmiddelen (i.h.b. een voorziening in cassatie) zijn die de kosten in de hoogte jagen. Diezelfde persoon bleek er moeite mee te hebben dat de partij die voorheen alles won, maar in een cassatieprocedure het onderspit delft, alle tot dan gemaakte kosten dient te dragen. Voorzitter Laenens wees er in dit verband nog op dat ons positief recht een aantal bepalingen bevat waardoor partijen soms tot het maken van hoog oplopende kosten worden genoopt. Als voorbeeld werd art. 6 EVRM aangehaald. Hierin wordt een procespartij verplicht eerst de nationale rechtsmiddelen uit te putten, alvorens een procedure in Straatsburg aanhangig te maken. Prof. dr. P. Lemmens (K.U.Leuven) stelde dat de exceptie van uitputting van de rechtsmiddelen de openbare orde niet raakt en dat het aan de regeringen toekomt hierop in afwijkingen te voorzien. Deze regel blijkt overigens gegroeid te zijn uit het wantrouwen t.a.v. de Europese rechter, hetwelk zijn oorsprong vond in de (verouderde) idee dat de nationale rechter beter recht sprak.

Door stafhouder Van Malleghem werd gesteld dat men zich niet mag blindstaren op de kostprijs van de akte van rechtsingang. Vaak kost het opstellen van een verzoekschrift (bv. ingevolge de verplichting een afschrift van de inschrij-

⁹ Het is met toepassing van deze regel dat een partij die een nietige dagvaarding (laat) uitbreng(t)(en), in de kosten ervan zal worden verwezen.

¹⁰ R.W., 1978-79, 2669, Arr. Cass., 1978, 2017, Pas., 1978, I, 955 en J.T.T., 1979, 254. Nr. 45 preadvies.

ving in de bevolkingsregisters van de wederpartij voor te leggen) de facto meer dan een gerechtsdeurwaardersexploot (hetwelk volledig is getarifeerd). Volgens hem kan er in geen geval sprake zijn van een verplichting voor een partij de proceskosten te beperken, wanneer hierdoor haar eigen last (o.m. de aan haar advocaat te betalen staat van kosten en honorarium) zou worden verhoogd.

Tot slot werd nog opgemerkt dat de door preadviseur aangehaalde rechtspraak van de vrederechten te Antwerpen i.v.m. het instellen van een vordering betreffende een huurgeschil (toepassing art. 1344bis Ger. W.) met de nodige omzichtigheid dient te worden gelezen. Slechts in twee van de zeven Antwerpse kantons zouden de meerkosten van een exploit ten laste gelegd worden van de eisende partij.

2. Het tweede vraagpunt behelsde de vaste vs. arbitraire volgorde der verweermiddelen ¹¹, m.b. de onderlinge volgorde van de excepties van nietigheid, middelen van niet-toelaatbaarheid en verweermiddelen aangaande de zaak zelf.

Wat de excepties van nietigheid betreft, werd er in het preadvies op gewezen dat deze vraag grotendeels geregeld is in de wet (artt. 860 e.v. Ger. W.). Behoudens wat betreft de zgn. absolute nietigheden (art. 862 Ger. W.) werd eraan herinnerd dat excepties betreffende een *vormgebrek* vóór ieder ander middel dienen te worden opgeworpen en dat de excipiëns concreet moet aantonen waarin zijn belangen geschaad zijn. Nog volgens de preadviseur kan de nietigheid niet worden opgeworpen door de wederpartij die zelf mee het verzuim heeft veroorzaakt of uitgelokt, of de regularisatie ervan heeft verhinderd. Nietigheden betreffende de *grond* van de proceshandeling, die niet uitdrukkelijk in het Gerechtelijk Wetboek zijn geregeld, dienen aan dezelfde regel (art. 864, tweede lid, Ger. W.) te beantwoorden.

Ook het onredelijk gebruik van de zgn. (in de wet bepaalde) toelatingsopschortende excepties is gedeeltelijk geregeld in het wetboek. De exceptie van onbevoegdheid dient, aldus de preadviseur, niet alleen in limine litis (art. 854 Ger. W.) en met aanwijzing van de bevoegde rechter (art. 855 Ger. W.) te worden opgeworpen, maar de excipiëns dient ook belang te hebben bij deze verwijzing. Dit belang mag echter worden vermoed. Ook de andere opschortende excepties (bv. termijnen van boedelbeschrijving en beraad) dienen vóór elk verweer te worden opgeworpen, maar dienen toch afgewezen te worden indien de termijn werkelijk reeds is gegeven of de zekerheid daadwerkelijk voorhanden is. Aan een zelfde regime zijn de conventioneel opschortende excepties (bv. verplichte buitengerechtelijke verzoeningspoging, bindende derdenbeslissing) onderworpen.

Wat de verhinderende excepties van ontoelaatbaarheid betreft, die eveneens zeer gebrekkig geregeld zijn in het Gerechtelijk Wetboek, onderzocht de rapporteur de belangrijkste categorieën. Zo dient de exceptie van afwijzing van rechtsmacht in de eerste conclusie (art. 636 Ger. W.), vóór de exceptie of verweer (art. 1679, eerste lid, Ger. W.) en, zonodig, «uitsluitend» te worden opgeworpen (art. 18 E.E.X.). Voor wat de overige middelen van niet-toelaatbaarheid betreft, i.h.b. het gebrek aan het vereiste van belang of hoedanigheid (art. 17 Ger. W.), is de preadviseur van oordeel dat, hoewel niet als algemene regel kan worden gesteld dat zij in limine litis moeten worden opgeworpen, men

hieruit niet kan afleiden dat het middel in elke stand van het geding kan worden ingeroepen. Het komt hem immers als tegenstrijdig over om zonder voorbehoud een debat aangaande het bodemgeschil aan te gaan met iemand wiens recht op zulk een debat men wenst te betwisten. Daarenboven dient in alle gevallen rekening gehouden te worden met het normdoel van het toelaatbaarheidsvereiste. Behoudens in de gevallen die de openbare orde raken zou, aldus de preadviseur, regularisatie moeten worden toegestaan, eventueel met schadevergoeding.

Aan de hand van het hierboven geschetste kader werd de vraag gesteld of men in een geding in het algemeen «preclusieve stadia» dient te onderscheiden, d.w.z. een volgorde van verweermiddelen, waarbij een bepaald verweermiddel niet meer kan worden opgeworpen nadat men zich reeds op een verweermiddel uit een volgend stadium heeft beroepen.

Raadsheer Forrier antwoordde hierop dat zijn inziens, bij gebreke van wettelijke bepaling, het de rechter niet geoorloofd is het verweermiddel zonder onderzoek van de hand te wijzen, louter op basis van de tardiviteit ervan, die getoetst wordt aan de blanconorm van de goede trouw. Op de opwerping van de preadviseur dat, bij naleving van de door hem voorgestelde oplossing, de rechter sneller tot een beoordeling over de grond van de zaak zal komen, stelde de respondent dat dit helemaal niet zeker is. Hij bleef van oordeel, hierin bijgevalen door een aantal deelnemers, dat het invoeren van een nogal vrij ondoorzichtige regel gevaarlijk is. Verfijning maakt het recht, aldus de respondent.

Nogal wat aanwezigen hadden vanuit *praktisch* oogpunt bezwaren tegen de voorgestelde regel. Zo zou er soms geen precies onderscheid te maken zijn tussen processuele verweermiddelen en die welke de grond van de zaak raken. Ook werd de vraag gesteld wat er moet gebeuren indien een partij, in de loop van het geding of de procedure, haar hoedanigheid verliest. Hierbij werd het voorbeeld aangehaald van de Belgische Staat die, als gevolg van de staats hervorming, bv. voor het eerst in de tweede aanleg, wordt opgevolgd door het Vlaamse Gewest. Een zelfde vraag rijst t.a.v. die partij die in de loop van de procedure verandert van advocaat. Impliceert dit meteen dat een (aantal) verweermiddel(en), die door de «eerste wederpartij» of raadsman over het hoofd werden gezien, zijn «verwerkt».

Hierop onderwierp voorzitter Laenens het volgende praktijkgeval aan het oordeel van de deelnemers. Een dagvaarding, uitgebracht m.b.t. een arbeidsgeschil, is behept met één van de in art. 862 Ger. W. opgesomde nietigheden. Heeft de raadsman van de verwerende partij, goed wetende dat een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende vordering verjaart binnen een termijn van een jaar vanaf de beëindiging ervan, op basis van de goede trouw de verplichting zijn tegenstander hierop, op een nuttig tijdstip, attent te maken, bv. door het «tijdig» opwerpen van de exceptie? Terwijl men unaniem van oordeel was dat op een advocaat noch een wettelijke, noch een deontologische verplichting weegt om de tegenstander op fouten attent te maken, bestond er wel twijfel nopens de houding die de rechter ter zake dient aan te nemen. Terwijl sommigen stelden dat, enkel in zoverre een termijn de openbare orde raakt, de magistraat de verplichting heeft partijen erop te wijzen, waren anderen van oordeel dat de rechter aan de procespartijen ook informatief raad zou mogen geven. Herinnerd werd aan een oud-vrederechter van het Kanton Lochristi die, telkens als partijen in

¹¹ Zie hierover nrs. 47-55 van het preadvies.

persoon verschenen, vroeg of zij de verjaring niet opwierpen. Het behoort, aldus prof. dr. M.L. Storme, tot de essentiële plichten van de rechter om oriëntering te geven aan het debat, zij het dat nadere inlichtingen indien niet op de pleitzitting, het best via een heropening van het debat worden ingewonnen. Raadsheer Huybrechts waarschuwde ervoor dat de rechters in eerste aanleg vaak té ver gaan door ambtshalve een middel op te werpen. Zelfs al wordt een dergelijk vonnis in hoger beroep gewijzigd, dan nog beschikt de partij ondertussen over het, ten onrechte, ambtshalve aangereikte middel.

Samenvattend kan gesteld worden dat ook hier de vergadering er niet in slaagde op een concrete wijze de werking van de goede trouw af te bakenen, bv. door aan te geven onder welke omstandigheden vertragsmanoeuvres als niet geoorloofd dienen te worden beschouwd.

3. Het derde vraagpunt lag in het verlengde van de hierboven behandelde problematiek. Gevraagd werd of partijen hun subsidiaire stellingen in beginsel samen met hun principaal verweer dienen voor te dragen (de zgn. «concentratie van verweer»), dan wel of zij steeds voorbehoud mogen vragen voor een later subsidiair verweer. In het preadvies¹² werden dienaangaande de twee uitersten, nl. het concentratiebeginsel (*Konzentrationsmaxime*) en het beginsel van de vrije spreiding, geschetst. Volgens de rapporteur dient, ingevolge het (op een paar uitzonderingen na — bv. de artt. 864, tweede lid, en 868 Ger. W.) stilzwijgen van de wet, aan de hand van de algemene beginselen van ons procesrecht en de regels van de goede trouw te worden nagegaan voor welk systeem in het Gerechtelijk Wetboek is geopteerd. Uitgaande van het beginsel van de proceseconomie en de eisen van een loyale procesvoering komt de rapporteur tot het besluit dat men geen algemeen geldende regel kan voorop stellen. Rekening houdend met de concrete omstandigheden van iedere zaak zal dit de ene keer dwingen tot een concentratie van het verweer, terwijl in een ander geval een zekere opsplitsing zal zijn aangewezen. Als staving van deze evenwichtso oplossing verwijst de preadviseur naar de in het wetboek uitgewerkte genuanceerde regeling van de devolutieve werking van het hoger beroep en het recht de zaak aan zich te trekken (artt. 1068 e.v. Ger. W.).

Voormelde vraag getoetst aan de verweermiddelen nopens de zaak zelf, doet de preadviseur, aan de hand van verschillende cassatiearresten, besluiten¹³ dat een partij, naar goede trouw, in beginsel niet verplicht is te aanvaarden dat de tegenpartij zijn verweer uitspreidt over meerdere conclusies, m.b. door zich in de eerste conclusie het recht voor te behouden om later nog andere conclusies te verwoorden over bepaalde punten van het bodemgeschil. Dit houdt echter niet in dat tussenvonnissen dienen te worden afgeschaft. Deze kunnen nuttig zijn, bv. wanneer een partij vraagt om tot bepaalde bewijsprocedures (bv. getuigen) te worden toegelaten. Tevens mag men niet zo ver gaan om elk voorbehoud om nader te concluderen van de hand te wijzen. Bepaalde omstandigheden, eigen aan de zaak, kunnen nopen tot een spreiding van de argumentatie.

Of een splitsing van (verweer)middelen betreffende de bevoegdheid van de geadieerde rechter en/of de toelaatbaarheid van de vordering enerzijds, en die m.b.t. de gegrondheid anderzijds, geoorloofd is, dient, nog steeds aldus de preadviseur¹⁴, zeer genuanceerd te worden beantwoord. Allereerst dienen de opschortende excepties in elk geval te worden uitgezonderd, nu zij precies een partij toestaan zich nog uit te spreken over de toelaatbaarheid en/of het bodemgeschil. Voor het overige gelden in beginsel soortgelijke regelen als die welke in de voorgaande paragraaf (nopens de middelen aangaande de zaak zelf) werden geschetst. Enkel in zoverre partijen het eens zijn om het debat te beperken is het de rechter niet geoorloofd uitspraak te doen over de rest van de zaak, tenzij deze vooraf, op grond van art. 869 Ger. W., partijen gevraagd heeft alle middelen, zij het tegelijk, voor te dragen.

Respondent Forrier is van oordeel dat ter zake vooral tactische overwegingen de doorslag zullen geven. Hoewel hij enerzijds erkende dat, zeker in het licht van de in het rapport geciteerde cassatierechtspraak, het vrij gevaarlijk kan zijn enkel een hoofdstelling voor te dragen, stelde hij anderzijds dat een splitsing toch wel eens nut kan hebben. Deze genuanceerde zienswijze werd onderschreven door een rechtspracticus die erop wees dat concentratie van het verweer soms doet uitkomen (of door de rechter geïnterpreteerd wordt) dat men zelf niet erg gelooft in de/het opgeworpen exceptie/middel.

Verder stelde raadsheer Forrier nog dat het in art. 869 Ger. W. gemaakte onderscheid tussen de verschillende soorten van excepties, erop wijst dat concentratie van verweer het meest aangewezen is. Een deelneemster wees erop dat de gestelde vragen dienen te worden beantwoord rekening houdend met de gerechtelijke achterstand. Vaak beperkt men zich tot het louter opwerpen van een exceptie om tijd te winnen. Het voorstel van voorzitter Laenens om het woordje «kan» in voormeld artikel te vervangen door «moet», werd door sommige deelnemers goedgekeurd onthaald. Een advocaat wees erop dat in een procedure tot vernietiging van een scheidsrechterlijke uitspraak, art. 1706, eerste lid, Ger. W. de belanghebbende partij verplicht alle gronden hiertoe in een en dezelfde procedure voor te dragen. Ook dit zou wijzen op het aankleven van het concentratiebeginsel en het zou niet meer dan logisch zijn dat dit over het gehele procesrecht wordt doorgetrokken.

Geopperd werd dat hetzelfde principe ook zou dienen te worden doorgetrokken tot de tweede aanleg of, m.a.w., dat het debat in hoger beroep steeds begrensd zou moeten zijn door de grieven die in de appelakte zijn opgenomen. In dit verband werd ook gewezen op de stelselmatige inbreuk door advocaten op de termijnen van art. 1064 Ger. W. Dit geeft, in zaken waar zgn. versneld hoger beroep verplicht is, aanleiding tot problemen. Immers, een summier gemotiveerd verzoekschrift in hoger beroep, gekoppeld aan een verlenen van een (snelle)fixatie, kort na het neerleggen van de conclusie voor de geïntimeerde, leidt vaak tot een uitstel van de zaak dat had kunnen worden voorkomen.

Een Nederlandse deelneemster wees erop dat in de rechtspleging van haar land geopteerd werd voor een gematigde concentratie van verweer. In een aantal procedures,

¹² Nrs. 70-71.

¹³ Zie nr. 72 van het preadvies en de aldaar geciteerde rechtspraak (noot 262).

¹⁴ Zie nr. 73 van het preadvies.

bv. inzake onrechtmatige daad, zal men wel de splitsing maken tussen de aansprakelijkheidskwestie enerzijds en, zo deze is komen vast te staan, de begroting van de schadeloosstelling (schade-staanprocedure) anderzijds.

Een andere deelnemer pleitte voor het invoeren van een aantal uitzonderingen. Zo zou in het E.E.X.-Verdrag een bepaling moeten worden opgenomen die de verwerende partij toestaat haar verweer (in haar eerste conclusie) te beperken tot het betwisten van de bevoegdheid *ratione loci* van de geadieerde rechter. Uiteraard zou dit gepaard moeten gaan met de garantie dat de rechter, zo hij deze exceptie van de hand wijst, het debat zal heropenen teneinde die partij toe te staan haar verweer m.b.t. de grond van de zaak te voeren. Hierdoor zou, in tegenstelling tot wat nu het geval is, vermeden kunnen worden dat de kosten van verdediging fel de hoogte worden ingejaagd wegens de quasi-verplichting ook over de grond (die eventueel beheerst wordt door vreemd recht) te concluderen alvorens de zaak in beraad te laten nemen.

Ook werd even stilgestaan bij de formulering van het Hof van Cassatie omtrent het «in staat van wijzen zijn» van het geding. Overeenkomstig de formulering van ons hoogste hof is dit het geval zodra «elk der partijen over de zaak conclusie ten gronde heeft genomen of daartoe in gebreke is gesteld, zelfs al had een partij de eis van de tegenpartij onvolledig beantwoord; (...)». Gevraagd werd of het in gebreke stellen aan enig (vorm)vereiste is onderworpen. Prof. Lemmens was van oordeel dat een dergelijke aanmaning gewoon volgt uit de conclusie van die partij waarin haar (volledige) argumentatie over de grond van de zaak is opgenomen. Geoordeeld werd dat men, naar analogie met wat thans gebruikelijk is in zaken die slechts een kort debat vereisen, de tegenpartij (schriftelijk) kan aanmanen om haar verweer te concentreren. Dit zou, i.t.t. de vordering tot toepassing van art. 735 Ger. W., echter niet mogelijk zijn in de gedinginleidende akte, maar ten vroegste na de inleiding, bv. bij de mededeling der stukken.

De suggestie van respondent Forrier om, naar analogie van de door de preadviseur gesignaleerde Belgische rechtsplegingen waarin het concentratieprincipe duidelijk wordt gehuldigd (procedure voor het Hof van Cassatie en de Raad van State), ook in de gemeenrechtelijke procedure het aantal keren dat men conclusie mag nemen te beperken, werd niet ingevolg. Men was van oordeel dat, gelet op de grote verschillen tussen een procedure ten gronde en die rechtsplegingen die slechts over bepaalde punten moeten handelen, de invoering van een soortgelijk systeem niet wenselijk maken.

4. In het vierde vraagpunt kwam de, sinds enige tijd actuele, problematiek van sanctiëring van termijnen die niet op straffe van verval zijn voorgeschreven, aan bod. Gevraagd werd of een proceshandeling die verricht wordt na het verstrijken van een dergelijke termijn, in de veronderstelling dat niet tijdig, conform art. 51 Ger. W., de verlenging ervan is aangevraagd, met ontoelaatbaarheid dient te worden gesanctioneerd. Dergelijke processuele maximumtermijnen, die niet op straffe van verval zijn voorgeschreven, werden door de preadviseur «verwerkingstermijnen» genoemd¹⁵. Hiermee schaarde M.E. Storme zich achter de stelling dat

dergelijke termijnen wel degelijk toelaatbaarheidsvereisten vormen voor de proceshandelingen waarvoor zij zijn voorgeschreven. De verwerking (forclusion) houdt, anders dan het verval, slechts een «relatieve», d.w.z. door partijen op te werpen, ontoelaatbaarheid in. Dit impliceert meteen dat deze daarvan afstand kunnen doen en dat de sanctie vermeden kan worden door tijdig verlenging te vragen overeenkomstig art. 51 Ger. W. Het relatief karakter houdt, aldus de rapporteur, ook in dat de verwerking enkel in overeenstemming met de eisen van de goede trouw kan worden ingeroepen. Concreet¹⁶ zou dit betekenen: 1° dat de verwerking tijdig moet worden opgeworpen; 2° dat de partij die er zich op beroept, de wederpartij er niet toe gebracht mag hebben de termijn te overschrijden; 3° dat degene die de verwerking inroept, niet eerder een soortgelijke termijn heeft overschreden; 4° dat de partij die er zich op wenst te beroepen, de wederpartij eventueel heeft aangemaand en daarenboven eventueel haar belang bij de verwerking kan aantonen; 5° dat door de belaste partij aan de rechter niet om verlenging (die uiteraard enkel gevraagd kan worden in zoverre de maximumtermijn geen vervaltermijn is) is verzocht alvorens de termijn was verstreken.

In het vraagpunt werd een onderscheid gemaakt tussen de termijnen waarbinnen men dient te concluderen en andere termijnen.

Tot deze laatste categorie¹⁷ behoort o.m. de termijn voor het overleggen van stukken. Het te laat overleggen van stukken die men wel degelijk aan de rechter wil voorleggen kan, aldus de preadviseur, allereerst gesanctioneerd worden door het verlenen van een nieuwe termijn aan de wederpartij om deze in staat te stellen een aanvullende conclusie te nemen. Een meer adequate sanctie zou erin bestaan, met toepassing van de artt. 51, 736-740 en 748 Ger. W. én de regels van de goede trouw, te laat overgelegde stukken uit het debat te weren. Dit zou telkens het geval moeten zijn indien de andere partij, ten gevolge van het in ogenschouw nemen van deze stukken, genoodzaakt zou worden tot het voeren van bijkomend verweer waardoor de rechtsgang ernstig zou worden vertraagd. Dit zal bv. het geval zijn wanneer tussen de mededeling van de stukken en de reeds vastgestelde zitting onvoldoende tijd overblijft om behoorlijk op die stukken te repliceren. Ook de wettelijke termijnen voor de uitvoering van bewijsmaatregelen behoren tot deze eerste categorie. Overeenkomstig art. 875 Ger. W. kan de meest gerede partij, wanneer een onderzoeksmaatregel niet binnen de gestelde termijn is uitgevoerd, de zaak opnieuw ter zitting brengen om te doen beslissen naar recht. Dit betekent, volgens de rapporteur, dat een partij die een bewijsmaatregel heeft verkregen, het recht verwerkt om deze maatregel na de gestelde termijn nog uit te voeren, indien de tardiviteit van die uitvoering de belangen van de tegenpartij zou schaden, en met name de rechtsgang, die door de wederpartij bevorderd wordt, ernstig zou vertragen. Het opwerpen van de verwerking dient steeds in overeenstemming met de eisen van de goede trouw te geschieden, hetgeen impliceert dat de partij

¹⁶ Zie ook nr. 61 van het preadvies en de door de preadviseur uitgesproken inleiding tot de sectievergadering, in dit nummer gepubliceerd onder de titel «De goede trouw in het geding – Een stellingname ter discussie».

¹⁷ Nrs. 61-65 preadvies.

¹⁵ Zie preadvies nrs. 15 en 61.

die er zich op beroept, zal moeten aantonen dat haar belang geschaad wordt door de tardiviteit van het verzoek. Hierin zal zij niet slagen indien uit de omstandigheden blijkt dat ze, zelfs na een buiten de termijn bevolen tegenverhoor, nog over de gelegenheid beschikte om haar standpunt daarover bekend te maken. Dezelfde regelen gelden volgens de preadviseur bij langdurig verzuim door de partij die een bewijsmaatregel heeft verkregen, ook wanneer voor de uitvoering daarvan géén termijn is gesteld. Naast de verwerking blijven ook hier andere sancties mogelijk, zoals de beperking van de vergoeding van de winnende partij omdat zij door haar processuele gedraging verzuimd heeft de schade te beperken, het veroordelen van deze partij tot (een gedeelte van) de reeds gemaakte kosten van onderzoek, het verbeuren van haar recht om haar opmerkingen of die van haar technisch raadsman te bezorgen aan de aangestelde deskundige... Mutatis mutandis gelden deze beschouwingen ook voor allerlei andere termijnen die wettelijk bepaald zijn, ook al zijn zij niet op straffe van nietigheid voorgeschreven, bv. de termijn van vijftien dagen om het verzoekschrift tot summierere rechtspleging te verzenden (artt. 1339-1340 Ger. W.), de termijn van acht dagen om een deskundige te wraken (art. 970, tweede lid, Ger. W.) e.d.m.

Wat de termijnen om te concluderen¹⁸ betreft, werd een onderscheid gemaakt tussen die bepaald voor de eerste conclusie en die voor de aanvullende conclusies.

Voor de eerste conclusie werd in het preadvies als uitgangspunt genomen dat de partij die geen conclusie neemt binnen de wettelijke termijn (art. 748 Ger. W. juncto art. 51 Ger. W.) en daardoor de belangen van de wederpartij, die dit tijdig opwerpt, heeft geschaad, het recht verwerkt om te concluderen. Te late conclusies zijn principieel ontoelaatbaar en dienen uit het debat te worden geweerd. Deze regel dient wel (sterk) te worden genuanceerd, nu in de heersende opvatting de eis of het verweer normaal (dit is bv. niet zo wanneer de zaak slechts een kort debat vergt) in de vorm van schriftelijke conclusies moet geschieden om als betwisting te gelden. Dit impliceert dat de verwerking van het recht om te concluderen zeker niet lichtvaardig mag worden uitgesproken. Zo zal uiterste voorzichtigheid geboden zijn in die gevallen waarin de uitspraak geacht zal worden op tegenspraak te zijn geweest. Immers het recht om – in dezelfde aanleg – te betwisten wordt, aldus de rapporteur, maar verwerkt wanneer het niet uitgeoefend wordt binnen een *tweede* termijn, die pas loopt wanneer de eerste partij daartoe een vormelijk initiatief neemt. Dit is de regel vervat in art. 751 Ger. W. Nu er geen wettelijke bepaling van deze tweede termijn bestaat, is de rapporteur van oordeel dat de partij die een vonnis wil krijgen dat geacht wordt op tegenspraak te zijn geweest, er zich niet tegen kan verzetten dat een zelfs vlak vóór de sluiting van het debat neergelegde conclusie in beraad wordt genomen. Dit lijkt overigens ook de visie van ons hoogste hof te zijn. Daarnaast staan er volgens de preadviseur, ook nu reeds, andere sanctiemogelijkheden open tegen een weinig diligente procespartij. Zo zou de meest gerede partij, indien de wederpartij in gebreke blijft tijdig te concluderen, een voorschot of een voorlopige maatregel kunnen vorderen met toepassing van art. 19, tweede lid, Ger. W. Een tegeneis die niet binnen de termijn

om te concluderen is ingesteld, dient als onregelmatig beschouwd te worden wanneer de eiser afstand doet van gelding. Daarnaast mag die partij, nog steeds volgens de preadviseur, in beginsel (d.i. in zoverre de ingeroepen verwerking in overeenstemming is met de eisen van de goede trouw) vorderen dat de conclusie, die niet binnen de wettelijke termijn noch binnen vijftien dagen na de hare (zie art. 848, derde lid, Ger. W.) is neergelegd of meegedeeld, ontoelaatbaar verklaard worden tenzij door de wederpartij tijdig verlening van die termijn(en) werd aangevraagd. Immers, een tweede termijn moet behoudens tijdig verzoek alleen gegund worden voor een vonnis dat niet voor verzet vatbaar is.

Identieke principes dienen gevolgd te worden inzake een aanvullende conclusie. In beginsel kan enkel de ontdekking van een nieuw feit of stuk de overschrijding van de wettelijk bepaalde termijn van vijftien dagen rechtvaardigen.

Raadsheer Forrier trok in zijn repliek vrij sterk van leer tegen de door de preadviseur ontwikkelde stelling. De in het rapport voorgestelde toetsingscriteria zijn volgens hem in de praktijk erg moeilijk hanteerbaar. Er zal in het berechten ervan meer tijd kruipen dan in het beslechten van de grond van de zaak. Vanuit deze pragmatische overwegingen kante hij zich tegen het voorgestelde sanctiesysteem. M.E. Storme antwoordde hierop dat elke veralgemening uit den boze is en dat hij in zijn rapport steeds heeft benadrukt dat de concrete omstandigheden, eigen aan iedere zaak, dienen te worden onderzocht alvorens eventueel tot een sanctie over te gaan.

Een aantal deelnemers waren van oordeel dat dit een zinloze discussie betrof, nu de rechtbanken niet langer behoorlijk functioneren en een uitstel op korte termijn veelal onmogelijk is. Terloops werd ook gewezen op de in art. 1066 Ger. W. bepaalde termijn van drie maanden binnen welke zaken, die via het zgn. versneld hoger beroep worden ingeleid, dienen te worden behandeld. Sinds de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek wordt deze termijn niet nageleefd.

Door de voorzitter werd aan de vergadering de vraag gesteld of de in art. 1580 Ger. W. bedoelde termijn («Binnen een maand na de overschrijving van het beslag dient de schuldeiser bij de rechter een verzoekschrift in tot benoeming van een notaris belast met de veiling van de in beslag genomen goederen en met de verrichtingen tot rangregeling») als een zgn. «verwerkingstermijn» zou kunnen worden gekwalificeerd. Onmiddellijk werd hierop gerepliceerd dat dit volkomen afhankelijk is van de omstandigheden van de zaak. Partijen kunnen bv. onderhandelingen hebben aangeknoopt, waardoor men er belang bij heeft het dossier even te laten rusten. Meer discussie bestond er i.v.m. de termijn waarbinnen het verzoekschrift strekkende tot een summierere rechtspleging om betaling te bevelen dient te worden neergelegd. De wettelijk niet gesanctioneerde termijn van vijftien dagen werd door een deelnemer, gelet op het normdoel van deze snelle rechtspleging, zonder meer als een vervaltermijn beschouwd, hetgeen eventueel ambtshalve door de rechter moet worden opgeworpen. Anderen zagen er daarentegen hoogstens een moraliteits- of aanwijzingstermijn in. Een en ander leidde ertoe dat de opportuniteit van een aantal termijnen (bv. de geldigheidsduur van een beslag (drie jaar), die als té lang werd ervaren) ter discussie werd gesteld. Verscheidene aanwezigen signaleerden ook praetoriaanse

¹⁸ Nrs. 66-69 preadvies.

ontwikkelingen inzake termijnen. Zo is het in de Rechtbanken van Koophandel van Antwerpen en Brussel het gebruik om de schuldeiser, die overeenkomstig de wetten van 1872 en 1919 de toestemming verkrijgt om over te gaan tot verzilvering van het pand, de verplichting op te leggen om dit binnen een termijn van zes maanden te doen na het verlenen van de beschikking daartoe. Het vormdoel van deze termijn is elk verrassingseffect (bv. ingevolge van een lange periode van inactiviteit vanwege de schuldeiser) te vermijden. Dat hiermee de billijkheid wordt gediend hoeft geen betoog. Het zou bij de Antwerpse rechtbanken eveneens de gewoonte zijn dat, wanneer een partij toegelaten wordt tot het getuigenverhoor, haar meteen de verplichting wordt opgelegd om binnen een termijn van twee maanden de lijst der getuigen neer te leggen, waarna het verhoor wordt georganiseerd. Voor de Gentse Rechtbank van Eerste Aanleg daarentegen wordt niet langer de datum bepaald waarop het verhoor zal plaatsvinden. Vaak wordt hiervan misbruik gemaakt om de zaak te rekken om hierdoor bv. verder van het onderhoudsgeld te kunnen profiteren. In het licht van deze voorbeelden werd de vraag gesteld of het eigenlijk wel aan de rechters toekomt om ambtshalve bepaalde termijnen op te leggen. Hierop werd vrijwel unaniem ontkennend geantwoord. Gesteld werd dat een partij die met een manifest misbruik wordt geconfronteerd (bv. hoger beroep wordt aangetekend tegen een zitting die meer dan zes maanden verwijderd is) zelf de nodige stappen moet doen om hiertegen te ageren (bv. door die zaak binnen een normale termijn in te leiden).

Wat specifiek de termijnen om te concluderen betrof, verwees raadsheer Forrier andermaal naar de bovenvermelde pragmatische beschouwingen. In combinatie met de vaststelling dat de wettelijke termijnen om conclusie te nemen in de praktijk niet realistisch zijn, kon hij niet met de zienswijze van de rapporteur instemmen. Er zou daarentegen, aldus de respondent, van moeten worden uitgegaan dat een partij te goeder trouw handelt. Dit zal uiteraard impliceren dat pleitzaken soms dienen te worden uitgesteld. Nog steeds volgens raadsheer Forrier betekent dit niet noodzakelijk dat er «verloren» zittingen zullen zijn.

Een aantal deelnemers meenden toch dat de sanctie van het uit het debat weren van te late conclusies meer aangewezen is, in het bijzonder wanneer uit het procesverloop blijkt dat de betrokken partij steeds heeft gepoogd dit te vertragen. Een lid pleitte voor het oplossen van dit probleem via schadevergoeding, hetgeen echter tot een bijkomende procedure noopt.

Goede trouw en het bewijs

5. De eerste vraag m.b.t. goede trouw in het bewijsrecht handelde over de begrippen bewijslast en bewijsrisico¹⁹. Onder dit laatste begrip (ook «objectieve bewijslast» genoemd) wordt niet verstaan wie moet bewijzen, maar wie het risico draagt dat een bepaald rechtsfeit niet bewezen geraakt. Over het bewijsrisico wordt uiteraard slechts gesproken nadat de betwisting in meerdere geschilpunten is gesplitst en de bewijsmiddelen zijn gewaardeerd, m.a.w. pas op het einde van het geding. De «subjectieve» bewijslast (door de preadviseur ook «bewijsObliegenheiten» genoemd) be-

treft de lasten om bewijsmateriaal aan te schaffen of aan te brengen. Volgens de preadviseur dient deze algemene bewijslast voor elk soort rechtsfeit te worden gespecificeerd tot een specifieke bewijslast voor de meest geschikte partij volgens de aard van de feiten en de partijverhouding. In termen van bewijslast is het derhalve niet voldoende te stellen dat een partij «dé» bewijslast draagt, maar moet men specificeren welke bewijslast zij draagt. Hierin kan dan een onderscheid²⁰ gemaakt worden tussen:

- de materieelrechtelijke bewijslasten, die met de materieelrechtelijke verhouding samenhangen en aangeven wie in het algemeen de meest geschikte partij is om een bepaalde soort rechtsfeit te bewijzen;
- de uit de aanvoeringslast voortvloeiende last om voldoende bewijsmaatregelen te suggereren;
- de procesrechtelijke last om mee te werken aan de bewijsvoering, ongeacht de twee vorige.

De vraag werd gesteld of de bewijslast c.q. het bewijsrisico principieel dient te worden gelegd op de partij die de meest geschikte was om bewijsmateriaal te verzamelen. In het preadvies werd eraan herinnerd dat deze beoordeling in beginsel geschiedt aan de hand van ervaringsregels, maar dat voor bepaalde rechtsfeiten de wet (bv. artt. 331^{septies} e.v., 1315, 1341, 2279 B.W.) of de overeenkomst de bewijslast bepaalt. Volgens de preadviseur is niet de processuele positie van een partij (eiser, verweerder) bepalend om aan te tonen welke bewijslast zij draagt, maar wel haar positie ten gronde. Eén van de factoren die bij de bewijslastverdeling moet meespelen is de *geschiktheid* van een partij om zich een bepaald bewijs te verschaffen.

Deze visie werd, zowel door de respondent als door een belangrijk gedeelte van de vergadering, beaamd. Gesteld werd dat degene die ervoor in de beste positie verkeert (bv. omdat hij over de grootste technische kennis of de beste middelen beschikt), het bewijs moet leveren. Gewezen werd op de absolute noodzaak van samenwerking tussen partijen. De (soms erg) vergaande consequenties van deze stelling lokte bij een aantal deelnemers bedenkingen uit. Zo werd geopperd dat het toch niet opgaat dat een milieuverontreinigend bedrijf aan de hand van zijn gedetailleerd productieschema zelf zou moeten aantonen hoe de verontreiniging precies ontstaat²¹ of dat een verweerder verplicht zou kunnen worden de getuigen aan te wijzen die de stelling van de eisende partij kunnen staven.

6. Het laatst behandelde vraagpunt betrof de taak van de rechter bij verstek²². In een eerste deel werd gevraagd of het verstek als een betwisting kan worden beschouwd, zodat de rechter verplicht is naast de behoorlijke oproeping, de bevoegdheid en de toelaatbaarheid ook nog de gegrondheid van de eis te onderzoeken.

In het preadvies werd gesteld dat het de rechter niet toekomt, in verhoudingen die ter vrije beschikking staan van partijen, af te wijzen wat gevorderd en niet betwist wordt, zelfs indien de eiser onvoldoende rechtsfeiten zou aanvoeren waaruit het door hem gevorderde naar recht zou kunnen worden afgeleid. Deze regel geldt, aldus de preadviseur, ook

²⁰ Nrs. 124-131 preadvies.

²¹ Brussel, 2 november 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1475; *Journal des procès*, nr. 161, 30, noot JADOT, B. en Ost, F.; nrs. 1 en 117 preadvies.

²² nr. 100 preadvies.

¹⁹ Nrs. 110-116 preadvies.

in geval van verstek en wel om twee redenen. Allereerst is het niet aanvaardbaar dat een partij die verstek laat gaan, zich bewijsrechtelijk in een betere positie zou bevinden dan de partij die verschijnt zonder te betwisten, of zelfs dan de partij die verschijnt en betwist. Daarenboven volgt ook uit art. 774, tweede lid, Ger. W. dat de rechter de gegrondheid van de eis niet mag onderzoeken bij verstek. Immers, de rechter die wél de gegrondheid van de vordering mag onderzoeken moet, alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de verweerder niet had ingeroepen, het debat heropenen, hetgeen volstrekt zinloos is in geval van verstek.

Respondent Forrier was een zelfde mening toegedaan. De rechter moet in geval van verstek enkel die punten nakijken die de openbare orde of de goede zeden aanbelangen. Naast de door de preadviseur ontwikkelde argumenten wees hij erop dat het met onze rechtsopvatting strijdig is dat een (deel van een) vordering wordt afgewezen zonder dat de eisende partij weerwerk heeft kunnen bieden. Ook vanuit het kostenooipunt verdient deze opvatting de voorkeur. Immers, de afgewezen eiser zal zich in beroep voorzien, hetgeen voor de (meestal afwezig blijvende) wederpartij louter in bijkomende kosten resulteert. Zo een rechter dan toch van oordeel is dat hij de gegrondheid van de vordering dient na te gaan, moet hij in elk geval, alvorens een (gedeelde van de) eis af te wijzen, het debat heropenen om nodeloze kosten in hoger beroep te vermijden.

Drie vierde van de deelnemers betuigden, bij een door de voorzitter uitgelokte stemming, hun akkoord met de stelling van M.E. Storme en respondent Forrier. In de praktijk (vnl. die van de vredegerichten) blijkt een strikte toepassing van voormelde regels soms wel eens moeilijk uit te vallen (vnl. t.a.v. minder begoede burgers). Een magistraat wees er echter op dat het aan een rechter niet toekomt zich als adviseur van een partij op te stellen en nog minder te handelen als advocaat van die partij. De Nederlandse deelneemster beklemtoonde dat in haar land de rechter wél een marginale toetsing van de aanspraak mag uitvoeren in geval van verstek.

In het tweede gedeelte van dit vraagpunt werd de door de rechter aan te nemen houding nagegaan t.a.v. regelmatig neergelegde conclusies van een partij die evenwel ter zitting verstek laat gaan. Naar het oordeel van de preadviseur vormt een, in de gedinginleidende akte of ter griffie neergelegde conclusies, opgeworpen middel een betwisting van de eis of het verweer en is de rechter steeds verplicht dit te onderzoeken. Hij argumenteerde dat de cassatierecht-spraak, die net het tegenovergestelde poneert, vol onaanvaardbare tegenspraak zit.

Raadsheer Forrier van zijn kant was van oordeel dat het lezen van deze stukken weinig zinvol is, nu men veelal niet over de (bewijs)stukken beschikt waarop de afwezige partij zich beriep. Hij gaf, na enige reacties vanwege de deelnemers, wel toe dat deze conclusies bijna altijd worden gelezen en dat bij de besluitvorming soms wel eens een deel van de argumentatie ervan «blijft hangen».

P. TAE LMAN

Algemeen verslag van het XXXIVe Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging te Gent op 28 april 1990

Met voorbeeldige regelmaat voltrekt zich om de twee jaar het wondere gebeuren dat, verlokken de lentelijke hori-
zonten ten spijt, de juridische familie verzamelen blaast en met honderden de gelederen sluit rond een zeer rechtsgeleerd thema en veel wederzijdse vriendschap.

In de stemmige ruimten vol waardigheid en geschiedenis van het Pand sprak prof. dr. L. De Meyer, rector van de R.U.G., een welkomstgroet bij wat hij een van de belangrijkste juridische evenementen in het Vlaamse land noemde. Hij wees erop dat het recht tevens billijk moet zijn om een harmonieuze samenleving te waarborgen. Op basis van de billijkheidsnorm kan de rechter matigend optreden wanneer de toepassing van contractuele bedingen al te zwaar of onredelijk voor een der partijen voorkomt, hoewel voorvechters van de rechtszekerheid vrezen dat deze aldus in het gedrang kan worden gebracht. Prof. De Meyer verheugde zich over het bestuderen door dit congres van de autonome rol van de goede trouw in vele aspecten van het recht.

Hij opende het congres en wenste het vruchtbare besprekingen toe.

Prof. H. Bocken, congresvoorzitter, dankte de rector en de diensten van de Universiteit, die zoveel bijdroegen tot efficiënte organisatie van deze dag. Hij wees op het groeiend toezicht van de rechter op de inhoudelijke rechtvaardigheid van contracten. De wetgever immers liet de rechter buiten spel staan, en normeerde enkel de wilsovereenstemming en de conformiteit van het contract met de goede zeden. De rechter schiep het instrumentum, dat het mogelijk maakt een jurisprudentiële creatie, precontractuele aansprakelijkheid, op te leggen — met name het betonen van een redelijke zorg voor het belang van de medecontractant — en in te grijpen in geval van rechtsmisbruik. Aldus worden lacunes in de wettelijke regeling gevuld met bouwstenen van buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. De verschillende facetten van het congres-thema werden schitterend behandeld in even zo vele preadviezen, terwijl de respondenten nog meer discussiematerie aanvoerden, en met de sectievoorzitters vraagpunten opstelden, dienstig als leidraad bij de besprekingen.

Prof. Bocken prees wetenschappelijk niveau, inzet en stiptheid van rapporteurs en respondenten, sectievoorzitters en -secretarissen.

Het is gewis geen gemeenplaats te stellen dat bij de uiteenzettingen in elk der afdelingen dit hoog wetenschappelijk peil werd gehandhaafd, recht evenredig met levendigheid en felheid van pleidooien voor soms zeer uiteenlopende standpunten. IJverige secretarissen notuleerden, en de neerslag van hun vlijt en van die van de deelnemers op en vóór het podium worden in het *Rechtskundig Weekblad* gepubliceerd.

Op de academische zitting mocht prof. dr. M. Storme, voorzitter van de Vereniging, de heer Suyver, ondervoorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging, begroeten. Als feestredenaar leidde hij stafhouder senator Frans Baert in, die in 1956 in zijn openingsrede een juridisch novum behandelde: de goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten. De eminente spreker verkeerde derhalve in een uitstekende positie om de ontwikkeling van dit principe over meer dan dertig jaar te schetsen.

In navolging van het Duitse en Nederlandse voorbeeld drong de toepassing van het goede-trouwbeginnsel in de zestig jaren door tot de rechtspraak.

De rechtsleer volgde op het einde van de zeventiger jaren, en toen kwamen omschrijving en toepassingen van het beginnsel in een stroomversnelling. Thans beleven we een hoogconjunctuur van de toepassing van de goede trouw.

Niettemin is de schone slaapster van weleer nog geen toverfee geworden: hiertoe zouden, naar Nederlands model, bepalingen die de goede-trouwtoepassing consacrerende, in het Burgerlijk Wetboek moeten worden opgenomen. Aldus zou de wetgever op duurzame en algemene wijze inspelen op de bestaande ontwikkelingen.

Intussen zal de rechter behoedzaam tewerkgaan, en nooit persoonlijke opvattingen laten doorwegen. Het toetsingsrecht van het Hof van Cassatie vormt hierbij een belangrijke waarborg.

Het veralgemenen van de regel van de goede trouw kan soms wellicht de rechtszekerheid verzwakken, maar maakt het recht menselijker en socialer, wat onze uiteindelijke taak is in een maatschappij waar de sterken sterker en de zwakken zwakker worden.

De volledige tekst van deze feestrede wordt opgenomen in het *Rechtskundig Weekblad*. Het is een schitterend pleidooi, gesteld in een uiterst verzorgde, geciseleerde taal, de faam van de spreker als bedachtzaam en enthousiast promotor van positieve ideeën, én als bijzonder boeiend redeenaar waardig.

Prof. M. Storme, voorzitter van de Vereniging, dankte allen, die dit congres hebben mogelijk gemaakt en het zijn allure verleenden: congresvoorzitter prof. H. Bocken en congressecretaris prof. W. De Bondt, rapporteurs, respondenten, sectievoorzitters en -secretarissen.

Hij had een bijzonder woord van lof voor de feestredeenaar, die hij dankte voor zijn inspirerende synthese.

Tevens drukte hij de hoop uit dat degelijke juristen impact zouden uitoefenen op de kwaliteit van het wetgevend werk, een macrocosmos uitbouwen waarin de goede trouw een belangrijke functie zou vervullen.

Een driedubbele zorg moet voor ogen worden gehouden: om de Belgische rechtsgemeenschap, om de institutionele strategie en om gebruik en misbruik van juristen.

Met Juvenalis stelde hij de vraag: «Wie beschermt de beschermers?», en hij verwierp stellig elke vorm van politieke inmenging en controle bij benoemingen en functioneren van het gerechtelijk apparaat.

Het wekt bezorgdheid vast te stellen dat het Parlement niet in staat is een consensus te bereiken over de derde fase van de staatshervorming, en men kan zich afvragen wanneer de eindvoltooiing hiervan zal worden voorbereid in overleg met de levende krachten van de natie en de verantwoordelijke politici.

Prof. Storme wees erop dat juristen de taak hebben te realiseren wat de maatschappij naar meer gerechtigdheid kan voeren.

Ondanks ernstige bekommernissen is er ook grote vreugde omdat de 105-jarige Vereniging uiterst actief is: er werden vergaderingen belegd met de Belgische Vereniging voor Europees Recht en in het kader van Flanders Technology, er kwam internationale samenwerking tot stand, en het tijdschrift *Vlaams Jurist Vandaag* verschijnt driemaandelijks dank zij een dynamische redactie.

Juristen moeten geloven in de kracht van het recht en in het geleidelijk verwezenlijken van de droom van gerechtigdheid. In het nieuwe Europa met verscheiden rechtsculturen zal de Vlaamse jurist een functie vervullen van harmonisering en synthese, indachtig de woorden van Thorbecke dat het recht algemene beginselen in zich draagt die een wereldkracht zijn geworden en die geen macht straffeloos kan verzaken.

De vreugde om een geslaagd congres animerende de receptie en een heerlijke boottocht-met-buffet op de Leie. En terwijl lentelijke landschappen voorbijgleden, Ruysdael waardig, culmineerde ze in toasts van eredecken G. Franck en rechter D. Van Dorpe, sprankelend en geestverheugend als de wijn in de glazen.

Na een al dan niet vernieuwde verkenning van het museum Dhont-Dhaenens te Sint-Martens-Latem zette een bezoek aan de Floraliën de bloemenkroon op het werk van deze congresdag en op de promotie van zoveel wederzijdse goede trouw.

M. CLAESEN

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 FEBRUARI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Krings, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Delafontaine en Claes Bouuaert

Inkomstenbelastingen – Bedrijfsverlies – Begrip

Een bedrijfsverlies in de zin van de artt. 43 en 114 W.I.B. is het negatief saldo van een of meer bepaalde activiteiten tijdens een bepaalde belastingperiode. Ingevolge art. 44 maakt het verlies opgeleverd door een in een bepaalde belastingperiode werkelijk gedane verrichting met bedrijfskarakter een bedrijfslast van die belastingperiode uit.

N.V. S. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 25 oktober 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat het geschil betrekking heeft op de kwestie of eiseres, die in de jaren 1966 tot 1974 bepaalde uitgaven, namelijk speciale bijdragen voor de sociale zekerheid, niet in haar belastingaangifte had opgegeven maar ze integendeel in haar jaarrekeningen als activa had geboekt, gerechtigd is het gecumuleerde bedrag van die uitgaven als bedrijfsverlies van het jaar 1975, aanslagjaar 1976, te beschouwen, nu zij in dat jaar de bedoelde niet bestaande activa had afgeboekt; dat het middel stelt dat eiseres vorenbedoeld betwist recht bezit;

...

Overwegende dat een bedrijfsverlies in de zin van de artikelen 43 en 114 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen het negatief saldo is van een of meer bepaalde activiteiten tijdens een bepaalde belastingperiode; dat, ingevolge artikel 44 van hetzelfde wetboek, het «verlies» opgeleverd door een in een bepaalde belastingperiode werkelijk gedane verrichting met bedrijfskarakter, een bedrijfslast van die belastingperiode uitmaakt;

Overwegende dat de vaststellingen van het arrest inhouden dat de litigieuze boeking van 1975 bedrijfsuitgaven betreft die in werkelijkheid in de loop van de jaren 1966 tot 1974 zijn gedaan;

Dat het arrest derhalve naar recht beslist dat het gecumuleerde bedrag van die bedrijfsuitgaven in 1975 niet als een bedrijfsverlies in aanmerking kan worden genomen; dat het arrest aldus de artikelen 43, 44 en 114 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet schendt;

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

1e KAMER – 1 FEBRUARI 1990

Voorzitter: de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Cloostermans, Walraet, Boeykens en De Voecht

Advocaten: mrs. Schuermans en Aerden

Bescherming van het loon – Loon – Niet-betaling – Misdrijf – Aard – Bewijs – Bewijslast – Rechtvaardigingsgrond

Niet-betaling, door de werkgever, van het loon dat op gezette tijden verschuldigd is, is een niet opzettelijk misdrijf. De werknemer die zich op dat misdrijf beroept, moet de materialiteit van de feiten bewijzen.

Indien de werkgever een geloofwaardige rechtvaardigingsgrond aanvoert, moet de werknemer die zich op het misdrijf beroept, de afwezigheid van die grond bewijzen.

G. t/ Van W.

Overwegende dat het niet betalen door de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber, op de daartoe door de wet be-

paalde tijdstippen van het op gezette tijden verschuldigd loon, een misdrijf is luidens de artikelen 9 en 42, 1°, van de Loonbeschermingswet van 12 april 1965; dat het niet betalen door de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber, van de in een algemeen verbindend verklaarde C.A.O. bepaalde minimumlonen ook een misdrijf is, op basis van artikel 56 van de C.A.O.-wet van 5 december 1968;

Overwegende dat die misdrijven slechts als bewezen kunnen worden verklaard als het moreel bestanddeel aanwezig is, namelijk de schuld of de fout van de dader; dat voor die misdrijven niet vereist is dat de dader opzettelijk heeft gehandeld; dat bij deze niet-opzettelijke misdrijven de vervolgende partij of de partij die zich op het misdrijf beroept, de materialiteit van de feiten moet bewijzen; dat, wanneer bewijs is geleverd, de schuld van de dader vermoed wordt; dat indien de dader een omstandigheid inroept die zijn fout uitsluit, het aan hem staat het wettelijk vermoeden om te werpen (Cass., 20 september 1954, *A.C.*, 1955, 14); dat, wanneer de werkgever, aangestelde of lasthebber een grond van rechtvaardiging inroept, zoals bijvoorbeeld overmacht, en wanneer die bewering niet ontbloomt is van elk element van geloofwaardigheid, het aan het openbaar ministerie of aan de partij die het misdrijf aanvoert, staat de onjuistheid van de bewering te bewijzen (Cass., 24 juni 1957, *A.C.*, 1957, 900, met noot);

Overwegende dat geïntimeerde achterstallig loon vordert vanaf 24 januari 1983; dat, daar de vordering met betrekking tot het achterstallig loon pas bij conclusie van 4 mei 1988 *ex delicto* werd ingesteld, de vordering met betrekking tot de periode voor 4 mei 1983 verjaard is, tenzij het *in casu* om een voortgezet of collectief misdrijf zou gaan;

Overwegende dat het gepast is de debatten te heropenen teneinde geïntimeerde in de gelegenheid te stellen een juiste afrekening met betrekking tot achterstallig loon in zijn conclusie op te stellen, op basis van de loonschalen voor de teknaars-categorie 2, als bepaald in de C.A.O.'s van het Paritair Comité nr. 209 voor de Metaal-, Machine- en Elektrische Bouw, waaruit dan zou kunnen blijken dat appellant zich, tijdens de tewerkstelling van geïntimeerde, schuldig heeft gemaakt aan voormelde misdrijven;

...

BOEKEN

J. DE GROOF, **De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs. De schoolvrede en zijn toepassing**, met woord vooraf van J. Mertens de Wilmars, Brussel, E. Story-Scientia en Cepess, 1989, XVI + 233 blz. (Franse titel: *La révision constitutionnelle de 1988. La paix scolaire et son application*, zelfde uitgevers).

De eerste volledige commentaar op de nieuwe grondwetsartikelen die betrekking hebben op het onderwijs, behandelt achtereenvolgens: de nieuwe bevoegdheidsverdeling van art. 59bis Gw., de vrijwaring van de onderwijsvrijheid en de onderwijsgelijkheid in art. 17 Gw. en de grondwettelijke afdwingbaarheid van de grondrechten inzake onderwijs, neergelegd in art. 107ter Gw.

Zoals elk boek van J. De Groof is ook dit werk uitvoerig gedocumenteerd, met heel wat voorgeschiedenis. Regelmatig merkt men ook dat de auteur over inside informativa beschikt m.b.t. de beslissende fase van de regeringsonderhandelingen. De verwijzingen daarnaar zijn soms kryptisch omdat de auteur niet man en paard

noemt. Hij spreekt van «een bepaalde zijde» (p. 219), «de politieke formatie die sterk voorstander was van dergelijke nuancerings» (p. 120-121), enz. Dit versluiert spreken is wellicht te begrijpen als een lovenswaardige — het boek is mede uitgegeven door Cepess — maar o.i. minder gelukkige poging van de auteur om afstandelijkheid te bewaren. Daarmee gaat ook een kans om een eerste aanzet te bieden voor later historisch onderzoek over deze belangrijke maanden van besprekingen wat verloren.

Wat de eigenlijke probleemstelling betreft, neemt de auteur wel een duidelijk standpunt in. Art. 17 Gw. overstijgt fundamenteel de tijdsgebonden formuleringen van de opeenvolgende schoolpactakkoorden en kan de verder schrijdende evolutie zeker niet beletten. Van hieruit wordt een radicale interpretatie verdedigd i.v.m. neutraliteit, internaten, gelijke behandeling van onderwijsinstellingen op basis van objectieve normen. Een aantal van de door de auteur verdedigde stellingen zullen in het juridisch-politieke debat aangevochten worden. Toch volgt veel van wat de auteur hieromtrent stelt, o.i. rechtstreeks uit het terechte uitgangspunt. Het herschrijven van de politieke garanties in open grondwettelijke termen maakt dat deze garanties noodzakelijk een eigen gewicht krijgen dat niet te reduceren is tot wat in de voorafgaande stadia met de schoolpactakkoorden was bereikt. Het valt op hoezeer, in de parlementaire behandeling van het nieuwe artikel 17, velen moeite hebben om te beseffen dat het deze keer niet om een nieuw schoolpactprotocol gaat, maar om een grondwetstekst. Anderzijds moet worden toegevoegd dat de nieuwe teksten zelf tekenen dragen van de oude strijdpunten en op die manier aanknopingspunten bieden om in het oude spoor door te gaan.

Volgens art. 17, § 1, derde lid, houdt de neutraliteit «onder meer» in de eerbied voor een ieders opvattingen. Iedereen weet dat in het schoolpact de neutraliteit ook een voorrang inhoudt voor gediplomeerden uit het niet-confessioneel onderwijs. In de debatten rond art. 17 wordt dit bevestigd maar tegelijkertijd wordt geprobeerd om te doen geloven dat de betwiste reserve «onder meer» onschuldig is. Het zou de bedoeling zijn dit criterium te vervangen en overbodig te maken door een open neutraliteitsbegrip. Hoezeer de politici hangen tussen oud en nieuw, blijkt uit een verklaring van de gemeenschapsminister van Onderwijs in het debat in de Vlaamse Raad over het ARGO-decreet, waar ook de neutraliteitsverklaring aan de orde was: «Inzake het diploma-criterium blijven de huidige bepalingen van toepassing. Alhoewel dit criterium niet voldoet is het toch niet van iedere zin ontbloot... *Het diploma-criterium*, dat nooit een wettelijk criterium was, wordt in de toekomst volledig ongrondwettelijk. Niettegenstaande het een bepaalde waarde en betekenis had, kan het niet meer worden aangehouden. Men zal conform de nieuwe grondwetsartikelen, innovierend te werk moeten gaan. Dit zal echter een zekere tijd vragen waarbij vermoedelijk een evolutie in de geesten zal optreden. Dit werd bewust door de ondertekenaars van het Politiek Akkoord en door de Executieve gewild» (*Gedr. St., Vl. R.*, 1988-89, nr. 161-4, blz. 55-56; cursivering toegevoegd; met Politiek Akkoord is het onderwijsakkoord onder de Vlaamse partijen bedoeld). Tekenender kan het niet: de politici gunnen zichzelf de tijd om de grondwetsbepalingen in al hun radicaliteit uitvoering te geven. Een juridische analyse zoals De Groof die brengt, kan hier heilzaam en ontnuchterend werken. Het verzwezen diploma-criterium, dat o.i. schuilgaat achter het «onder meer» van art. 17, § 1, kon nog iets meer uit de verf komen dan dit bij De Groof gebeurt. O.i. is dit verzwezen diploma-criterium, nu zoals ten tijde van de schoolpactwet, de beslissende maar onuitgesproken verklaring waarom de neutraliteitsverplichting niet aan het gemeentelijk en provinciaal onderwijs wordt opgelegd. De Groof hecht meer belang aan de mogelijkheid voor een eigen opvoedingsproject van deze scholen, dat er is, maar dat er binnen de neutraliteit als erkenning van een ieders opvattingen nog zou zijn (zie blz. 101).

Het is bekend dat de Verklarende Nota van de regering de internaten uitsluit van de toepassing van de specifieke gelijkheidsbepaling van art. 17, § 4. Indien men de Verklarende Nota volgt, hebben concreet de internaten van het vrij onderwijs geen recht op een gelijke behandeling als de internaten van het gemeenschapsonderwijs. De Groof toont aan hoe onlogisch dit technisch-juridisch is. Internaten zijn al vast voor de toepassing van art. 59bis te beschouwen als onderwijsmaterie (cf. ook R. Verstege, «De Gemeenschappen bevoegd voor het onderwijs», *T.B.P.*, 1990, 21). En indien men al gehoor zou geven aan de Verklarende Nota, hoe ont-

komt men dan aan de artt. 6 en 6bis, Gw., die een gelijke behandeling voorschrijven en net als art. 17 Gw. voor het Arbitragehof afdwingbaar zijn? Wil men de grondwetgever op zo'n manier in zijn hemd zetten dat hij voor de internaten geacht wordt geen gelijke behandeling te hebben gewild onder art. 17, § 4, maar wel onder de artt. 6 en 6bis? De Verklarende Nota voor de internaten is o.i. niet anders dan als een achterhoedegevecht — in de achterhoede kan zwaar en voor een grote inzet gevochten worden — te begrijpen. In een politiek akkoord is het mogelijk om verdragende algemene beginselen te onderschrijven en tegelijkertijd in te perken. Maar een grondwetstekst en de interne samenhang van grondwetsteksten kan moeilijk door een tegenbrief worden ontkracht.

Over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel vindt men nog meer behartenswaardige overwegingen bij De Groof. In een wel erg strakke ontleding worden alleen karakteristieken die volgen uit een verschil in de juridische natuur van de instellingen erkend als objectieve verschillen die een uiteenlopende behandeling kunnen verantwoorden. Zonder vooruit te lopen op wat een levende interpretatie kan bieden, is het toch nuttig erop te wijzen hoe men reeds aan het begin van deze eeuw in Nederland gekomen is tot een volkomen gelijke behandeling van alle scholen. Ook hier zal zich nog een ontwikkeling in de geesten moeten voordoen. Men kan verwachten dat de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel, die zich buiten de conflictmaterie van art. 17 heeft ontwikkeld rond de artt. 6 en 6bis Gw., ook heilzaam en bevruchtend zal werken op de interpretatie van art. 17, § 4. In die zin kan de samenhang tussen art. 17 en de artt. 6 en 6bis terecht worden benadrukt.

Verrassend en ongelukkig is de stelling van De Groof dat ook voor een beroep bij het Arbitragehof deze binding tussen de artt. 6, 6bis en 17 Gw. bestaat. Zowel het Arbitragehof als de Raad van State aanvaarden een zelfstandige toetsing aan de artt. 6 en 6bis Gw., en ook intrinsiek zijn de door De Groof voor zijn stelling aangehaalde argumenten niet overtuigend. Deze bladzijden lijken al te vlug geschreven.

Nog andere bladzijden vertonen tekenen van haast. Wanneer de auteur de autonomie van het vroegere rijksonderwijs behandelt, geeft hij soms uitvoerig inzage van zijn rijke documentatie over de voorgeschiedenis, maar gekomen aan het ARGO-decreet wordt het verhaal abrupt stopgezet «in het licht van de beperkte opzet van deze studie» (blz. 171). Elke lezer van zijn boek had ongetwijfeld de voorkeur gegeven aan (zo nodig) een kortere schets van de voorgeschiedenis en minstens een summier weergave van de inhoud van het decreet van 19 december 1988. Hier en daar is ook nu nog een verkeerde lezing van het handschrift in de tekst blijven hangen (bv. blz. 141: weigeringsbeschrijving i.p.v. weigeringsbeslissing; blz. 142: exameninstellingen i.p.v. examenvrijstellingen; blz. 147, vn. 399: zie nr. 187 i.p.v. 176; blz. 148: «argumentarium» (of is dit een neologisme?), enz.). De stijl is soms stroef en de formulering wel eens ongelukkig: het Schoolpact heeft geen bestaansrecht meer (blz. 149); een politieke stelling die zich in rechte geen bestaansrecht heeft eigen te maken (blz. 151), enz.

Niettegenstaande enkele tekorten zal ook dit werk van De Groof in de praktijk een erg nuttig werkinstrument blijken te zijn. Sommige radicale interpretaties van de auteur zullen als gezegd, niet of niet onmiddellijk door iedereen worden gevolgd. Met het grondinzicht van de auteur dat het nieuwe art. 17 geen bevestiging van de schoolpactakkoorden kan zijn, stemmen wij in. Soms zal de terugkeer naar die akkoorden onmisbaar zijn voor een goed begrip van de teksten. Maar ook de Verklarende Nota zegt bv. dat de garantie van vrije keuze *onder meer maar niet uitsluitend* te lezen is in termen van confessioneel en niet confessioneel onderwijs. Ook dit aspect wordt door De Groof radicaal geduld. Volgens hem staat het hanteren van het levensbeschouwelijk karakter als instrument van organisatie en planning van het onderwijs op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel, en hij formuleert de stelling dat het hanteren van een levensbeschouwelijk criterium ongrondwettig is (blz. 143-144). Wat de grondwettelijk gegarandeerde vrije keuze dan allemaal kan inhouden wanneer die loskomt van de schoolpacttermen, is op dit ogenblik totaal niet te overzien. Wij moeten wel denken aan het bekende arrest Meetjesland van de Raad van State, dat het had over compromissen die de schoolvrede betaalbaar en beheersbaar moeten maken. De herziene grondwet is geen eindpunt, wel een nieuw begin. Dat heeft ook De Groof nu wel duidelijk gemaakt.

R. Verstege

J. JACOMAIN, *Le statut social des apprentis des classes moyennes*, Brussel, Service Droit des Jeunes de Bruxelles, 1990, 78 p.

Het arbeidsrecht kent een aantal bijzondere groepen met een in brede kring minder bekend sociaal statuut. We denken hier aan binnenschippers, havenarbeiders, enz. Ook leerlingen kunnen tot deze categorie worden gerekend. Telkens wanneer de niet-gespecialiseerde jurist met een probleem dienaangaande wordt geconfronteerd, voelt hij het gebrek aan lectuur ter zake aan. Tot voor kort kon alleen de zeer gedetailleerde bijdrage van G. Verhaegen in het losbladige *Arbeidsrecht C.A.D.* (Blanpain, R. (red.), Brugge, Die Keure), als leidraad worden gebruikt. Daar de studie sinds 1982 niet meer werd bijgewerkt, is ook deze informatie niet langer up to date.

Het initiatief van het Brusselse *Service Droit des Jeunes* om een publikatie te wijden aan één facet van de tewerkstelling van jongeren, namelijk de leerovereenkomst in het kader van de middenstandopleiding, komt dan ook op het juiste ogenblik. Het feit dat Jean Jacmain tekent, biedt daarenboven de garantie dat het werk ook wetenschappelijk verantwoord is.

In ongeveer tachtig bladzijden schetst deze auteur een zeer duidelijk beeld van de huidige stand van zaken. Dit is zeker geen sinecure als men weet dat ook op dit terrein een wisselwerking bestaat tussen het nationale en het gemeenschapsrecht.

Achtereenvolgens worden alle aspecten van de leerovereenkomst in de middenstand, de arbeidsbeschermende maatregelen en de sociale zekerheid belicht.

Het geheel wordt afgesloten met de gecoördineerde tekst van het M.B. van 27 oktober zoals van kracht in de Franse gemeenschap. De wijzigingen aangebracht door de Vlaamse en Duitse gemeenschap worden eveneens vermeld.

Een zeer gedetailleerde index en een uitgebreid voetnotenapparaat dragen ertoe bij dat we dit uniek en handig werkinstrument warm kunnen aanbevelen.

P. Humblet

AANGEKONDIGD

W. BORST, *Inleiding tot het strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi, ca. 190 p.

J. CORBET, *Auteursrecht*, in A.P.R., Brussel, ca. 250 p.
M. DASSESSE en P. MINNE, *Droit fiscal*, Brussel, Bruylant, 884 p., 7.400 fr.

H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Les personnes, 4de herziene uitgave door J.P. Masson, Brussel, Bruylant, 12.000 fr.

F. DE VRIES, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, (diss. Leiden), Zwolle, Tjeenk Willink, ca. 275 p.

T.J. MELLEMA-KRANENBURG, *De actio pauliana naar B.W. en N.B.W.*, Zwolle, Tjeenk Willink, 100 p.

J. REMMELINK, *Uitlevering*, Arnhem, Gouda Quint, ca. 340 p.

P. VAN PETEGHEM, *De Raad van Vlaanderen en staatsvorming onder Karel V (1515-1555)*, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut, ca. 600 p.

M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling*, in A.P.R. (nieuwe herwerkte uitgave).

Wetboek van Koophandel & Aanvullende Wetten, Antwerpen, Maklu, derde editie, 695 fr.

MEDEDELINGEN

Zomercursus van de Faculté Internationale de droit comparé

De *Faculté Internationale de droit comparé* organiseert een zomercursus in de Rechtsfaculteit van 16 juni tot 4 augustus 1990. Gedurende drie weken worden dagelijks colleges gegeven door buitenlandse professoren over de romanistische rechtsstelsels, de common

law, de socialistische rechtsstelsels, enz. De talen zijn *Engels, Frans en Duits*. De eerste en tweede sessie leiden tot een diploma in de rechtsvergelijking.

Inschrijvingen bij Prof. A. Rieg, Faculté Internationale de droit comparé, Place Athènes, 67084 Strasbourg Cedex.

De Leuvense sessie staat onder voorzitterschap van Prof. J. Herbots (Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Tiensestraat 41, 3000 Leuven).

Uitreiking van de Fernand Collin-prijs

Op maandag 25 juni 1990 te 11u30 werd in de lokalen van de Universitaire Stichting, Egmontstraat 11, 1050 Brussel, de Fernand Collin-prijs 1990 plechtig uitgereikt aan de laureaat, de heer J. Velaers.

Computercriminaliteit

Onder verantwoordelijkheid van de minister van Justitie werd bij de Tweede Kamer in Nederland het wetsvoorstel «Computercriminaliteit» ingediend. Het gaat hierbij om wijzigingen in de Wetboeken van Strafrecht en van Strafvordering, nodig in verband met de ontwikkeling van de informatietechniek.

Het wetsvoorstel stelt ondermeer strafbaar:

- het binnendringen in een daartegen beveiligd computersysteem (het zgn. «hacken»). De aard van de beveiliging is daarbij niet relevant, zolang er sprake is van een daadwerkelijke beveiliging.
- het wederrechtelijk wijzigen en toevoegen van gegevens in een computer, ook als deze niet is beveiligd.
- het opzettelijk of door nalatigheid beschadigen, onbruikbaar maken of storen van een computersysteem dat wordt gebruikt ten algemene nutte. Bijvoorbeeld de computer van een ziekenhuis, dat voor zijn goed functioneren afhankelijk is van een ongestoord gebruik van die computer.

De strafrechtelijke bescherming van de telecommunicatie wordt uitgebreid. Het bestaande verbod telefoongesprekken, die via het PTT-net worden afgewikkeld, af te luisteren wordt uitgebreid tot het verbod elke vorm van telecommunicatie via dit net of daarop aangesloten randapparatuur af te tappen. Het gaat daarbij onder meer om telex-, telefax- en dataverkeer.

De bestaande bevoegdheid van de rechter-commissaris om in bepaalde gevallen voor justitiële doeleinden telefoongesprekken te doen af luisteren wordt uitgebreid tot het doen aftappen van ook andere vormen van telecommunicatie: telex, telefax en dataverkeer.

In gevallen van huiszoeking bestaat nu al de mogelijkheid onderzoek te doen naar gegevens op ter plaatse aanwezige computers. Deze bevoegdheid wordt uitgebreid tot onderzoek naar gegevens die zich elders in computers bevinden, voor zover deze vanaf de plaats van de huiszoeking rechtmatig door de aldaar gewoonlijk verblijvende personen kunnen worden geraadpleegd.

Deze strafvorderlijke bevoegdheden beperken zich niet tot gevallen van computercriminaliteit, maar hebben betrekking op *alle strafbare feiten*. De voortschrijdende toepassing van informatietechniek heeft medio '80er jaren de vraag doen rijzen of het materiële strafrecht nog wel in alle opzichten voldoende bescherming biedt tegen de mogelijkheden om met nieuwe technieken gerechtvaardigde belangen te schaden. Deze discussie beperkte zich niet tot ons land. In diverse internationale fora (Raad van Europa, OESO) maakte men zich zorgen over de mogelijkheden die de informatietechniek aan criminelen biedt om activiteiten te ontwikkelen.

In Nederland leidde dat tot de instelling van de Commissie-Franken, die in 1987 het rapport «Informatietechniek en strafrecht» uitbracht. Dat rapport heeft aan de basis gestaan van het nu ingediende wetsvoorstel. Ook is rekening gehouden met de resultaten van internationaal overleg over dit onderwerp en met wetswijzigingen die in het buitenland tot stand zijn gekomen of aanhangig zijn.